

IL PENSIERO DI MARIO NUZZO NELL'UNITÀ PLURALE DI UNA GRANDE SCUOLA

SOMMARIO: 1. Autonomia privata e sussidiarietà orizzontale. – 2. Utilità sociale e principi costituzionali. – 3. Potere dei privati e legge nel contratto europeo. – 4. Il riparto di competenze fra legislazione e giurisdizione.

1. *Autonomia privata e sussidiarietà orizzontale*

Mario Nuzzo ha saputo coniugare sapere e sapore. Il rigore trasmesso da Francesco Santoro Passarelli e da Giuseppe Benedetti ha plasmato tutti gli allievi, ma più di ogni altro Mario ha reso agevole quel metodo, con alcuni tratti in particolare¹. L'equilibrio e la serenità. L'equilibrio è una dote speciale. Richiede un animo docile, pronto all'ascolto e perciò capace di fare giustizia. Mario nell'Università, nella Professione e nelle Istituzioni, ha sempre saputo pensare ed agire con saggezza. La serenità è una dote dei Giusti che sanno illuminare la nostra vita. Il sorriso di Mario e la sua gioia di vivere ci hanno accompagnato sino agli ultimi giorni. Lasciando una visione alta dell'autonomia dei privati, sorretta dai principi di sussidiarietà, effettività e adeguatezza.

Gli scritti pubblicati seguono, per espressa volontà dell'Autore, una sequenza scandita dalla volontà di fissare il riparto di funzioni e competenze nel diritto dei privati. L'utilità sociale e la sussidiarietà orizzontale nel controllo dei poteri privati; l'autonomia e la legge nel giudizio di validità degli atti; il Parlamento e i giudici nell'attuazione di regole e principi. Tutto ciò in un itinerario che copre quasi cinquanta anni, a cavallo di due secoli.

¹ Nella Prolusione del 18 dicembre 1987 a Teramo (*Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali*, Napoli, 1987, inserita come appendice del volume) Mario Nuzzo si propone di dar conto della "conclusione di un ciclo di vita" e dell'"inizio di un ciclo successivo" in continuità con il pensiero dei propri Maestri e della propria Scuola.

Un tratto significativo nel pensiero del nostro Autore emerge, all'inizio del nuovo secolo, riflettendo sulla modifica del Titolo Quinto della Costituzione, ove si parla del principio di sussidiarietà che apre nuove prospettive nel rapporto fra diritto pubblico e diritto privato. Le pagine consolidano una visione maturata nel tempo e affidata ad una ricerca imponente, riassunta in poche essenziali parole che aprono questo volume come sintesi dei valori e di una visione precisa del Diritto².

Anzitutto la consapevolezza di una giuridicità espressa oggi da soggetti diversi (legislatore, giudice, autorità indipendenti, dottrina, privati) frutto dell'evoluzione di un "contesto culturale, istituzionale ed economico" che esige "strumenti di regolazione dei rapporti più duttili, e perciò più adatti alla disciplina di fenomeni complessi, favorendo un graduale ampliamento degli spazi di autoregolazione in aree precedentemente sottratte all'autonomia privata"³.

Da qui l'idea di approfondire "la ripartizione di competenze tra autonomia privata e autorità pubbliche" per effetto di diverse fonti primarie.

Da un lato l'art. 118 c. 4, secondo il quale i Poteri pubblici devono favorire "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà", richiamato da alcune sentenze della Corte costituzionale (n. 300 e 301 del 2003), che hanno riconosciuto alle organizzazioni promotrici delle libertà sociali "una competenza originaria e primaria" nelle "materie in cui vengono in rilievo interessi privati seppure a rilievo generale", come "la ricerca scientifica, la sanità, l'assistenza e beneficenza".

Dall'altro gli articoli 1322 c.c., 2, 3 e 41 della Costituzione che riconoscono il potere dei privati di regolare i loro rapporti patrimoniali con forza di legge ed effetti solo fra le parti⁴.

La ricerca collettiva analizza questo fenomeno confrontando figure diverse della libertà dei privati che vanno tenute distinte. L'una espressione di un'autonomia privata tra le parti, che non produce effetto per i terzi (1372 c.c.), l'altra fonte di "un potere di autoregolazione" (118 c. 4 Cost.) che può gestire "rapporti in cui entrano in gioco interessi di carattere generale", sicché le regole "sono private nella fonte, ma nella sostanza, sono integrative del

² M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014.

³ M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, cit., p. XV.

⁴ M. NUZZO, *op.cit.*, p. XVI.

sistema complessivo dell'ordinamento e dunque idonee a produrre effetti anche nei confronti di terzi”⁵.

L'elenco di queste ipotesi è amplissimo: strumenti contrattuali interni a procedimenti amministrativi, giurisdizionali o di volontaria giurisdizione, accordi di ristrutturazione del debito e negozi nell'ambito della crisi d'impresa, enti *profit* e *non profit*, accordi fra coniugi relativi ai figli o alla crisi familiare, atti di limitazione della responsabilità patrimoniale, patrimoni destinati a tutela di fragilità della persona, codici di autodisciplina.

In quest'area vasta si va alla ricerca del ruolo del principio di sussidiarietà orizzontale nel sistema del diritto dei privati e nei singoli istituti del diritto civile, sia sul piano interpretativo e applicativo, sia nella prospettiva di un “graduale ampliamento degli spazi di regolamentazione conquistati dai “poteri privati”⁶.

I due volumi del 2014 scrutano la realtà e pongono le basi per ricerche che guardano al futuro con attenzione e curiosità.

2. *Utilità sociale e principi costituzionali*

La monografia del 1975 ha anticipato i tempi e segnalato temi su cui ancora oggi si divide il pensiero giuridico⁷.

Nell'introduzione si parla di una nuova complessità scandita da precisi fatti: il ridursi della distinzione tra pubblico e privato, l'affermarsi “nella realtà sociale e normativa di istanze egualitarie e solidaristiche”, il prevalere di una “concezione costituzionale” del diritto privato e dei suoi istituti, scossi da una funzionalizzazione a fini sociali. Appare con chiarezza lo scopo della ricerca che si propone di “ripensare la ripartizione fondamentale delle competenze fra autonomia privata e ordine giuridico” alla luce dei principi costituzionali che superano l'antitesi individuo-Stato e “pongono su nuove basi il rapporto fra singoli e comunità”. Dall'art. 41 della Costituzione si trae un compito fondamentale dell'interprete: individuare gli interessi che emergono sul piano formale e le situazioni del soggetto che agisce, per fissare un corretto equilibrio e far ordine “in una serie indetermi-

⁵ M. NUZZO, *op. cit.*, XVII.

⁶ M. NUZZO, *op. loc. ult. cit.*

⁷ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.

nata di combinazioni che difficilmente possono essere fissate in uno strumento rigido qual è la legge”⁸.

L’alternativa è posta con grande chiarezza. Occorre graduare i principi fondamentali della Costituzione in relazione ai singoli rapporti economici e individuare il diverso modo di attuazione del criterio dell’utilità sociale. In primo luogo il compito della Corte costituzionale e del giudice ordinario: la prima tenuta a valutare le congruenze fra le norme sottoposte al suo esame e l’interesse costituzionalmente tutelato, il secondo chiamato a valutare il contrasto fra “concreta funzione di quel negozio e l’interesse sociale prevalente”, tramite la funzione del tipo, la causa in concreto e la meritevolezza della tutela⁹.

Tutto ciò quarantacinque anni fa. Con la capacità rara di anticipare ciò che accade oggi. Solo qualche cenno.

Dalla fine degli anni sessanta si era affermato un dominio netto delle ideologie: nel mondo del lavoro, nel rapporto fra le generazioni, fra i sessi e in tutte le sfere della vita privata. Nel giro di pochi anni mutarono i rapporti fra potere e scienza giuridica, sino a negare l’autonomia dell’interprete e l’oggettività dei risultati ermeneutici¹⁰. Nel 1972 si tenne a Catania il convegno sull’uso alternativo del diritto che esaltò “una società politica alla ricerca della sua forma giuridica”¹¹. Negli anni successivi si sperimentò la formula dei governi di solidarietà nazionale, alla ricerca di un compromesso tramontato tragicamente con l’uccisione di Aldo Moro e poco dopo iniziò la stagione tragica del terrorismo sino al ritorno al privato, negli anni ottanta e oltre.

Mario Nuzzo ha tenuto ferma la barra del suo pensiero in un ambiente ostile o impreparato al compito che egli suggeriva.

La giurisprudenza non era all’epoca pronta a raccogliere la sfida dell’attuazione dei principi costituzionali e del superamento di un metodo ispirato al più rigido positivismo¹². Basta pensare che il tema dei principi divide tutt’ora, che la nozione di causa in concreto è “scoperta” dalla Corte di Cas-

⁸ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 81 ss.

⁹ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, p. 83.

¹⁰ L. NIVARRA, *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

¹¹ P. BARCELLONA, *L’uso alternativo del diritto, I Scienza giuridica e analisi marxista II, Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973.

¹² R. NICCOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 240 ss.; ID., *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 904 ss. avverte il ritardo culturale nell’applicazione dei valori costituzionali e considera la giurisprudenza non all’altezza, allora, di questo compito.

sazione solo nel 2005, che l'interesse meritevole è ripensato in funzione rimediabile in modo originale solo negli ultimi anni¹³.

Ma proprio volgendo lo sguardo al passato si comprende come il libro sull'Utilità sociale sia oggi riletto, citato e utilizzato. Si capisce perché, oltre quaranta anni dopo la prima monografia, l'Autore avverta la necessità di un manuale per l'insegnamento costruito sulla base di un programma chiaro e intelligente¹⁴. Un'opera sistematica capace di cogliere, con un'attenta cernita e di esprimere in una sintesi felice, le linee essenziali della dottrina del proprio tempo, con attenzione ad una pluralità di aspetti. I nuovi assetti istituzionali di derivazione europea e l'attività della Corte costituzionale, la profonda trasformazione del tessuto socio economico da regolare, la contaminazione con altri ordinamenti e l'attenzione all'attività delle Corti. Con un metodo attento alla concreta attuazione della norma, alla peculiarità del caso concreto, all'orientamento del precedente e alla prevedibilità della decisione, come attestano gli studi fondamentali sulla nullità e l'illiceità del contratto, sulla causa, e sulla meritevolezza della tutela.

3. *Potere dei privati e legge nel contratto europeo*

Il riparto di competenze fra autonomia e legge nel determinare i requisiti di validità è affrontato con grande rigore e capacità critica in una serie di casi.

Anzitutto nell'analisi della forma convenzionale volta alla tutela di un interesse privato di una parte e perciò non soggetta al rilievo di ufficio della nullità¹⁵. Poi nella esegesi dei criteri di vessatorietà delle clausole nei contratti fra professionisti e consumatori¹⁶. Infine nella disamina della nullità di protezione il cui statuto esige un raccordo con la normativa della prova, da articolare (tramite la regola dell'art. 2729 c.c.) in relazione ai diversi modelli di nullità oggi esistenti nel nostro ordinamento, e alla natura degli interessi sottesi a ciascuno di essi¹⁷.

¹³ V. ora la bella voce di F. Piraino, *Meritevolezza degli interessi* in *Enc. dir.*, I tematici, Contratto, Giuffrè, Milano, 2021 p.667.

¹⁴ M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche. Norme-soggetti-Attività*, Torino, 2005.

¹⁵ M. NUZZO, *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, pp. 2236-2243.

¹⁶ ID., Capo XIV *bis* c.c.: *Dei contratti del consumatore, sub Art. 1469-ter. Accertamento della vessatorietà delle clausole. Comma 1° 2° 4°*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1141 ss.

¹⁷ ID., Art. 38, in *Codice del consumo*, a cura di G. Alpa-L. Rossi Carleo, ESI, Napoli,

A questa specialità si contrappone la disciplina generale del negozio illecito¹⁸ ove l'Autore con una raffinata analisi prende posizione sulla diversità fra illegalità e illiceità e sui parametri di valutazione del contratto (norme imperative, ordine pubblico e buon costume) ricostruiti aggirando il "peso che ancora esercita sugli studi il dogma della fattispecie".

Da un lato, infatti, l'evocazione di quel concetto "induce al tentativo di risolvere il problema riportando l'illiceità all'interno dei singoli schemi negoziali utilizzati; dall'altro appare difficile, in assenza di sicuri indici di rilevanza normativa, assumere a fattispecie l'intera operazione economica per esprimere rispetto ad essa, e non ai singoli negozi che la compongono, il giudizio di liceità. Da ciò la tendenza ad usare formule descrittive che, pur ampliando significativamente la prospettiva dell'indagine non forniscono sicuri strumenti per la individuazione dei meccanismi tecnici attraverso i quali si svolge quel giudizio".

Il nostro Autore supera queste difficoltà abbandonando la rigidità di "un dogmatismo di scuola" e aprendosi all'operazione "che sul piano del naturale atteggiarsi dell'autoregolamento trascende l'assetto di interessi corrispondente a singoli tipi negoziali, per esprimere una più ampia funzione che caratterizza l'affare nella sua realtà complessiva".

Si suggerisce così uno schema interpretativo volto a "ridurre fortemente il rilievo del dato strutturale per accentrare l'attenzione sul momento funzionale del negozio, individuando il problema della illiceità in quello del divieto di un risultato, quale che sia lo schema formale usato per la sua realizzazione, riproponendo così, in prospettiva particolare, il problema delle norme c.d. «ad applicazione necessaria» caratterizzate dal fatto che, pur essendo dettate con riferimento a tipi contrattuali aventi disciplina particolare, esse devono

2005, p. 255-274. Si distingue infatti tra il caso "della nullità assoluta, cui il divieto di prova con mezzi diversi dal documento si applica con tutto il suo rigore, e il caso della nullità relativa in relazione alla quale va invece distinta: a) la regola da applicare nel caso in cui la parte cui è attribuita la scelta tra nullità ed esecuzione del contratto scelga la nullità, con la conseguenza che troverà applicazione la regola del divieto di prova del contratto o della clausola carenti di forma dai quali nessuno potrà trarre vantaggio o danno, stante la sua assoluta inidoneità alla produzione di effetti giuridici; b) la regola da applicare nel caso in cui il contraente protetto chieda l'esecuzione del contratto o della clausola nella quale invece, essendo il contratto produttivo dei suoi effetti, dovrà ritenersi che ciascuna delle parti sia ammessa alla prova in relazione al proprio interesse sostanziale".

¹⁸ ID., *Negozio giuridico*, IV) *Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, XX, Roma, p.1-10.

ritenersi operanti, anche al di là del tipo al quale immediatamente si riferiscono, essendo la portata del divieto costruita in relazione al risultato pratico perseguito dalle parti più che in relazione agli elementi strutturali da queste utilizzati”¹⁹.

Il che porta a chiarire il senso e significato della causa in presenza delle diverse opinioni in Italia ed in Europa²⁰. Il discorso è anche qui critico e costruttivo. Per una pluralità di motivi espressi chiaramente dall'Autore.

“Il dibattito rende evidente la necessità di abbandonare le formule meramente declamatorie, per considerare invece i problemi pratici che sono sottesi alle nozioni di causa, oggetto e contenuto, i quali debbono essere risolti tenendo presente che la giurisprudenza, non solo domestica, continua ad utilizzare la nozione di causa per risolvere i problemi di carattere pratico che si collegano alla qualificazione del contratto e alla valutazione di liceità dello stesso”. “Non vi è dubbio, infatti, che il diritto privato europeo non si preoccupa solo dell'efficienza del mercato ma anche della sua dimensione *etica*; in una concezione moderna, che tiene conto dell'esperienza compiuta sia sui mercati interni che su quelli internazionali nei tempi più recenti; l'efficienza del mercato è infatti il risultato della combinazione tra *l'efficienza dello scambio e l'insieme dei principi etici e di correttezza* che costituiscono il fondamento delle *regole giuridiche del mercato*. Ciò ripropone il problema che si è voluto risolvere con l'eliminazione della causa dagli elementi necessari del contratto di “diritto europeo”; inducendo a ritenere che, nel contesto che si è appena segnalato, il riferimento alla “*natura ed allo scopo del contratto*” vincoli l'interprete a risolvere i problemi inerenti alla qualificazione del contratto, alla sua interpretazione, al controllo di liceità, alla rilevanza delle sopravvenienze, alla stregua di un criterio che tenga conto, oltre che della funzione mercantilistica dello scambio, anche dell'efficienza del mercato quale risulta dalla combinazione tra le diverse componenti sopra indicate”.

Insomma il dibattito sulla nozione di causa nel diritto europeo dei contratti diviene l'occasione per valutare la relazione tra “contratto e mercato”, nella quale sembrano riemergere necessariamente dati esterni alla pura operazione di scambio che coglie solo alcuni degli elementi rilevanti ai fini dei controlli necessari per la tutela della complessa serie di interessi di cui sono portatori coloro

¹⁹ Il tema è ripreso e sviluppato in ID., *Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali*, Jovene, Napoli, 1987, pp. 1-25.

²⁰ ID., *La causa*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 195-201.

che, a vario titolo, operano sul mercato. Se così è, l'illusione di risolvere questi problemi sul piano definitorio sembra esaurirsi in un fatto nominalistico che rende la scelta prigioniera del concettualismo cui voleva ribellarsi. Da un lato infatti i problemi pratici che nella nostra tradizione vengono risolti con la nozione di causa continuano ad essere risolti nello stesso modo sostituendo a quel nome quello di "natura" o "scopo" del contratto; dall'altro il tentativo di escludere dall'orizzonte valutativo dell'interprete ogni elemento non riconducibile esclusivamente alla logica dello scambio sembra scontrarsi con l'esigenza di tener conto dell'efficienza del mercato su cui si realizza lo scambio, la quale è a sua volta il risultato della combinazione tra *l'insieme dei principi etici e di correttezza* che fondano le *regole giuridiche del mercato*.

Il discorso ricomincia così da dove sembrava finire, ma con un'importante indicazione: il cambiamento della prospettiva da cui si guarda il fenomeno non modifica la sua essenza ed i problemi pratici ad esso sottesi. Con la conseguenza che il lavoro dell'interprete non può avere semplificazioni o scorciatoie, ma deve confrontarsi con i dati reali, rivedendo a quella stregua i concetti ricevuti dalla tradizione per adattarli alle nuove realtà, con una riflessione che non parte dai concetti, ma dai problemi e dai loro rimedi per individuare gli strumenti tecnici necessari per la ricostruzione del sistema e per il controllo di "ragionevolezza" delle soluzioni proposte. "In questo senso la ricerca, anche per quanto riguarda il complesso dei problemi sottesi alla nozione di causa del contratto, è solo all'inizio; quanto si è fatto finora e la discussione che ne è seguita ha tuttavia l'importanza fondamentale di aver contribuito a farci vedere *dov'è l'inizio*, costituendo così la premessa indispensabile dei successivi sviluppi su cui ora dovremo cominciare a lavorare"²¹.

4. *Il riparto di competenze fra legislazione e giurisdizione*

L'ultimo periodo di studio va ancora alla ricerca di una dimensione innovativa fondamentale nel rapporto fra legislazione e giurisdizione. L'una volta a fissare la giuridicità e la meritevolezza di fatti, atti e rapporti, l'altra a bilanciare gli interessi e a "selezionare nell'intero strumentario concettuale

²¹ ID., *La causa*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, ult. cit.

del diritto sostanziale, il rimedio più efficiente” per l’effettiva attuazione dell’interesse protetto.

Tutto ciò senza fughe in avanti, fonte di incertezza, ma in base a precise disposizioni che rafforzano il vincolo del precedente (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e d.l. 22 giugno 2012 n. 83 conv. in L. 7 agosto 2012 n. 134) e aprono all’impiego “dei principi di razionalità e proporzionalità come parametri di controllo della correttezza della decisione”.

Questi ultimi saggi meritano un’attenta riflessione.

I fenomeni della globalizzazione, *l’acquis communautaire* e le Corti italiane ed europee hanno prodotto “sostanziali modificazioni nel tessuto complessivo del nostro ordinamento” che si allontana dalla sua tradizione per la tendenziale sostituzione della sequenza ‘fattispecie, regola e tutela’, con una normativa in chiave funzionale, che individua l’interesse protetto e il fine di protezione che in relazione ad esso si deve realizzare, lasciando spesso indeterminato il rimedio che deve o può essere utilizzato a quel fine”²².

Basta pensare al ruolo integrativo e modificativo della buona fede affermato da una giurisprudenza consolidata²³, all’abuso e al diritto ad un rimedio effettivo che emerge dalle norme (artt. 54 e 47 della Carta dei diritti fondamentali) e dalla giurisprudenza interna²⁴ e comunitaria²⁵, autorizzata “a decidere se un diritto, che pur trova la sua fonte in una norma venga esercitato abusivamente”.

Tutto ciò determina un “nuovo modo di intendere il tradizionale riparto di competenze” tra legge e giudice affidando alla prima “la selezione degli interessi rilevanti”²⁶ e al secondo la valutazione comparativa e il loro bilanciamento, al fine di stabilire la prevalenza e la misura della tutela. Superando la fattispecie legale per valutare l’intera operazione negoziale grazie al rilievo del collegamento e del nesso fra le prestazioni²⁷.

Il che per essere credibile, secondo Mario Nuzzo, “deve trovare al suo interno meccanismi capaci di ristabilire, seppure con mezzi diversi, accettabili gradi di certezza” affidati ad un controllo basato su tre criteri: l’idoneità co-

²² M. NUZZO, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, in *NDC*, 2016, 1, p. 52.

²³ A partire da Cass. 20 aprile 1994, n. 3775.

²⁴ V. per tutte Cass. Sez. un. 15 novembre 2007, n. 23726.

²⁵ Corte giust. CE, 12 maggio 1998, C-367/96; Corte giust. CE, 23 marzo 2000, C-373/97.

²⁶ Ciò a partire dalla classica sentenza della Cass. Sez. un. 22 luglio 1999, n. 500.

²⁷ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, pp. 62-64.

me “necessaria coerenza tra i mezzi impiegati e il fine che si vuole perseguire”; la necessità intesa come scelta della soluzione che comporti “il minimo sacrificio degli interessi incisi”; l’adeguatezza nel commisurare la tutela secondo i principi di proporzionalità e ragionevolezza capaci di realizzare un equilibrio “dinamico e non prefissato in anticipo”, ma controllabile da un vincolo non più della fattispecie ma del precedente²⁸ che emerge da una serie di criteri consolidati e da una serie di disposizioni normative.

In primo luogo la distinzione fra *ratio decidendi* vincolante in casi identici e *obiter dicta* con valore solo persuasivo. In secondo luogo la conformità alla giurisprudenza della Corte di Cassazione quando i motivi del ricorso non offrano “elementi per confermare o mutare l’orientamento” consolidato (art. 360 *bis* c.p.c.) e poi l’inammissibilità dell’appello quando non vi sia una ragionevole probabilità di essere accolto (348 *bis* c.p.c.) e ancora l’obbligo per le sezioni semplici della Cassazione di rimettere alle sezioni unite, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso quando non si ritiene di condividere “il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite” (art. 374, comma 3, c.p.c.).

Questo insieme di regole rafforza “il vincolo verticale del precedente” e “sembra in concreto idoneo ad assicurare, da un lato, una maggiore flessibilità del sistema”, “dall’altro, un’efficiente e rassicurante risposta in termine di prevedibilità e controllabilità delle decisioni”²⁹.

Si può discutere se il compito del legislatore si limiti ad indicare la rilevanza giuridica di un fatto o di un interesse e se alla giurisprudenza resti il compito di individuare, in quel contesto amplissimo, la regola di decisione e la tutela più adeguata. In tal modo si affida un potere molto ampio al giudice nella sua opera “inventiva” e si pone il problema di come i principi possano essere usati in modo corretto e funzionale allo scopo.

Ma sottesa alle parole dell’Autore c’è la necessità “di un’argomentazione attendibile e convincente”³⁰ che vada oltre l’analisi letterale del testo, con un procedere rigoroso che si ponga il problema di convincere e persuadere³¹. Sic-

²⁸ M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, p. 141 ss.

²⁹ M. NUZZO, *op. cit.*, p. 148.

³⁰ G. BENEDETTI, *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, p. 94, e S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033 ss.

³¹ È questa l’ultima grande lezione di G. BENEDETTI, *Oltre l’incertezza*, cit., p. 160 ss.

ché la decisione o l'opinione non può che essere tratta “dal sistema del diritto positivo” e i principi vanno dogmatizzati ossia “messi fuori discussione, stabilizzandoli dopo che su di essi si è formata, attraverso la prassi un accordo intersoggettivo che ne assicuri la razionalità mediante una corretta concettualizzazione e la coerenza con la razionalità complessiva del sistema giuridico”³².

Questa esigenza è alla base di tutti saggi ove il pensiero segue una evoluzione segnata da grandi Maestri.

Francesco Santoro-Passarelli dopo aver seguito un rigoroso metodo positivo ed aver scritto con le *Dottrine generali del diritto civile* un vero breviario del sistema privatistico, utilizzato per decenni dagli operatori e dagli studenti, nel 1981, in un saggio di chiusura di un Convegno messinese, risponde alla domanda posta nel titolo: *Quid juris?*. E le parole sono sorprendenti: il fatto più il consenso generale si fa diritto³³. Con un colpo netto si ripensa il sistema delle fonti e si esclude una gerarchia con al vertice solo il legislatore.

Giuseppe Benedetti dopo aver scritto pagine di raffinata analisi dogmatica, da rileggere ancora come modello di procedimento logico-deduttivo di un ordine dato, negli ultimi decenni della sua lunga attività, rivaluta la interpretazione-attuazione del diritto, esaltando l'ermeneutica non come “approdo” del diritto, ma come vocazione originaria di esso e come dimora del giurista perché “*la parola giuridica è già sempre parola ermeneutica*. Non si tratta di un rapporto esterno e occasionale ma di assoluta intrinsechezza”³⁴.

Mario Nuzzo, insomma, non si riconosce in “*un estremismo di centro*”³⁵, ma lascia un messaggio di piena adesione al cambiamento radicale imposto dalla “contemporaneità”³⁶, che non ha più il suo perno nella legge, ma nel-

³² L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, p. VII e il richiamo in G. VETTORI, *Effettività fra Legge e Diritto*, cit., p. 291 ss.

³³ F. SANTORO-PASSARELLI, *Quid juris?*, in ID., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Padova, 1988, p. 25.

³⁴ Così G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., p. 167. Mi permetto di richiamare anche G. VETTORI, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019.

³⁵ Che è considerato il peggior estremismo da J.M. BERGOGLIO, *Evangelizzazione della cultura e inculturazione del vangelo*, Relazione ad un convegno del settembre 1985, pubblicata in *Civiltà cattolica*, nel novembre 2015.

³⁶ *La contemporaneità del civilista* è il titolo del primo saggio del volume di G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, cit., p. 19 ss.

l'interpretazione, per effetto di un pluralismo e una de-tipizzazione delle fonti che hanno abbandonato una gerarchia verticale del sistema, descritto nell'art. 1 delle Preleggi al codice civile³⁷.

Questa unità nella differenza con lo stile e il pensiero dei suoi Maestri, è un messaggio forte di Mario rivolto a tutto coloro che lo hanno avuto vicino e hanno appreso da Lui una Grande Lezione.

Giuseppe Vettori

³⁷V. ora P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, pp. 3 ss., 37 ss., 99 ss.

PREFAZIONE *

1. È opinione sempre più condivisa che il nostro tempo sia caratterizzato da una «*inarrestabile transizione da un diritto che si produceva in forma gerarchica a un diritto che viene scritto e riscritto da soggetti diversi, legislatore, giudice, autorità indipendenti, dottrina, privati*»¹. Evoluzione ulteriormente accentuata dal rilievo che i profondi mutamenti del contesto culturale, istituzionale ed economico che caratterizzano il nostro tempo hanno determinato l'esigenza di strumenti di regolazione dei rapporti più duttili, e perciò più adatti alla disciplina di fenomeni complessi, favorendo un graduale ampliamento degli spazi di autoregolamentazione in aree precedentemente sottratte all'autonomia privata.

Ciò si traduce, nella specificità della nostra ricerca, in un graduale ampliamento degli spazi di regolamentazione conquistati dai c.d. “poteri privati” che impone una rimediazione della ripartizione di competenze tra autonomia dei privati e autorità dello Stato ricevuta dalla tradizione.

Una importante chiave di lettura del profondo cambiamento conseguente alla formalizzazione del principio di sussidiarietà nell'art. 118 Cost. è stata individuata nelle sentenze della Corte Costituzionale 24 settembre 2003, nn. 300 e 301 che, facendo applicazione di quel principio, hanno ridefinito il rapporto tra competenza dello Stato e competenza dei privati, stabilendo che la fondamentale ripartizione di competenze tra lo Stato, nelle sue diverse articolazioni e le organizzazioni in cui si esprimono le «libertà sociali» costituzionalmente garantite, si attua nel senso che a queste ultime spetta una competenza originaria e primaria in materia di “beni privati”, nel senso indicato dalla Corte che comprende le materie in cui vengono in rilievo interessi privati seppure a rilievo generale come ad esempio la ricerca scientifica, la sanità, l'assistenza e beneficenza, ecc.

* In *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Giappichelli, Torino, 2014, pp. XV-XVIII.

¹ A. PUNZI, *Prefazione*, in G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, p. XVI.

Il tenore testuale dell'art. 118, comma 4, Cost. secondo il quale «*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*», da un lato dà rilievo al principio organizzativo in forza del quale per la regolazione di interessi privati, seppur di rilevanza generale, la competenza originaria e primaria spetta ai soggetti privati, singoli o tra loro associati, dall'altro stabilisce che lo Stato, nelle sue diverse articolazioni, potrà e dovrà legittimamente intervenire quando l'autoregolazione dei privati si dimostri in concreto inidonea a realizzare un'equilibrata tutela di tutti gli interessi in gioco. Tale intervento sarà però legittimo solo in quanto rispetti i principi di ragionevolezza e proporzionalità e, dunque, comprima la competenza primaria dei privati nei limiti strettamente necessari alla tutela dell'interesse che non trova adeguata realizzazione.

Come meglio si vedrà all'interno della presente ricerca, ciò ha indotto ad una specifica riflessione sul rapporto tra l'autonomia dei privati configurata dall'art. 118, comma 4, Cost. e l'autonomia contrattuale cui fa riferimento l'art. 1322 c.c.

Si è infatti acutamente posto il problema se l'espreso riferimento alle attività di interesse generale contenuto nell'art. 118, comma 4, Cost. ponga questi poteri di autonomia su piani diversi; ciò nel senso che l'autonomia dell'art. 1322 c.c. si esprime nel contratto ed è per sua natura autorizzata a regolare rapporti tra le parti del contratto; ad essa è estranea la regolazione di interessi generali. Il potere di autoregolazione attribuito ai privati nelle materie in cui si esprime la loro competenza originaria e primaria in forza del principio di sussidiarietà formalizzato nell'art. 118, comma 4, Cost. è, invece, potere di dettar regole che, riguardando interessi a rilievo generale, sono produttive di effetti nei confronti di tutti i portatori di quegli interessi, anche se essi non hanno partecipato alla loro costruzione, come avviene, ad esempio, nel caso dei codici di condotta che infatti, secondo l'opinione prevalente, producono effetti non solo per i soggetti appartenenti alla categoria che ha approvato il codice, ma anche per tutti coloro che con questi vengono in relazione con riferimento alle materie oggetto dell'autoregolamentazione.

Da ciò traendo la conseguenza che «*proprio l'essenziale diversità tra queste due ipotesi spiega le diversità che già ad una prima analisi sembrano evidenti, e tra queste la ragione del diverso operare tra autonomia contrattuale produttiva di effetti solo tra le parti e autonomia "normativa" produttiva di effetti anche*

per i terzi proprio in virtù del principio di sussidiarietà. Si tratta infatti di figure in cui si esprime sempre una libertà dei privati ma secondo diverse configurazioni giuridiche e dunque con regole diverse, e che perciò vanno tenute distinte al fine di una corretta comprensione dell'ambito operativo del principio di sussidiarietà».

Il che induce a ritenere opportuno l'uso di "nomi" diversi, per individuare queste due "forme" del potere di autonomia di privati, riservando il nome tradizionale di "autonomia contrattuale" al potere che si esprime in atti individuali i quali, secondo il principio generale dell'art. 1372 c.c. hanno forza di legge tra le parti e non producono effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge; usando invece il nome di "potere di autoregolamentazione" per quello in cui, ai sensi dell'art. 118, comma 4, Cost., si esprime la competenza dei privati a regolare anche rapporti in cui entrano in gioco interessi di carattere generale.

2. Diviene così ineludibile la riflessione sul ruolo e la qualificazione di regole che sono private nella fonte ma che, nella sostanza, sono integrative del sistema complessivo dell'ordinamento e dunque idonee a produrre effetti anche nei confronti di terzi. Si pensi, solo a titolo di esempio, ai meccanismi contrattuali all'interno dei procedimenti amministrativi, giurisdizionali o di volontaria giurisdizione; agli accordi di ristrutturazione del debito e al ruolo dell'autonomia privata negli istituti del nuovo diritto fallimentare; all'ampliamento dell'autonomia statutaria negli enti profit e non profit; al rilievo attribuito ai patti con cui si regolano i rapporti tra coniugi e, in limiti più ristretti, quelli relativi ai figli nella crisi della famiglia; alla disciplina dei patti di famiglia anche in deroga alla disciplina della successione necessaria; al ruolo dell'autonomia privata nella limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore, all'introduzione nella riforma del diritto societario dei patrimoni destinati ad uno specifico affare; alla possibilità di creare patrimoni separati nell'ambito di un contratto di rete; al ruolo dell'autonomia privata nella creazione di forme di *soft law*; al ruolo progressivamente crescente dei codici di autoregolazione o di condotta come fonti di doveri di comportamento destinate ad operare anche nei confronti dei terzi sia in via diretta che attraverso la specificazione, in quei codici, delle norme a contenuto indeterminato.

A fronte di questi complessi fenomeni, nell'area civilistica la riflessione sul principio di sussidiarietà orizzontale è stata però, fino ad oggi, condotta con riferimento a specifici problemi. Manca, invece, una riflessione sistema-

tica volta ad indagare l'impatto dell'introduzione del principio e dei profondi mutamenti del contesto culturale, istituzionale ed economico ad essa sottesi, sul sistema delle fonti e sull'attuale ambito di competenza dei poteri pubblici e di quelli privati alla luce di una visione d'insieme del diritto dei privati.

In questo contesto la ricerca è volta ad indagare le conseguenze dell'introduzione del principio di sussidiarietà sul complessivo sistema del diritto dei privati e sui singoli istituti del diritto civile, analizzando in particolare i temi attualmente più controversi, in relazione ai quali la diversa chiave di lettura introdotta con la formalizzazione del principio può fornire un significativo contributo alla soluzione dei contrasti nascenti, sia sul piano dei principi (o delle ideologie) sia su quello più specificatamente interpretativo e applicativo, dal graduale ampliamento degli spazi di regolamentazione conquistati dai cd. "poteri privati".

3. Questi volumi nascono dal lavoro comune di cinque gruppi di ricerca che hanno lavorato nelle Università di Roma "Luiss" e "La Sapienza", di Perugia, Napoli "Parthenope" e Bari "Lum Jean Monnet", composti da studiosi provenienti da scuole ed esperienze diverse: accademiche, professionali, giurisdizionali, tutti convinti che solo dalla sintesi di questa esperienza potesse emergere una effettiva comprensione del sistema normativo oggetto del comune lavoro. L'attività di questi gruppi, coordinata da me con la preziosa collaborazione dei professori Mirzia Bianca, Alessandra Bellelli, Rosaria Giampetraglia e Francesco Ricci, responsabili della ricerca nelle singole sedi accademiche, è stato arricchito dall'intelligente e stimolante presenza di colleghi stranieri, preziosa per l'apporto delle loro specifiche competenze.

È comune speranza che la consuetudine di studio che si è costituita negli anni di lavoro comune si rifletta, pur nell'individualità dei singoli saggi ognuno dei quali esprime la specifica personalità scientifica del suo autore, in compattezza ed omogeneità dell'insieme, così da favorire, accanto agli approfondimenti dei singoli contributi, l'esposizione delle linee fondamentali del sistema che si costruisce intorno al principio di sussidiarietà e dei collegamenti essenziali per la sua effettiva comprensione.

Un particolare ringraziamento va ai colleghi Michele Tamponi e Attilio Zimatore che con generosa disponibilità hanno prestato ascolto e consiglio a quanti hanno chiesto loro controllo e conferma dei risultati del proprio lavoro.

Il complesso lavoro di coordinamento, reso indispensabile dall'ampiezza, oltre che dalla novità della ricerca, è stato reso possibile dalla collaborazione della dott. Raffaella Rametta che in questo delicato compito ha confermato la sua sensibile intelligenza e la sua capacità organizzativa.

FONDAMENTI:
DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

UTILITÀ SOCIALE E AUTONOMIA PRIVATA *

INTRODUZIONE

1. Il progressivo ridursi della distinzione tra settore pubblico e settore privato, i problemi nascenti dalla contrattazione di massa, l'affermarsi nella realtà sociale e normativa di istanze egalarie e solidaristiche che sempre più profondamente incidono sull'ambito del potere di autonomia dei privati, determinano una nuova complessità della problematica in materia dominata da fenomeni che, individuati con termini diversi, istituzionalizzazione, standardizzazione, pubblicizzazione del contratto, sostanzialmente sono riconducibili alla predeterminazione, sociale o legale, di schemi diversamente vincolanti, che variamente limitano la libertà dei privati nella costruzione del regolamento contrattuale¹.

* Giuffrè, Milano, 1975, pp. 7-86.

¹ Il problema generale si è posto, ed ha avuto particolare svolgimento, nella dottrina francese, in particolare, cfr. HAURIOU, *Principes du droit public*, Paris, 1916, *passim*, spec. p. 199 ss.; RENARD, *La théorie de l'institution*, Paris, 1930, spec. p. 364 ss. Sul tema dei rapporti fra ordinamento e autonomia privata, v. MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927, p. 113; JOSSERAND, *La publicisation du contrat*, in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, III, Paris, 1938, p. 153; VASSEUR, *Le nouvel essor du concept contractuel*, in *Riv. trim. dr. civ.*, 1963, p. 8 ss. Per l'indagine sulla natura regolamentare del contratto, cfr. SALLE DE LA MARNIERRE, *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, Paris, 1930, p. 232 ss. Sul tema dei rapporti fra evoluzione sociale e ordinamento, CARBONNIER, *Sociologie et droit du contrat*, in *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, VII (1959), p. 113 ss.

Nella dottrina italiana un complessivo ed acuto esame del problema è in GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 391 ss. Illuminanti spunti in SANTORO-PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 227 ss.; RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1957, p. 3 ss. Perspicue osservazioni in RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, spec. p. 13 ss., 31 ss., 76 ss., 91 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 258 ss., spec. 264 ss.; BARCELLONA, *Intervento dello stato e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 1 ss. Per l'influenza sulla liber-

Superata la concezione «costituzionale» del diritto privato² la tendenza è a funzionalizzare, in vista di fini sociali, gli istituti civilistici, attraverso l'imposizione di limiti quantitativi e qualitativi variamente incidenti sulle situazioni soggettive riconosciute ai privati³.

Tale funzionalizzazione, che secondo la concorde opinione trova la sua principale espressione in tema di proprietà⁴, opererebbe, secondo recenti dottrine, anche nel campo degli atti di autonomia⁵.

Lo sviluppo nel settore economico di poteri di direzione dello Stato, che emerge sul piano dell'ordinamento in norme costituzionali che sembrano attribuire all'autorità pubblica poteri di intervento nell'attività privata tendenzialmente illimitati, appare confermato dalla crescente incidenza delle determinazioni del potere pubblico sulla disciplina del contratto e di riflesso sulla volontà delle parti.

Come per la proprietà, la funzione sociale da limite esterno sembra divenire contenuto e fondamento del potere di autonomia privata⁶, tutelato solo

tà contrattuale della politica di programmazione, cfr. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Justitia*, 1966, p. 4 ss.; G. FERRI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, in *Dir. econ.*, 1966, p. 3 ss.; CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia negoziale nel diritto pubblico italiano*, ivi, p. 22 ss.

In Germania, sulla tendenza generale di quell'ordinamento, v. da ultimo LAUFKE, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*; in *Festschrift für H. Lehmann*, I, Berlin, 1956, p. 145 ss., spec. 185 ss.; nel senso che il contratto rimane strumento di realizzazione di interessi individuali anche in presenza di limiti corrispondenti ad una funzione sociale, REINHARDT, *Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge*, in *Festschrift für Schmidt-Rimpler*, Karlsruhe, 1957, p. 115 ss.; nello stesso senso FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, I, Karlsruhe, 1960, p. 135.

² GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., p. 294 ss.

³ DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1953, p. 119 ss.; restrittivamente, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 172 ss. Sul significato, nel diritto vigente, della categoria del negozio giuridico, illuminanti le pagine di BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 11 ss.

⁴ Sul punto, v., in particolare PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, spec. pp. 1 ss., 107 ss.; RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1266 ss., 1297 ss.; perspicui spunti in COCO, *Crisi ed evoluzione del diritto di proprietà*, Milano, 1965.

⁵ Cfr., sul punto, MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, I, Milano, 1973, p. 28 ss. Per un esame critico delle premesse ideologiche di tale tendenza: GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 224 ss.

⁶ Configura l'atto di privata autonomia come strumento di realizzazione di un giusto ordine sociale, SCHMIDT-RIMPLER, *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts*, in *Arch. f.*

nei limiti in cui si esplichino secondo certe forme più o meno tipiche, che oggettivamente siano riconosciute necessarie per il conseguimento del maggior utile collettivo nel settore considerato⁷.

Diviene così diffuso e ricorrente il lamento per la crisi del diritto privato⁸ svilito, nelle formulazioni dei critici, da sistema esprime l'insieme dei rapporti giuridici in cui ciascun individuo esplica la propria vita, dandole un particolare carattere dominato dalla potestà di volere del privato, a complesso di regole destinate a disciplinare talune attività della vita sociale mediante particolari strumenti tecnici⁹.

L'inerzia di fronte alle trasformazioni dell'ambiente economico inteso, in una moderna prospettiva, a giovare degli strumenti dell'iniziativa economica privata e pubblica, induce a considerare le crescenti limitazioni all'attività dei privati, che sostanziano la struttura intima del nuovo sistema economico, come espressione di ingerenza in una sfera istituzionale riservata all'iniziativa dei singoli¹⁰.

Dinanzi ad una realtà normativa che attraverso forme sempre crescenti di interventi integrativi o correttivi della regola privata esprime una lenta ma sicura transizione da vecchi a nuovi modi di intendere lo Stato e le sue funzioni, la posizione dell'individuo nella società, i rapporti fra le classi sociali, la scienza si mostra sempre più incerta dell'utilità dei suoi strumenti e – incapace di inserire i nuovi fenomeni nella coerenza dell'ordinamento – abbandona il piano della tecnica e svolge la critica su quello della politica legislativa¹¹. Limitandosi, per il resto, a descrivere le figure che è incapace di inquadrare nel sistema o, nel tentativo di dare all'atto di privata autonomia un ambito oggettivo di validità, capace di mantenere il punto di vista del privato attribuendo tuttavia al soggetto una sfera di potere che non si esaurisca nell'atto di volontà come tale ma abbia una effettiva capacità di individuare

civ. Pr., 147, p. 130 ss., spec. 155 ss. Sul problema generale, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 15 ss., e bibliografia ivi citata.

⁷ Ampio esame, in senso critico, in GORLA, *Il contratto*, cit., p. 199 ss.

⁸ Cfr., in questo senso, MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 25 ss. e ivi ampia bibliografia.

⁹ GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., p. 397 ss., spec. 403, 407.

¹⁰ GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., p. 408.

¹¹ In questo senso, perspicuamente, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 33. Cfr. anche SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, pp. 10, 23, spec. 80; VENEZIAN, *La causa nei contratti*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, p. 295; ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1943, p. 11 ss.

l'ambito definitorio del negozio giuridico, finisce col dubitare della possibilità di mantenere un concetto unitario della figura¹².

2. La crisi della scienza che, nello sforzo di mantenere lo schema logico, la struttura interna di un sistema costruito intorno all'individuo quale portatore di un complesso di diritti rapportabili alla sua potestà di volere considerata come contrassegno naturale della personalità ed elemento motore dei rapporti giuridici¹³, si palesa incapace di trarre dai mutati orientamenti normativi tutte le conseguenze in essi contenute, è insieme di strumenti concettuali e di metodo.

L'esperienza del concreto forzata in modelli preordinati è elevata a «realtà giuridica» attraverso procedimenti che quando non costituiscono astrazione dal reale si risolvono in una fondamentale e radicale trasformazione del dato empirico.

Chi svolge il tema del contratto, se vuol essere coerente alla realtà materiale e ai problemi che in questa si pongono deve, al contrario, essere attento non solo alle enunciazioni della scienza ma, soprattutto, allo svolgimento concreto dell'esperienza giuridica, esaminata dall'interno con un metro capace di inerire all'intera situazione particolare, escludendo programmaticamente la possibilità di frattura fra il comportamento delle parti che danno assetto ai propri interessi e la configurazione giuridica dell'operazione economica da essi realizzata.

Seguendo con sguardo consapevole il graduale evolversi dell'affare posto in essere dai privati, da dato rilevante sul piano della realtà materiale come oggetto della valutazione dell'ordinamento, a negozio.

Il problema della ripartizione fondamentale delle competenze fra autonomia privata e ordine giuridico va interamente riesaminato alla luce dei nuovi dati normativi e, in particolare, dei principi costituzionali che superando l'antitesi individuo-Stato attraverso la conciliazione dei due termini del binomio, pongono su nuove basi il rapporto fra singoli e comunità.

¹² Cfr. PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Diritto civile, Metodo-Teoria-Pratica*. Saggi, Milano, 1951, p. 63 ss., spec. 74.

¹³ Cfr. RESCIGNO, *Le società intermedie*, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966, spec. p. 41 ss.; perspicui spunti in GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., p. 412.