

CAPITOLO PRIMO

Il contesto della incertezza nella giurisprudenza e nella legislazione

SOMMARIO: 1. Una premessa panoramica sul diritto privato contemporaneo. – 2. Incertezza e disordine delle fonti. – 3. Incertezza e ragionamenti per principi. – 3.1. Ragionamento per principi e principi costituzionali. – 4. Ancora sul ragionamento per principi. Alcuni casi. – 4.1. Il caso Englaro. – 4.2. L'occupazione acquisitiva, o accessione invertita. – 5. Ragionamenti per principi e principi del legislatore. Tra giurisdizione, amministrazione e legislazione nel contesto sovranazionale. – 5.1. *Segue*. Il caso dello statuto giuridico dell'embrione umano. – 6. Ragionamenti per principi e principi del legislatore. La legislazione della crisi e i principi del diritto privato patrimoniale. – *a*) I decreti del 2011 e i principi di modernizzazione del mercato. – *b*) Risoluzione delle crisi bancarie e *bail in*. Il principio della distinzione tra capitale di rischio e capitale di credito. – *c*) Il sovraindebitamento del consumatore, ovvero dell'insolvenza civile. – *d*) Nuove norme sui crediti garantiti da trasferimento immobiliare.

1. *Una premessa panoramica sul diritto privato contemporaneo*

Non è infrequente imbattersi, negli ultimi anni, in contributi di vario tenore che formulano una diagnosi sulle sorti del diritto privato nel tempo presente (e forse del diritto contemporaneo, più in generale), con accenti che richiamano un cambiamento storico, o una necessità di tale cambiamento, con riferimento in ogni caso alla insussistenza o alla improponibilità del precedente modello di “sistema del diritto privato”.

Una voce autorevole ricorre alla formula del diritto *incalcolabile*, per indicare il fenomeno della accresciuta imprevedibilità – e perciò ingovernabilità – di “ciò che verrà” a motivo della crisi che investe il diritto per fattispecie e dell'ascesa, invece, di un pensare per valori, il cui “preannuncio” si vede nelle clausole generali e si sviluppa nel sempre più frequente ragionare per principi privi di fattispecie. Così privandosi il capitalismo ed i suoi attori di uno strumento essenziale alla sua stessa esistenza¹.

¹ È questa la nota visione di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, che raccoglie i più recenti saggi dell'Autore dedicati al tema del tramonto dello Stato di diritto e di tutti i suoi dispositivi intesi a

Altri ricorrono ad immagini o metafore intese ad evidenziare – ad esempio – un'eclissi del diritto civile in termini assai critici, dovuta all'oscuramento che taluni (ormai consolidati?) fenomeni avrebbero determinato delle sue regole e dei suoi principi, o dei suoi discorsi, per instaurare di contro una sorta di (anti)sistema rimediabile di stampo giurisdizionale del tutto lontano dalla stessa architettura ordinamentale nella quale il diritto civile ha tradizionalmente svolto la sua funzione regolativa².

Più in generale, il rafforzamento del diritto giurisprudenziale, da taluni auspicato³, sarebbe per altri fattore generativo di (ma forse anche generato da) una inver-

rendere controllabile la decisione sulla controversia e oggettivamente calcolabile il "futuro giuridico". Non si tratta di una mera posizione metodologica, ma di una convinta teoria del diritto "formale", del "culto della forma", come unica possibile espressione giuridica del mondo secolare, nel quale "gli Dei si sono ritirati" e "natura e ragione si fanno silenziosi", sicché "la salvazione mediante forme ... viene anche in soccorso del diritto". Vedi, fra i molti contributi, *Diritto senza verità*, Bari, 2011 e *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004, dal quale sono tratte le parole in virgolette (p. 26). Una efficace sintesi del pensiero dell'Autore si legge in *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2014, p. 987.

² Questa è invece la nota lettura di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, il quale imputa la progressiva dissolvenza del diritto civile all'azione congiunta di tre fattori che si intersecano tra loro nel produrre quella "sorta di cubismo della forma giuridica" di cui il volume darà poi dimostrazione. I tre fattori che operano quali corpi oscuranti sarebbero la Costituzione, la giurisprudenza e il diritto europeo, tutti connotati da un "iper" funzionalismo deformante, e a fronte dei quali non resterebbe che l'auspicio di una rinnovata coscienza critica intesa alla ricostruzione di una teoria del diritto civile concettualmente e spiritualmente coesa. L'auspicio si può anche condividere, a condizione che ci si metta d'accordo sul valore da attribuire a quei tre "fattori oscuranti", ai quali – in verità – riesce un po' difficile non riconoscere il merito di aver rappresentato in forme diverse l'occasione di una evoluzione del diritto civile altrimenti impensabile.

³ È questo un tema, come si vedrà, sempre presente e sempre decisivo nel dibattito sulle fonti, che affonda le sue radici (piuttosto che sul mero protagonismo della magistratura, anche e soprattutto) nelle prospettive teoriche che connotano il discorso interpretativo e la "forza" della legge alla luce dei postulati positivisticici; ma prima ancora nel convincimento in ordine alla possibilità che si diano un'interpretazione "vera" della norma ed una "falsa". Per una prospettiva contemporanea del "diritto giurisprudenziale" si vedano, in luogo di molti, i contributi di N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Jus civile*, 7, 2016, p. 295; *Per un ripensamento delle fonti fatto nel quadro del diritto europeo*, in *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*, *Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, p. 143; *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2010, p. 635. In questo contesto si allentano anche le differenze tra *civil law* e *common law* e si accresce la cultura del "precedente": indicazioni utili in G. ALPA, *La dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Contratto e impresa*, 3, 2015, p. 646; ma anche ID., *Comparazione e diritto straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, *ivi*, 4-5, 2016, p. 879; A. RUGGERI, *L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"*, 2013, nella pagina <http://www.europeanrights.eu/publiccommenti/ruggeri24.pdf>; A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo "Stare decisis"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 2014, p. 567, in particolare p. 576 ss., ove l'analisi delle disposizioni di riforma dei codici del processo civile e del processo amministrativo che sempre più introducono doveri di conformità a precedenti o di richiamo di precedenti conformi. Da questo punto di vista, interessante la lettura di Cass., Sez. trib., 9 gennaio 2015, n. 174, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2015, p. 501, a proposito dell'*overruling* e con citazione dei precedenti della Suprema Corte in materia; ed *ivi* la nota di G. MOLINARO, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell'affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, p. 505, che mette in luce la contraddittoria tendenza della Corte, la quale, per un verso riconosce il carattere meramente persuasivo dei propri precedenti (in omaggio all'indipendenza del

sione di ruoli culturali e istituzionali deprecabile quanto dannosa, generatrice a sua volta di incertezze intollerabili perfino agli occhi del più scettico sostenitore del postulato della certezza del diritto quale mito del positivismo, come testimoniano alcuni arresti domestici fortemente – per così dire – innovativi⁴.

Meno pessimisticamente, coloro i quali guardano all'esperienza contemporanea come all'era del *disordine delle fonti* quale segno di un ridimensionamento del positivismo statualistico e legislativo, in favore di un più che auspicabile “ritorno al diritto”, segnalano il benefico effetto generato dall'ampliamento degli strumenti regolativi di cui l'interprete può profittare per confezionare la soluzione più “giusta” e appropriata del caso (sul modello della sentenza Englaro)⁵. Qualcuno auspicando addirittura, nella nuova cornice del diritto privato europeo, la soppressione o quantomeno la modificazione del vecchio “arnese” dell'art. 12 delle preleggi, bussola e guida dell'interprete nel sistema del diritto privato tradizionale e dell'ordinamento giuridico interno⁶.

Vi è poi il fronte dei diritti fondamentali dell'uomo e delle libertà fondamentali del cittadino europeo. Si tratta forse del più complesso teatro del diritto privato contemporaneo. A fronte del già segnalato rafforzamento del diritto di matrice giu-

giudice); ma per altro verso circonda il proprio “*overruling*” di regole di esercizio che suppongono la vigenza di una sorta di *doctrine of binding precedent*. Sul punto vedi comunque la nota successiva.

⁴ Alludiamo alla letteratura che si è sviluppata, per ricorrere ad un caso ormai paradigmatico, intorno alle due ordinanze della Corte Costituzionale in materia di caparra confirmatoria, sulle quali si rinvia per tutti a G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *I contratti*, n. 10/2014, p. 927 ss. Per uno spaccato recente della nostra dottrina sul tema del diritto giurisprudenziale, si leggano i contributi di C. GRANELLI, *La giurisprudenza è fonte di diritto? Introduzione ad un Incontro di studi*, in *Jus civile*, 11-12, 2016, p. 406, che individua le ragioni del crescere del diritto giurisprudenziale nella concomitante affermazione di una serie di eventi, quali la moltiplicazione, spesso scomposta, delle fonti del diritto privato; il conseguente sovraccarico della giurisprudenza; il moltiplicarsi delle Corti; la continua affermazione delle clausole generali e delle norme-principio; G. DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, *ivi*, p. 412; C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, *ivi*, p. 421, sempre a difesa della necessaria sottoposizione del giudice alla legge, come la trama all'ordito. I contributi citati da ultimo riproducono le relazioni pronunciate in occasione dell'Incontro di studi “La giurisprudenza fonte del diritto?”, dedicato alla presentazione degli Scritti giuridici di Andrea Belvedere (Padova, 2016), tenutosi a Pavia il 30 settembre 2016.

⁵ Sul caso Englaro si veda più avanti, par. 4.1.

⁶ Ed è questa la voce appassionata di P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, p. 23 e *passim*, il quale, nel rappresentare proprio la Costituzione, il diritto europeo e la giurisprudenza quali eventi formidabili che rendono possibile il recupero della complessità dell'ordine giuridico contro lo “snaturato” riduzionismo (p. 80) operato nella modernità dalla legalità statualistica, restituisce il più autorevole rovesciamento della prospettiva della “eclissi” di Carlo Castronovo. Ma si vedano anche, suggestivamente, G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le Autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 25 ss.; e il bel saggio di U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Immagini del diritto privato*, vol. 1, Torino, 2013, p. 47, il quale, nel tracciare gli itinerari possibili della ricerca giuridica in un contesto ormai inesorabilmente connotato “dal disordine delle fonti” e dalla “vanità di ogni pretesa di natura sistematica”, allude alla vigenza dell'art. 12 delle preleggi come ad una “esistenza cartacea e vana” (p. 51), senza per ciò rinunziare ad un paradigma scientifico idoneo a sostituirsi a quello della certezza del diritto in “contesti di alta complessità”. Ma sul punto, si veda più avanti, la terza parte di questo lavoro.

risprudenziale, il dibattito sulle garanzie immediate di tali diritti e sulla *Drittwirkung* delle Carte costituzionali e delle Carte dei diritti dell'uomo apre una ulteriore frattura nel terreno del diritto privato delle persone, della famiglia ma anche dei contratti e della responsabilità civile, dando luogo a politiche giurisprudenziali di aggiornamento e bilanciamento idonee a sconvolgere la sistematica dei diritti e dei rapporti di ordine privatistico⁷. La cosiddetta tendenza al "rimedialismo", quale fattore "degenerativo" della politica rimediale del legislatore europeo, ne sarebbe il deprecabile esito, quale ulteriore inversione della posizione del diritto (soggettivo) rispetto al suo rimedio, che perciò si presenterebbe nella fenomenologia del rimedio in cerca del suo diritto⁸.

E tuttavia, di fronte al fenomeno della "insaziabilità" dei diritti, invocata da chi vede nella giurisprudenza che tutela questi ultimi ad ogni costo una sorta di prevaricazione istituzionale sulle prerogative del legislatore, vi è chi, tutto al contrario, ricostruisce un opposto fenomeno di mortificazione dei diritti dell'uomo e dei diritti garantiti nella nostra Carta costituzionale da parte di un legislatore interno pedissequo esecutore delle politiche anticrisi varate dall'Unione europea nel contesto rigoristico del *Fiscal compact* e della conseguente legislazione di massiccia riduzione della spesa pubblica imposta ai paesi membri⁹. È difficile negare l'impatto di

⁷ Sul punto, rinviamo al momento, fra i molti, al volume di A. ZOPPINI (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, a cura di F. Mezzanotte, Roma, aprile 2016; e ai contributi di G. ALPA, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giur.civ. comm.*, 1, 2016, p. 108; e P. SIRENA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea*, *ivi*, p. 119. Il tema sarà affrontato *ex professo* nei paragrafi seguenti, ai quali si rinvia per le opportune indicazioni bibliografiche.

⁸ In argomento, di grande interesse il dialogo fra A. Di Majo, convinto esponente della prospettiva rimediale, e L. Nivarra, più scettico sulla dignità teorica della categoria, ospitato in *Europa e diritto privato*. Del secondo si veda il contributo *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, *ivi*, n. 3, 2015, p. 583; e del primo la replica prontamente pubblicata nel n. 4, 2015, p. 703. Quella rimediale rimane comunque una prospettiva coltivata da tempo nella letteratura civilistica, sul terreno – come bene spiega Di Majo – non del riconoscimento dei diritti, ma delle conseguenze derivanti dalla loro violazione e della effettività delle modalità di tutela. In quest'ottica, oltre ai contributi di Di Majo pubblicati sempre in *Europa e diritto privato* e dallo stesso indicati nel saggio prima citato, si veda anche il volume di S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, p. 17 ss., ove un distillato delle regole della prospettiva rimediale, che connotano l'autonomia del concetto; e quello a cura di G. VETTORI, *Remedies in contract. The common rules for a European Law*, Padova, 2008, in particolare i contributi di E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto tra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, p. 161; V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, p. 231; P. SIRENA, *Il diritto europeo dei contratti e la costruzione delle categorie civilistiche*, p. 251; A. SOMMA, *Prospettiva rimediale e diritto europeo dei contratti*, p. 257.

⁹ Il tema trova ancora il suo migliore affresco teorico e storico nel volume di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, in particolare, per gli aspetti specifici appena richiamati, pp. 3, 38 ss.; e *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, 2014, in particolare p. 71 ss.; ma già nei contributi di L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, Bologna, 2013; ID., *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016. Interessante la singolare la replica di L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, *passim*, che guarda al proliferare dei "nuovi" diritti come ad un rischio di eccessiva giurisdizionalizzazione del sistema. Sul profilo concernente le ripercussioni delle politiche indotte dal *Fiscal Compact* sui diritti fondamentali, si vedano i contributi di A. SOMMA, *Scontro tra capitalismo, crisi del debito e diritti fondamentali*, in *Dir. pubb. comparato ed euro-*

questa legislazione – apparentemente di sapore pubblicistico – sul sistema del diritto privato, a meno che da quest'ultimo non si voglia espungere il suo ruolo di sistema fornitore degli strumenti di garanzia della libertà di iniziativa economica e dei diritti della persona.

Sul piano della dogmatica e del suo compito storico, si registra la stessa polarizzazione di letture altrove rilevata. A fronte di chi seppur con accenti differenti rivendica la necessità di conservare alle categorie del diritto civile quanto più possibile i contenuti consolidati e con essi l'identità storica del sistema; ovvero propone con forza la necessità di una “nuova” (buona) dogmatica, adeguata alla complessità dei sistemi (sociale e giuridico) attuali¹⁰; v'è chi ancora propone la necessità di una decostruzione delle categorie civilistiche, ormai irrimediabilmente travolte da una domanda di giustizia che non può essere evasa e che d'altra parte rifiuta di farsi preliminarmente inquadrare in categorie precostituite¹¹. Il ragionamento per principi si presenta, in tale contesto come un'alternativa possibile al ragionamento sillogistico di matrice tradizionalmente dogmatica¹².

E così il contrasto analitico si riverbera sul piano metodologico. Chi si concentra in particolare sulla attuale fenomenologia del rafforzamento del diritto giurisprudenziale, individuandovi una ragione di intollerabile crisi del diritto civile, ri-

peo, 2013, II, p. 451; ID., *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contr. impr.*, 1, 2016, p. 124; A. IANNI, *L'insolvenza sovrana come fenomeno di mutazione giuridica imposta. Le politiche di condizionalità*, in *Dir. pubb. comparato ed europeo*, 2016, 3, p. 753; M.R. MAURO, F. PERNAZZA (a cura di), *Il debito sovrano: tra tutela del credito e salvaguardia della funzione dello stato*, Napoli, 2014. L'argomento sarà ripreso più avanti, nella seconda parte di questo lavoro.

¹⁰ Sul tema, ci si limita a qualche citazione scolastica essenziale. R. GUASTINI, voce *Dogmatica giuridica*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 28; A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997; L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 4 ss.; ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996; N. LIPARI, L. MENGONI, *Ovvero la dogmatica dei valori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002; N. LUHMAN, A. FEBBRAJO, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978; V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002; F. GALGANO, *I dogmi nel diritto*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2010, p. 905, poi, con altri saggi, anche nel volume *Dogmi e dogmatica del diritto*, Padova, 2010; D. MESSINETTI, *Per un'ecologia della modernità: il destino dei concetti giuridici. L'apertura di R. Nicolò a situazioni complesse*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 1, p. 23 (che misura la forza dei concetti sul test della qualificazione dell'informazione come bene giuridico). Per una rassegna ampia dell'uso dei concetti giuridici da parte della civilistica, sin dalla fase della codificazione, si veda il volume di F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, p. 308 ss.; nonché il recente saggio di A. D'ANGELO, *Discorso giuridico, termini tecnici e concetti*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2016, p. 306.

¹¹ Per questa impostazione, ampiamente e per tutti, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*, sul quale si vedano le considerazioni di F. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2015, p. 1, e di L. BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2015, p. 25.

¹² Sul tema, che sarà pure ripreso e affrontato in seguito, rinviamo al momento al ricco e rigoroso saggio di G. D'AMICO, *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 3, 2016, p. 444; ID., *Appunti per una dogmatica dei principi*, contributo dedicato al *Liber amicorum per il 90° compleanno di Pietro Rescigno*, consultato per la cortesia dell'Autore.

propone una dogmatica modernizzata quale garanzia di un necessario ritorno ad una metodologia che restituisca alla dottrina, ma prima ancora al legislatore il primato che gli spetterebbe nell'architettura di un non ancora cancellato stato di diritto. Il positivismo torna a riaffermarsi in questa chiave come contraltare di un modello istituzionale che il contesto dell'Unione europea (ritenuto responsabile di taluni degli sconvolgimenti denunciati) non avrebbe messo in discussione. Per contro, chi dichiara il tramonto ormai definitivo del positivismo giuridico, e ne trae le conseguenze sul piano del positivismo metodologico, apre alla complessità delle fonti e al ragionamento per principi e clausole generali come all'unico metodo che – lo si accennava sopra – può consentire al diritto di rispondere alla sua “naturale” funzione sociale di sistema erogatore di giustizia¹³.

Ma non sempre l'analisi della complessità del sistema restituisce simmetrie metodologiche evidenti. La rinnovata sensibilità verso la percezione della complessità che i sistemi dei paesi dell'UE avrebbero acquisito nell'originale contesto ordinamentale dell'Unione ha prodotto un altrettanto rinnovato interesse verso la metodologia ermeneutica, l'unica ritenuta capace di fornire strumenti idonei a fare sintesi – sul piano interpretativo – dei molteplici spunti normativi che provengono dal variegato panorama delle fonti di diritto nell'epoca attuale. Una nuova stagione dell'ermeneutica giuridica sembra così essere fra le cifre caratterizzanti della dottrina contemporanea del diritto civile. Ma sul punto si tornerà più ampiamente in seguito¹⁴.

Se si volesse individuare, attraverso uno sguardo dall'alto, un elemento che accomuna tali diverse prospettive, non certo nelle conclusioni cui giungono, quanto piuttosto nello svolgimento delle argomentazioni, questo non può che essere il ruolo giocato dall'alterazione del sistema delle fonti e dal suo impatto nel diritto privato, sottosistema connotato più di altri – come può dirsi semplificando in questa fase del nostro ragionamento – *storicamente* dalla dominanza formale e concettuale del codice civile e poi dallo sforzo di costruzione di una coerenza che il processo di decodificazione ha messo negli anni a dura prova; e *culturalmente* dalla prevalenza dell'atteggiamento positivistico, a sua volta tributario di un certo ordine delle fonti (che lo rende praticamente possibile)¹⁵.

Il definitivo tramonto della “mistica” della legge e del codice, in particolare, si è accompagnato a processi di varia natura e di progressiva intensità. In primo luogo,

¹³ La contrapposizione, cui si allude nel testo, tra le proposte di Castronovo e quelle di Lipari è in tal senso più che emblematica di questa divaricazione metodologica.

¹⁴ Alludiamo alla proposta di G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Bari, 2012. E fra i civilisti, alle esplicite posizioni di G. BENEDETTI, oggi condensate nel volume *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014; e V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2014, p. 1249, dedicata al menzionato volume di Benedetti.

¹⁵ Per una impostazione generale, rinviamo ai contributi raccolti nel volume a cura di E. NAVARRETTA, *La metafora delle fonti e il diritto privato. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Milano, 2015; al già citato volume di P. GROSSI, e al saggio di G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, cit., p. 25 ss.

e guardando ad una stagione fortemente anticipatrice seppur tutta interna al contesto nazionale, il processo di costituzionalizzazione del diritto privato e le aperture verso la cosiddetta interpretazione costituzionalmente orientata¹⁶. Tale processo tuttavia, proprio perché articolato lungo la direttrice del sistema gerarchico delle fonti interne, non può e non deve essere ritenuto responsabile della pericolosa inversione dei ruoli istituzionali che invece sarebbe propria del tempo presente: esso semmai ha ridimensionato i confini nei quali dottrina e giurisprudenza rispettivamente si muovevano nell'applicazione del diritto, conferendo al fisiologico e necessario adeguamento della legislazione ordinaria alla Costituzione una dinamica che andava ben oltre il formale controllo di costituzionalità delle leggi assegnato alla Consulta. In questo contesto, il monolite della legge statutale non è intaccato, e l'ingresso dei "valori" nel sistema formale del diritto privato imprime una direzione regolativa che – lo si ripete – consuma la sua innovatività tutta all'interno del sistema dato.

Nemmeno la riforma del titolo V e l'introduzione della clausola residuale di competenza a favore delle regioni ordinarie si può dire abbia alterato la mistica della legge, se non nella versione della legge statutale/parlamentare, affiancando a quest'ultima le leggi regionali, prodotte secondo una procedura che rispecchia(va) tale e quale quella del Parlamento nazionale; e senza incidenza significativa sul diritto privato.

Le cose cambiano radicalmente – come è noto – al prodursi di due ulteriori processi, non disgiunti l'uno dall'altro. Il primo è il processo di integrazione europea. Il secondo è il contemporaneo processo di diffusione della normatività in una dimensione di deterritorialità orizzontale e a favore anche di soggetti tecnici non legittimati dalla sovranità popolare e privi di responsabilità, nonché, ancora, strutturati secondo logiche non gerarchiche¹⁷.

¹⁶ Si tratta di un filone estremamente ricco, rappresentato da diverse scuole che operano fondamentalmente a partire dagli anni '70 del secolo scorso. A titolo puramente esemplificativo, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; e C. SALVI, *Principi costituzionali e diritto privato*, Perugia, 2011; ID., *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012.

¹⁷ Di queste problematiche si discuterà più ampiamente nel prosieguo del lavoro. Al momento, solo qualche indicazione di ordine generale: M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; ID., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006; S. CASSESE, *Il diritto globale*, Torino, 2009; uno spaccato interessante del fenomeno si trova nel volume *L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello*, a cura di V. Barsotti, Maggioli, 2014, in particolare nei contributi di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'identità delle scienze giuridiche nel mondo giuridico "plurale"*. "Questa è l'acqua", p. 29 e G. PASSAGNOLI, *Ossimori del civilista*, p. 83. Esempi paradigmatici del fenomeno segnalato nel testo sono quello della cosiddetta *lex digitalis*, ovvero della legge di Internet, universo nel quale convergono tutte le tipologie di fonti, *hard* e *soft law*, formali e informali che sia dato sperimentare, a dimostrazione della difficoltà di organizzare le fonti del diritto intorno ad un'unica scala gerarchica e/o ad un'unica dimensione normativa (sul punto, G.M. RUOTOLO, *Internet-ional Law*, Bari, 2012); e quello non molto differente della *lex mercatoria* (per la quale, per tutti, F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria*, Padova, 2013); ovvero, più semplicemente, quello del

Quanto al primo processo, più specificamente esso ruota intorno al principio del primato del diritto europeo e alle conseguenze che lo stesso è in grado di generare nella concreta applicazione; nonché intorno al principio di effettività e alle conseguenze che lo stesso è in grado di generare sul piano della tutela dei diritti, ovvero dei rimedi. Riservandoci maggiori approfondimenti in corso d'opera, ciò che adesso si vuol dire è che il processo di integrazione europea ha generato effetti che vanno oltre il piano formale della cessione di sovranità dei paesi membri a favore degli organi comunitari, per estendersi al piano della teoria e della pratica interpretativa, cioè della cultura dell'interpretazione. E ciò non soltanto sul piano dei rapporti ordinamentali fra Unione europea e paesi membri e fra questi e altre giurisdizioni sovranazionali. Ma soprattutto sul piano della percezione di quel "disordine delle fonti" quale dato non patologico del contesto normativo, ma – tutto al contrario – come dato positivamente utile ad una ricerca della migliore soluzione del caso.

Quanto al secondo processo, invece, più specificamente esso ruota intorno alla diffusione di competenze normative, regolamentari e paragiurisdizionali in capo a soggetti anche transnazionali, variamente costruiti secondo il modello delle Autorità tecniche o degli Organismi indipendenti, le cui decisioni producono effetti diretti sui soggetti privati¹⁸.

Ad entrambi i processi vanno ricondotti, infine ed ancora in una dimensione sintetica, l'effetto generale della destrutturazione della gerarchia delle fonti (tra fonti formali e fonti non formali), e quello della sostanziale prevalenza – a dispetto dello storico principio di validità – di quelle fonti che sono in grado di produrre decisioni normative di maggiore impatto anche sulle fonti formali primarie, cioè a dire le fonti giurisdizionali, tanto più se alla loro giurisprudenza è affidata l'applicazione di norme cosiddette "apolidi", a portata sovranazionale (prime fra tutte le Carte dei diritti dell'uomo). In altre parole, e se queste affermazioni davvero rispecchiano in qualche modo l'attuale panorama normativo, più che di eclissi del diritto civile dovrebbe parlarsi di eclissi dello Stato e del monopolio del diritto statale, oscurati da una fenomenologia istituzionale non contingente, che – di diritto

diritto dei paesi membri dell'Unione Europea, nel quale la convergenza di fonti eterogenee gioca un ruolo inedito nei tradizionali sistemi degli Stati di diritto.

¹⁸ Anche sul piano del diritto interno, il fenomeno delle Autorità tecniche incide notoriamente sul sistema delle fonti, pur se il potere regolamentare attribuito a molte di esse può considerarsi comunque relazionato all'attuazione di una legge. In argomento, G. GITTI (a cura di), *Autonomia privata e autorità indipendenti*, cit., *passim*; V. RICCIUTO, *Nuove prospettive del diritto privato dell'economia*, in E. PICOZZA, V. RICCIUTO (a cura di), *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, p. 236; M. MAUGERI, A. ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009. Si inserisce nella fenomenologia considerata, tornando alla *lex digitalis*, l'emblematico e unico caso di ICANN, *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, organizzazione *non profit* di diritto privato statunitense istituita nel 1988 con sede in California, che gestisce l'assegnazione dei nomi di dominio, sulla quale vedi P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari, 2015, in particolare p. 169 ss.

e di fatto – ricentra la produzione normativa e la rialloca secondo logiche orizzontali, di rete, ma comunque non gerarchiche¹⁹.

E tuttavia, ciò che più interessa indagare in questo contesto è proprio l'impatto di questi processi sul diritto privato, sui suoi istituti e concetti e sui suoi strumenti; sulla sua coerenza e – in definitiva – sul suo (potere e – a detta di qualcuno – anche dover) essere ancora un *sistema*. Valutazione questa, che può cambiare a seconda che si consideri il processo di integrazione europea ovvero il processo che abbiamo chiamato di diffusione deterritorializzata e orizzontale della normatività.

Ed infatti, fino a quando il sistema del diritto privato si è articolato sulla dialettica ancora prevalentemente interna tra codice civile, Costituzione e legislazioni settoriali, con l'aiuto di una metodologia attrezzata alla comprensione della complessità generata dalle tre fonti indicate, risultava comunque possibile la costruzione di una coerenza sistematica.

Le cose cambiano più significativamente man mano che la penetrazione del diritto europeo si intensifica e si consolida anche sul piano formale (si pensi al Codice del consumo e ai vari codici di settore via via adottati); processo che trova un ulteriore punto significativo di affermazione con la firma del Trattato di Lisbona e l'equiparazione della Carta di Nizza ai Trattati, cui si aggiunge il collegamento formalmente istituito con la Convenzione EDU. Circostanza questa che apre una volta per tutte alla triangolazione della giurisprudenza delle tre Corti, tra Lussemburgo, Strasburgo e le Corti costituzionali nazionali²⁰. A ciò si aggiunge il consolidamento dell'applicazione dei cosiddetti rimedi *extra-ordinem*²¹, a completare attraverso i dispositivi intesi a garantire il principio di effettività sul piano strettamente interpretativo i processi formali di cessione di sovranità degli Stati nazionali a favore delle istituzioni dell'UE. Di qui, ancora, l'acquisita centralità della Corte di Giustizia.

Ma non sono solo questi i fattori costitutivi di quel contesto in relazione al quale misurare le trasformazioni del (sistema del) diritto privato. Come parzialmente accennato, la legislazione anticrisi del primo decennio di questo secolo per un verso ha accresciuto la dimensione dell'integrazione europea (si pensi alla legislazione confluita nel Fiscal compact e poi nei provvedimenti derivati dei singoli Stati, fino alla modifica dell'art. 81 Cost. con l'introduzione del principio costituzionale del pareggio del bilancio); per altro verso, nell'accentuare la dipendenza degli Stati nazionali dalle politiche di Bruxelles, ha prodotto un altro non meno grave oscura-

¹⁹ Per tutti, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 61, *passim*.

²⁰ Al proposito, vedi i volumi R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013; e M. BIANCHINI, G. GIOIA (a cura di), *Dialogo fra corti e principio di proporzionalità*, Padova, 2013.

²¹ Sui quali si veda A. DI MAJO, *Diritto dell'Unione Europea e tutele nazionali. La responsabilità civile degli Stati*, in *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*, cit., p. 123. Si presterà maggiore attenzione all'impatto di questi rimedi nella parte finale del lavoro.

mento, almeno nel nostro paese. Quello di alcuni dei principi costituzionali che hanno fatto della Carta del '48 – almeno secondo alcuni – un modello di equilibrio tra mercato e persona, e cioè i principi di solidarietà sociale che hanno retto le politiche di Welfare. Che tali scelte siano o meno giustificabili sul piano della politica economica è questione certamente cruciale, ma che in questa sede non interessa il giurista, di fronte alla palese alterazione dell'ordine dei valori costituzionali, mascherata nelle pieghe di un bilanciamento tutt'altro che ragionevole con le esigenze della stabilità economica. Ed anche questo appare essere un fattore di trasformazione del diritto privato²².

L'analisi successiva deve dunque proseguire, più approfonditamente, alla luce di questi elementi e degli altri effetti “collaterali” indotti, responsabili della metamorfosi e dell'acquisizione da parte del diritto privato della sua attuale ed incerta fisionomia.

2. Incertezza e disordine delle fonti

Esiste un nesso imprescindibile tra diritto privato inteso come (sotto)sistema dell'ordinamento giuridico e teoria delle fonti nel modello dello Stato di diritto. Ciò non soltanto in relazione al fatto (di portata generale in uno Stato di diritto) che la disciplina dei rapporti tra privati trae origine da un insieme di fonti formali coincidenti con quelle, e soltanto con quelle, cui fonti di rango superiore attribuiscono la competenza a produrre quella disciplina. Ma soprattutto in relazione al fatto che tali fonti hanno per tanto tempo coinciso con quella “legge” dal valore storico tutto speciale che è il codice civile. Se davvero vi è stata nella dottrina giusprivatistica una “malattia” del positivismo che ha caratterizzato il pensiero di diverse generazioni, questa malattia va diagnosticata come malattia del codice civile²³. Non occorre dar conto delle ragioni di questo “malanno”: guardato dal punto di vista della capacità di una fonte di rappresentare in maniera tendenzialmente compiuta l'insieme dei rapporti oggetto di regolazione – quelli della società civile –, il

²² Vedi A. SOMMA, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, cit., *passim*, e gli altri autori citati in nota 9. Sull'introduzione del principio del pareggio del bilancio si veda da ultimo G. RIVOCCHI, *L'equilibrio di bilancio. Dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *AIC*, 3, 2016, nella pagina www.rivistaaic.it/download/tdrTAj-PBa.../. Per alcuni commenti tecnici, si vedano i contributi di R. PERES, N. D'AMICO, G. LO CONTE, pubblicati in *Giornale di diritto amministrativo*, 10, 2012, p. 929 ss. Si esprime in senso nettamente contrario alla politica europea del rigore, rappresentata dal Fiscal Compact, la voce autorevole di G. GUARINO, *Cittadini europei e crisi dell'euro*, Napoli, 2014.

²³ In argomento, per tutti, vedi il libro di F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, cit., in particolare pp. 21, 85 ss., e poi le considerazioni sulla “forma” codice come matrice del “sistema” del diritto civile, p. 223 ss. e del pensiero sistematico, p. 330 ss.

codice del '42 non manca di tratteggiare questi ultimi in ciascuna delle dimensioni in cui essi tendono a strutturarsi nella modernità. Da quella familiare, a quella associativo-comunitaria; a quella economico-commerciale; sotto il profilo individuale e relazionale. L'idea della completezza e della coerenza – aspetto non trascurabile di quella malattia – va associata infatti non tanto alla quantità delle norme dedicate ai singoli istituti, quanto alla compiutezza del disegno che, di libro in libro, accompagna il privato dalla nascita alla morte in tutte le esperienze di vita personale e sociale che il postulato della astrattezza e generalità – che informa la tecnica normativa codicistica – rende possibile concepire. Linguaggi e categorie del diritto civile e del diritto commerciale trovano origine nel codice e all'ombra della cultura del codice – regno della fattispecie – si sviluppano la tecnica interpretativa dominante della sussunzione e la precomprensione stessa dell'interprete dei problemi del diritto privato²⁴. Il codice, ancora, simboleggia la potenza della legge statutale, il primato della legge statutale e con esso il principio di legalità nell'accezione istituzionale originaria che giustifica la posizione sotto ordinata della giurisprudenza e della dottrina. Il posizionamento dell'art. 12 fra le norme preliminari, poi, suggerisce la completezza del disegno offrendo all'interprete gli strumenti per potenziare la capacità regolativa del codice valorizzandone – nel contesto dell'astrattezza delle fattispecie – la capacità autoriproduttiva. In tale prospettiva, la lettura del modello sociale del codice quale modello di una società liberal-mercantile, di stampo profondamente individualistico, non fa che rafforzare il dna di questa fonte quale matrice perfetta di un “sistema”, dal punto di vista istituzionale e interpretativo²⁵.

Il codice dunque è il simbolo di un diritto che viene dall'alto (si pensi al ruolo marginale della consuetudine), che è in grado di autoriprodursi, sempre dall'alto, e perciò di metabolizzare il nuovo e anche il diverso, nella misura in cui le norme astratte e i principi richiamabili possono dall'interprete essere dilatati fino al limite della loro “capienza” regolativa. Se non addirittura “costituzionalmente orientati”, secondo una metodologia che, innovando nella *ratio*, finisce con l'accrescere la capacità dello strumento normativo di comprendere al suo ambito un numero sempre più ampio di casi²⁶. La vicenda della responsabilità civile e del risarcimento del

²⁴ Definisce il codice civile come lo “statuto della società civile” C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, p. 31 ss.

²⁵ Il contributo più significativo al pensiero sistematico contemporaneo, elaborato sulla base dei postulati della teoria *lubmaniana* della differenziazione sistemica e in antitesi alle strategie antipositivistiche e del cd diritto vivente, applicato proprio alla “sistematica” del codice civile ma anche al progressivo affermarsi delle legislazioni settoriali, si deve a M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996; una versione sintetica ma completa della proposta metodologica si trova nel saggio *Su sistema e metodo (per una teoria giuridica sistemica)*, nel volume *Il metodo della ricerca civilistica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1-2, 1990, p. 27.

²⁶ Vedi saggio D'AMICO, *Problemi e limiti dell'applicazione diretta*, cit., p. 446, C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 235 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2012, p. 643.

danno costituisce da questo punto di vista la testimonianza di una sorta di imperitività dello strumento codicistico, nascosta tra le pieghe di una lettura modernizzante che, cancellando via via i limiti imposti dalla dommatica più conservatrice, ne ha per l'appunto consacrato la funzionalità alle nuove e talvolta più bizzarre domande di tutela²⁷.

Unitamente alle novellazioni più significative, da quella storica del diritto di famiglia, a quella societaria, o quella fallimentare sulle leggi complementari, la progressiva modernizzazione del codice ne ha allungato la vita almeno fino agli albori del processo di armonizzazione. O piuttosto, sarebbe meglio dire, fino agli albori della globalizzazione del diritto. Ed è qui che si colloca la nostra analisi.

Si osservi a titolo esemplificativo la vicenda che ha contraddistinto l'evoluzione parallela del diritto dei consumi e del diritto dei contratti. Dalla prima novella sulle clausole vessatorie all'attuale variegata fisionomia del "sistema consumeristico", il processo di differenziazione normativa ha desacralizzato ed esaurato progressivamente la fonte codicistica, non tanto e non soltanto per avervi affiancato più di un altro Codice – con tutto ciò che questo comporta sul piano interpretativo e simbolico-; non tanto per averne sensibilmente alterato le logiche, talvolta con l'introduzione di istituti poco compatibili con le *rationes* codicistiche; quanto piuttosto per aver dato spazio in un contesto geografico ed economico ormai senza frontiere a fonti irriducibili alle dinamiche del diritto statale²⁸.

Indipendentemente dalla introduzione di istituti privi di diritto di cittadinanza nella logica del codice civile, ovvero dal richiamo più frequente alle clausole generali, è nota poi la frammentazione di fonti che disciplina le varie categorie contrattuali in relazione al settore di mercato o alle modalità di conclusione del contratto; con conseguente e continua perdita di astrattezza e generalità da parte di una disciplina che sempre più tende a fondarsi sulla specificità dei fatti e sulla singolarità dei

²⁷ Su tale processo di interpretazione evolutiva, si vedano per riferimenti generali M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, vol. I, *L'illecito*, vol. II, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010; C. SCOGNAMILGLIO, *L'ingiustizia del danno*; P.G. MONATERI, *Il nuovo danno non patrimoniale. La nuova tassonomia del danno alla persona*, entrambi in *Illecito e responsabilità civile*, Tomo I, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. X, Torino, 2005, p. 1 ss. e p. 277 ss. Per i più recenti sviluppi, si vedano F.D. BUSNELLI, *Non c'è quiete dopo la tempesta. Il danno alla persona alla ricerca di uno statuto risarcitorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 129; ID., *La "dottrina delle corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 5, 2014, p. 461, con evidente riferimento alla "esuberanza" della creatività delle Corti in questa materia; ID., *Tanto tuonò...che non piove. Le sezioni unite sigillano il sistema*, in *Corr. giur.*, 10, 2015, p. 1206, nota di commento a Cass., SS.UU., 22 luglio 2015, n. 15350 in tema di danno da perdita della vita; P.G. MONATERI, *La fenomenologia del danno non patrimoniale*, Commento a Cass. 20 aprile 2016, n. 7766, in *Danno e resp.*, 7, 2016, pp. 720, 724 ss., seguito da G. PONZANELLI, *Postfazione a Monateri*, *ivi*, p. 726; sulla stessa decisione si vada anche il commento di R. BREDA, *"Di doman non v'è certezza: il futuro del danno non patrimoniale"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10, 2016, p. 1278; A. BREGOLI, *Il danno alla persona: fenomenologia di una crisi*, *ivi*, 10, 2016, p. 925. Da ultimo, si vedano Cass., 19 ottobre 2016, n. 21056 e Cass., 20 ottobre 2016, n. 21245, in tema di danno non patrimoniale, entrambe in *Giur. it.*, 6, 2017, pp. 1317 e 1319, con nota di P. Valore, p. 1322.

²⁸ Per la ricostruzione di questo esemplare percorso normativo si veda S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2014, p. 135 ss.

rimedi²⁹. Così introducendo una visione ordinamentale opposta a quella propria della *validità* (semplicemente fondata sulla gerarchia delle fonti), e vicina invece a quella propria della cosiddetta *effettività*, che ricerca l'aderenza della norma al fatto da regolare senza i limiti derivanti dalla preconcepita concezione della astrattezza e generalità della legge quali garanzie a sua volta dell'uguaglianza giuridica e del primato della legge.

Se poi si considera la valenza delle fonti di *soft law* da una parte e di quelle pur sempre formali, ma che riallocano in parte la tutela effettiva degli interessi protetti presso Autorità indipendenti o Arbitri "speciali", che erogano una "giustizia" agiurisdizionale, l'esautorazione del Codice prende le sembianze di un più ampio processo che predilige le tecniche di regolazione dei mercati in alternativa, se non in sostituzione, alle classiche tecniche di tutela individuale intese a coronare l'esercizio del diritto soggettivo con l'azione giudiziaria³⁰. Fenomeno questo che decisamente smonta la funzione dei Codici quale sistema di riferimento della tutela dei diritti.

Più in particolare, la circostanza per la quale la disciplina dei contratti va oggi ricercata in una pluralità di fonti formali interne, europee, di derivazione europea, internazionali, legali o amministrativo/regolamentari, e di fonti fatto di *soft law*, ovvero riconducibili alle prassi contrattuali "mercatorie" o più semplicemente al potere dell'autonomia privata di importare modelli contrattuali provenienti da ambienti non domestici (i contratti che qualcuno definisce "alieni")³¹, scegliendo peraltro la legge applicabile a tali contratti (quello *shopping* del diritto frutto della competizione fra ordinamenti suscitata, a sua volta, dal crollo delle barriere fra gli Stati)³²; è sintomo inequivocabile della rottura dell'equilibrio sul quale si reggeva la dominanza di una fonte formale sul modello del codice civile: l'equilibrio nella divisione dei poteri statuali.

L'ottica forse più appropriata per la comprensione di questo dato, dunque, è quella del *pluralismo normativo*, ovvero della riconfigurazione delle fonti del diritto secondo una scacchiera pluralistica nella quale legalità (in senso stretto di conformità alla legge) e legittimità si separano, riconducendosi quest'ultima a fonti anche diverse dalla legge; mentre la giurisdizione e l'amministrazione si riassettano in uno

²⁹ Per tutti, i contributi pubblicati nel volume a cura di G. GITTI, R. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; E. MINERVINI, *Il terzo contratto*, in *I contratti*, 5, 2009, p. 493; R. FRANCO, *Il terzo contratto, da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.

³⁰ Si pensi per un verso alla accresciute competenze dell'Autorità Antitrust nella materia della protezione dei consumatori; ovvero all'Arbitro bancario Finanziario. Sul punto sia consentito rinviare al nostro *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato*, in *Jus civile*, 6, 2013, p. 305. Più in generale vedi N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti. La mediazione delle controversie di consumo nella Direttiva europea 2013/11*, Torino, 2015.

³¹ Secondo la nota definizione di G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011.

³² In argomento, A. PLAIA (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007.

spazio più ampio rispetto a quello di esse proprio nella prospettiva del diritto statale³³. Ciò non vuol dire certamente legittimare l'arbitrio dei privati o delle amministrazioni nella definizione dei propri atti o attività; vuol dire però – e non è poco – che l'interazione delle fonti e degli ordinamenti all'interno di un contesto genuinamente multiculturale (quello “geogiuridico” dell'UE ad esempio) rende sempre meno esteso ed efficace il raggio di azione della legge, sempre più esteso ed efficace per contro quello della giurisdizione; sempre più pregnante quello delle amministrazioni, almeno quelle che sono a più diretto contatto con l'economia.

La simmetria istituzionale nella quale il diritto privato del codice civile si è trovata ad operare “prima”, retta da punti di riferimento certi in quanto a loro volta riducibili all'equilibrio tendenzialmente perfetto tra legislazione, amministrazione e giurisdizione, ha lasciato il posto – e sembra questo un dato oggettivo, non un'ipotesi di lettura – ad un assetto asimmetrico nel quale il ruolo di elementi unificanti finisce per essere giocato non più da un legislatore, ma dalle giurisdizioni ovvero da amministrazioni espressioni di una tecnocrazia efficiente dotata di poteri estesi fino agli ambiti territoriali già propri dei singoli Stati.

Ancora una volta, dunque, più che di eclissi del diritto civile, dovrebbe parlarsi di eclissi degli Stati e perciò – con essi – dei sistemi di norme tributari di un ordine formale tipicamente statale.

Le altre fenomenologie ritenute espressione di questa frattura, e precisamente la sopravvenuta *incertezza del diritto* e la connessa *supremazia della “fonte” giurisprudenziale*, sono per molti aspetti inevitabili conseguenze dei processi descritti.

La prima, perché spesso incerta – in quanto da ricercare fra molte – è la fonte regolatrice del rapporto in questione o l'autorità investita del potere di giudicare; mentre il frequente ricorso ai principi nella disciplina dei rapporti privati rende meno prevedibile l'esito di una controversia di quanto non sarebbe se la stessa fosse più semplicemente sussunta o sussumibile all'interno di una fattispecie³⁴.

La seconda, perché istituzionalmente l'interazione fra le fonti rende necessario che l'eventuale conflitto o contrasto fra le stesse sia risolto da un'autorità giurisdizionale, che giudica non della controversia ma della compatibilità di una legge con un'altra legge della quale sia da invocare il primato. Al proposito, non si è forse riflettuto abbastanza, almeno da parte dei giusprivatisti, sugli effetti dispiegati sul sistema del diritto privato già dalla prima giurisprudenza della Corte di Giustizia,

³³ Nella prospettiva del presente lavoro, è sufficiente il rinvio al volume di N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, segnatamente il primo capitolo, e *ivi* ampia bibliografia; ed a quello a cura di E. NAVARRETTA, *La metafora delle fonti*, cit., in particolare il contributo di F. SORRENTINO, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, p. 3. Ma si vedano anche gli autori citati in nota 17, nonché V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 147.

³⁴ Si tratta di fenomeni spesso collegati; pensi alle questioni concernenti gli status personali, le adozioni, il riconoscimento di figli nati all'estero attraverso tecniche di RMA; ma anche e soprattutto alle problematiche – di cui ampiamente diremo – connesse alla disciplina di casi contemplati da Direttive europee non ancora trasposte o non correttamente trasposte.

quella che ha reso effettive, ad esempio, nella fase di costituzione del mercato interno le libertà di circolazione delle merci fra gli Stati membri³⁵.

3. *Incertezza e ragionamenti per principi*

La questione della (in)certezza appartiene – come noto – al pensiero classico della teoria e sociologia del diritto. Essa è legata al concepire stesso le norme giuridiche come strutture anticipatrici di senso, o come alternative prestrutturate di comportamento delle quali i moderni sistemi giuridici si attrezzano sia per neutralizzare i rischi sociali che altrimenti deriverebbero dalla legittimazione di comportamenti arbitrari e casuali; sia per imprimere alla società civile un indirizzo o uno scopo d'ordine pubblico, senza con ciò privare i singoli dell'autonomia delle scelte personali ed economiche. L'effetto d'ordine di un simile assetto starebbe prevalentemente nella prevedibilità dei risultati, e nella calcolabilità delle conseguenze delle proprie azioni (il ché rende possibile a ciascun soggetto pianificare entro ragionevoli limiti di (in)certezza la propria attività e calcolarne il relativo rischio)³⁶.

³⁵ Il riferimento è, con ogni evidenza, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, le cui pronunce (specie nei primi tempi di attuazione del mercato interno) sono state appannaggio degli studiosi di Diritto comunitario, senza che ci si avvedesse di come ogni valutazione di incompatibilità delle discipline interne degli Stati membri rispetto ai principi del Trattato fosse non solo utile a demolire, volta per volta, le numerose barriere protezionistiche ancora esistenti fra gli Stati, ma anche a modificare radicalmente le prassi contrattuali, per la sopravvenuta incertezza della relativa disciplina, dovuta all'eventualità che i principi di libertà del Trattato "ostassero" alla effettiva vigenza delle regole connesse a quelle prassi. Ciò vale anche con riferimento alla disciplina – per così dire – non strettamente civilistica ma di supporto delle prassi contrattuali, tutte le volte in cui queste si reggevano per l'appunto su un presupposto amministrativo. Si pensi, ad esempio, al caso delle ormai cancellate regole italiane sulla immatricolazione delle auto importate in Italia da parte di operatori non concessionari delle case produttrici, sul quale, per tutti, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, p. 404 ss., a proposito dell'influenza delle decisioni della Corte sulle misure restrittive della libertà di circolazione delle merci cosiddette "distintamente applicabili" sulle prassi contrattuali delle importazioni parallele.

³⁶ Non è ovviamente possibile dar conto in questa sede delle questioni teoriche legate ad un concetto – come quello di certezza/incertezza del diritto – del quale si fa spesso uso nel linguaggio corrente senza tuttavia far riferimento ad una o ad un'altra concezione del diritto. L'associazione del concetto all'idea della prevedibilità, o della calcolabilità delle conseguenze e dei rischi delle proprie azioni, o della sicurezza o ancora dell'affidamento, per quanto accettabile in ragione della diffusione piuttosto larga di queste correlazioni, sconta – ci si consenta il bisticcio – tutta l'incertezza dovuta al fatto che storicamente e concettualmente la questione in oggetto è stata trattata in maniera diversa in relazione alla concezione che – nel tempo – ciascuna scuola ha elaborato del diritto, delle norme e della interpretazione. Cosicché risulta evidente il differente punto di vista del positivismo formalista rispetto alle teorie antiformaliste. Nel senso che, quanto più l'ordinamento giuridico e le sue norme sono concepite come strutture linguistiche accessibili e conoscibili da parte dell'interprete, tanto più la certezza del diritto si pone come una sorta di caratteristica dello stesso ordinamento, specie se questo si presenta costruito con norme a fattispecie astratta e generale che rendono possibile un'applicazione egualitaria ed estesa ad un numero indefinibile di casi, nella quale l'interprete esaurisce il suo ruolo prevalentemente nell'attività di qualificazione e sussunzione. Oppure anche in un'attività conoscitiva più complessa, ma pur sempre legata ad un significato che è "pro-

Ma tutto questo è – ancora una volta – legato all’esistenza di una gerarchia di fonti delle norme che si lasci prevedere e conoscere, nonché ad un particolare modo di confezionare le norme giuridiche, ricondotto alla tecnica della fattispecie astratta: una tecnica che imprime allo svolgimento dei rapporti sociali un andamento tipico, interponendo fra l’azione del singolo e gli effetti o conseguenze che questa è destinata a produrre un filtro o una lente, costituito dal “caso”, intendendo quest’ultimo non come il caso della vita ma come il *caso normativo*, la qualificazione operata dal legislatore di un possibile comportamento che nella fattispecie legale trova i suoi elementi costitutivi. Il codice civile ha rappresentato il più imponente insieme razionale di “casi” all’interno dei quali sussumere e ricondurre (tutti) i fatti della vita. Esso ha in tal senso operato in quanto inscindibilmente connesso alla dogmatica tradizionale, grazie alla quale – una volta di più – i fatti della vita sono stati filtrati e qualificati attraverso i concetti e le norme stesse sono state fatte operare attraverso i dogmi³⁷.

prio” della norma e che egli deve limitarsi ad estrarre facendo uso degli strumenti ermeneutici che la tradizione della scienza e della dogmatica giuridica nel tempo gli consegnano. In questo contesto teorico, la certezza del diritto (come prevedibilità e calcolabilità) si persegue attraverso la certezza della produzione normativa accentrata e “formale” e la sottomissione del giudice alla legge, a salvaguardia della primazia della legge sulla sua potenziale discrezionalità. Le sorti della certezza così intesa si ribattono allorché la scienza giuridica comincia a prendere in considerazione per un verso la struttura linguistica delle norme e la loro più o meno accentuata indeterminazione (specie se trattasi non di fattispecie, ma di clausole generali o di principi); ovvero per altro verso la posizione dell’interprete, come soggetto che partecipa in prima persona del processo ermeneutico e perciò della definizione dello stesso contenuto delle norme, non “dato” ma “costruito”.

La semplificazione e il relativismo ai quali il presente studio ci costringe sono sufficienti per chiarire il punto di vista che stiamo adottando e la parzialità delle considerazioni proposte. Nel presente studio interessa comprendere, nel contesto del dibattito attualmente in atto fra i giusprivatisti, se i fattori di cambiamento indotti dal processo di integrazione europea, che massicciamente pervade il nostro come tutti gli ordinamenti dei paesi membri, abbiano intaccato l’equilibrio del diritto privato che si era consolidato a ridosso delle fonti interne e prevalentemente a ridosso del sistema del codice civile. Il riferimento è dunque non tanto e non solo ad una idea astratta di certezza, quanto alla specifica certezza che un ordinamento parziale (quello dei rapporti interpretati) può trarre dalla presenza e dalla prevalenza di uno strumento normativo quale il codice civile. Limitandoci a qualche citazione essenziale sul tema, si rinvia a N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. Intern. di fil. del diritto*, 1951, p. 146; G. FASSÒ, *Il giudice e l’adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 274; L. GIANFORMAGGIO, voce “*Certezza del diritto*”, in *Dig. disc. priv.*, vol. 2, Torino, 1988, pp. 895, 910 ss.; P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, 2003; un affresco storico-teorico utile e interessante si legge nel bel saggio di S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, I, 2001, p. 131; una sintesi felice degli interrogativi nei quali si articola il problema della certezza del diritto si trova in G. ALPA, *La certezza del diritto nell’età dell’incertezza*, Napoli, 2006, p. 14 ss., secondo il quale, partendo dall’idea per cui la certezza del diritto è contemporaneamente un “mito” e un “problema”, occorre chiedersi “quale sia – in uno Stato di diritto – la soglia tollerabile dell’incertezza ... il confine che non deve essere valicato per non trasformare un ordinamento in una montagna di carta inutile e un processo in una lotteria forense” (*op. cit.*, p. 26). Da ultimo, N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2015, p. 55, ora in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, da cui le citazioni, che in chiave storica ragiona dell’ipotesi della certezza, dei dogmi sui quali si è costruita e della relativa frantumazione di ciascuno di essi (dalla gerarchia e unicità delle fonti alla cultura filosofica e della interpretazione), per approdare semmai all’idea di una “ragionevole prevedibilità, peraltro legata ad una pluralità di fattori” (p. 186).

³⁷ Come si accennava nella nota precedente, dunque, la primazia del codice civile ha fortemente con-

L'elaborazione della crisi della certezza del diritto è legata alla progressiva perdita di centralità della fattispecie e alla crescita parallela della cultura delle clausole generali e dei "valori", o dei principi che li veicolano, indipendentemente dallo scudo della fattispecie. Cambia in tal modo lo stesso significato del "caso", il quale, diversamente che in precedenza, diventa il caso della vita al quale si "deve" comunque dare una risposta³⁸. Artefice di questo cambiamento è stata ed è la "cultura dei valori"³⁹, prima dei valori costituzionali, poi di quelli "apolidi" che il processo di integrazione europea ripropone nelle sue Carte. Mentre l'erosione della legalità statualistica, ovvero la destituzzazione del diritto⁴⁰, produce una sorta di "nebulizzazione" delle fonti a tutto favore di una normatività diffusa che in vario modo sembra invertire, dal basso verso l'alto e non viceversa, il processo di produzione normativa, e con esso consegnare al passato quella certezza che il legislatore statuale⁴¹ era in grado di imprimere alla società. Umberto Breccia parlava in tal senso di un «*disordine nella formazione della giuridicità contemporanea: un disordine che può percepirsi contestualmente al rifiuto stesso della teoria delle fonti, se queste ultime siano identificate senza residui con gli atti dei poteri istituiti da cui le norme calano sulle teste dei sudditi*»⁴².

Senza indugiare ancora nella descrizione di tali noti processi, è importante capire, nel contesto di tale disordinato ritorno al (mutamento e alla complessità del)

dizionato le teorie della certezza, se non altro nella misura in cui e fino a quando ha posto avanti all'interprete un "oggetto" tendenzialmente certo e completo, in grado di elaborare e metabolizzare i cambiamenti senza rompere l'equilibrio dell'insieme razionale dei precetti (sul punto, ampiamente, S. BERTEA, *La certezza del diritto*, cit., p. 132 ss., con riferimento alla concezione della certezza secondo il giuspositivismo nella sua prima versione). La crisi della primazia del codice civile è messa a fuoco a partire dal celebre volume di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1978, poi 1999; ma sul fenomeno si vedano anche la sintesi di F. MACARIO, M. LOBUONO, *Diritto civile generale e leggi speciali: scenari della "decodificazione"*, in *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, cit., p. 189 ss.; F. GALGANO, *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, in *Sociologia dir.*, XVII, 1990, p. 158; C. FARALLI, *La certezza del diritto nell'età della decodificazione*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, Padova, 2001, p. 623; ID., *Certezza del diritto o diritto alla certezza*, in *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, Bologna, I, 1997, p. 89 ss.

³⁸ Tra i giuristi che più di altri presentano la cultura delle clausole generali come strategia sostitutiva della cultura della fattispecie vi è certamente S. RODOTÀ, a partire dalla celebre prolusione maceratese *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Studi in memoria di Tullio Ascavelli*, IV, Milano, 1969, p. 1853. In argomento, per tutti, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, entrambi in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, rispettivamente p. 5, p. 23; L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali nel pensiero di L. Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 411; più di recente si vedano i contributi a cura di P. RESCIGNO, *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, luglio 2013, p. 1689 ss. Da ultimo, si rinvia al volume di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, in particolare il 1° capitolo.

³⁹ Per tutti, V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica veritativa*, cit.; ID., *Assiologia e teoria del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010, p. 1, in antitesi a N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., *passim*.

⁴⁰ Così G. BERTI, *op. cit.*, p. 30.

⁴¹ Il nuovo caparbio monarca della modernità, scriveva BERTI, *op. cit.*, p. 26.

⁴² U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea*, cit., p. 53.

diritto⁴³, che certamente rinnega il primato normativo della fattispecie, in che modo e con quale intensità il sistema del diritto privato ne può risultare compromesso.

La questione riguarda fundamentalmente il ruolo della argomentazione per principi⁴⁴ e le sue conseguenze. Essa non è certamente nuova nella storia del pensiero giuridico, e tuttavia la crescita costante della critica antipositivistica nel contesto del pluralismo delle fonti più sopra evidenziato, accompagnato dalla (idea di una) tendenziale supremazia della fonte giurisprudenziale, ne hanno determinato la rifioritura recente, anche in virtù di significativi arresti delle corti. Poiché tuttavia l'impatto dell'argomentare (e decidere) per principi non è sempre uguale, è opportuno articolare talune distinzioni, a partire dal contesto interno, per approdare poi più specificamente al contesto del diritto europeo.

3.1. *Ragionamento per principi e principi costituzionali*

Dal primo punto di vista e volendo partire dalla prassi, un esempio assai sorprendente, e potenzialmente più denso di conseguenze sulla cultura interpretativa del giusprivatista, è forse quello delle due ordinanze gemelle della Corte Costituzionale, la n. 248/2013 e la n. 77/2014, in materia di caparra confirmatoria "eccessiva", con le quali la Corte, bypassando se stessa nella considerazione del profilo di legittimità costituzionale sollevato dal giudice *a quo* con riferimento all'art. 1385, comma 2, dichiara inammissibile la questione (per difetto di motivazione), e però "precisa" che clausole come quella in oggetto possono essere dichiarate nulle dal giudice di merito semplicemente applicando l'art. 1418, per contrasto con l'art. 2 Cost., cioè con il principio di solidarietà, «*che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa*». Così configurando uno strumento di portata generale idoneo, nelle mani del giudice di merito, a correggere qualunque atto di autonomia, depurandolo da clausole inique e gravemente sbilanciate nei confronti di una parte e così realizzando una "funzionalizzazione" del rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner⁴⁵.

⁴³ Ancora BRECCIA, *op. ult. cit.*, p. 54.

⁴⁴ In argomento, si rinvia al volume *I principi generali del diritto*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1992, Atti del convegno del 27-29 maggio 1991; più di recente, N. LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 28, chiaramente orientato verso un uso non residuale dei principi generali, né limitato al caso di lacune (p. 37); G. ALPA, *I "principi fondamentali" e l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2013, p. 825; F. ADDIS, *Sulla distinzione fra norme e principi*, in *Europa e diritto privato*, fasc. n. 4/2016, p. 1019; e, con profili sistematici più accentuati, E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2001, p. 779, ed *ivi* altra bibliografia; impostazione sviluppata e ripresa poi nel saggio *Diritto civile e diritto costituzionale*, *ibidem*, I, 2012, p. 643.

⁴⁵ Sulle ordinanze citate si vedano i commenti di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costitu-*

Qui – direbbe Castronovo – il giudice delle leggi, custode della Costituzione, lavora in presa diretta con quest'ultima⁴⁶, rendendola operativa direttamente nei rapporti fra i privati ed armando il giudice del relativo strumento di controllo (la nullità), con la conseguenza di aprire una frattura nella cittadella del diritto privato codicistico – l'autonomia privata – nel nome di un principio superiore il cui contenuto, a dire il vero, non sembra possa a sua volta essere pensato in funzione peregrinatrice dei rapporti di mercato individuali.

Ciò osservato, tuttavia, nel contesto dei ragionamenti qui condotti interessa evidenziare gli aspetti tecnici del ragionamento per principi in questo caso proposti.

In primo luogo, l'applicazione diretta del principio al rapporto privato avviene a dispetto della fattispecie, il che è già un primo *vulnus* – indipendentemente dalla valutazione nel merito – all'autonomia del sistema. Ed infatti, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi, l'applicazione diretta del principio generale dell'ordinamento non è impossibile, ma è subordinata a taluni presupposti, riconducibili alla ricorrenza della lacuna e alla mancanza di una norma/fattispecie (diretta o analogicamente applicabile al caso concreto), qui invero non ricorrenti, atteso che la disciplina della caparra confirmatoria è presente nel codice ed è esplicita nel non prevedere la riducibilità della stessa.

In secondo luogo, l'applicazione diretta avviene senza il tramite della dommatica, senza la delibazione cioè del problema concernente la posizione funzionale della caparra nell'economia di un contratto, principalmente con riferimento alla clausola penale (ma non solo), per la quale invece il potere di riduzione giudiziale per manifesta eccessività è testualmente (ed eccezionalmente) previsto nel vicino art. 1384. Delibazione tanto più necessaria, quanto più il decidente era proprio il titolare della funzione accentrata del controllo di conformità delle leggi ai principi costituzionali.

In terzo luogo, l'applicazione diretta avviene paradossalmente in spregio del principio di uguaglianza, tutt'altro che indirettamente coinvolto nella questione di legittimità costituzionale, atteso che la Corte, nell'omettere il controllo dommatico che le avrebbe dato agio di stabilire anche le modalità per misurare la ragionevolezza della caparra o l'eccessivo importo della medesima, affida al giudice di merito un potere del tutto discrezionale, foriero di incertezza, ma soprattutto del rischio del diseguale trattamento di situazioni analoghe, e per contro del trattamento uguale di situazioni diverse⁴⁷.

zionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva", in *I contratti*, 2014, p. 927, e poi ancora in *Problemi e limiti dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, n. 3, p. 490 ss.; F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 685; si vedano poi i commenti in sequenza in *Foro it.*, 2014, I, p. 2036 ss. di E. Scoditti, R. Pardolesi, G. Lener.

⁴⁶ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 29.

⁴⁷ Senza dire della introduzione di un principio generale di controllo dell'autonomia privata del tutto antagonista – come efficacemente osserva G. D'AMICO, *Problemi e limiti dell'applicazione diretta*, cit., p. 494 – rispetto a quello della libertà contrattuale.

Che tutto questo comporti l'oscuramento del codice civile contestualmente all'abbandono anche della migliore tradizione dommatica che lo ha sorretto e reso efficace quale strumento normativo delle relazioni private, anche a dispetto del massiccio processo di differenziazione prodottosi negli ultimi decenni, è scontato. Meno scontate sono le ragioni giustificative possibili di tale atteggiamento, anche perché – come noto – la cultura giuridica italiana e prima ancora la stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale hanno da tempo sviluppato un'elaborazione razionale del rapporto tra diritto (e codice) civile e Costituzione che, nell'ottica di introdurre elementi di un controllo tendenzialmente diffuso (o non solo accentrat) di costituzionalità, certamente include l'argomentare per principi.

Il riferimento è al pensiero della costituzionalizzazione del diritto civile, ovvero alla metodologia della interpretazione costituzionalmente orientata o adeguatrice. Di questa tendenza si fa portatrice la stessa Corte a partire dalla sent. n. 456/1989, nella quale si legge che: «Quando (...) il dubbio di compatibilità con i principi costituzionali cada su una norma ricavata per interpretazione da un testo di legge è indispensabile che il giudice a quo prospetti a questa Corte l'impossibilità di una lettura adeguata ai detti principi; oppure che lamenti l'esistenza di una costante lettura della disposizione denunciata in senso contrario alla Costituzione (cosiddetta "norma vivente"). Altrimenti tutto si riduce ad una richiesta di parere alla Corte costituzionale, incompatibile con la funzione istituzionale di questo Collegio»⁴⁸. In presenza di più interpretazioni possibili, cioè, il giudice deve scegliere quella compatibile con i canoni costituzionali: lo spazio ermeneutico dei giudici di merito è in tal modo ampliato, atteso che la ricerca della interpretazione compatibile diventa un preciso compito del giudice, che impedisce la proposizione alla Corte della questione di legittimità fino a quando la sperimentazione delle interpretazioni possibili non è stata compiuta integralmente e non ha dato risultati. Fino a quando cioè il giudice non abbia stabilito l'impossibilità della interpretazione adeguatrice, ponendosi anche contro l'interpretazione della norma fino a quel momento consolidata⁴⁹. Con tale dottrina la Costituzione appare dotata della stessa forza applicativa delle altre leggi,

⁴⁸ Corte Cost. 27 luglio 1989, n. 456, reperibile in *Consulta On line*, punto 2, <http://www.giurcost.org/decisioni/1989/0456s-89.html>. Per la posizione della stessa Corte sul tema si veda L. IANNUCILLI (a cura di), *L'interpretazione secundum Constitutionem tra Corte Costituzionale e giudici comuni. Brevi note sul tema*, Seminario del 6 novembre 2009 tenutosi a Palazzo della Consulta, reperibile nella pagina http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Interpretazione_quaderno_stu.pdf.

⁴⁹ Nella sentenza della Corte 14-22 ottobre 1996, n. 356, punto 4 in diritto, reperibile nella pagina <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1996&numero=356>, si legge che «In questa situazione, la richiesta pronuncia d'incostituzionalità risulta ingiustificata. In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali. Ora, nel caso di specie, argomenti e precedenti giurisprudenziali non mancano a dimostrazione che il risultato al quale il giudice rimettente mira e ch'egli considera dovuto per ragioni costituzionali – ... – può essere raggiunto sulla base dell'interpretazione delle norme vigenti, senza involgere la questione di legittimità costituzionale». Lo stesso principio si legge in altre successive decisioni, ad esempio, nelle sent. nn. 147/2008, 263/2009.