



J. MICHAEL RAINER

Professore ordinario diritto privato, sistemi giuridici comparati e diritto romano – Universität Salzburg

LO SVILUPPO DELL'AUTONOMIA PRIVATA IN GERMANIA *

Natalino Irti ha ricordato Emilio Betti, e l'ha ricordato a ragione, perché Emilio Betti è stato uno dei pochi che sono riusciti a trasmettere, non solo a trasmettere ma a trapiantare, a trapiantare idee, in questo caso idee del diritto tedesco in Italia. Grande è stata l'influenza delle idee giuridiche tedesche ottocentesche in Italia da Savigny a Windscheid recipite attraverso le traduzioni e gli scritti dei massimi giuristi italiani dell'epoca da Serafini a Fadda a Scialoja. In questo illustre gruppo è da aggiungere il nome di Betti. È stato proprio Betti a diffondere in Italia il concetto di autonomia privata. Per quale motivo? Perché tale concetto all'epoca, nell'800, non esisteva ancora. E quello che vi dirò subito, il concetto di autonomia privata si è venuto man mano sviluppando durante la prima metà del '900. E perciò Emilio Betti, essendo al di dietro del discorso tedesco, grande conoscitore non solo del diritto ma di tutta la cultura germanica, ha avuto questo ruolo di trasportare e poi di trasmettere, di trapiantare delle idee che i tedeschi, che i giuristi tedeschi all'epoca erano diciamo intenti a costruire in terra loro. Sono pochi quelli che possono fungere da trapiantatori di un diritto in un altro sistema giuridico come lo facevano i già menzionati giuristi italiani intrisi di cultura giuridica tedesca. Oggi come oggi Alessio Zaccaria è entrato in quel ruolo per quel che riguarda il diritto tedesco. Diventare trapiantatore di idee giuridiche significa sempre che il trapiantatore deve essere giurista del sistema giuridico in cui trapianta le idee e contemporaneamente specialista di un altro sistema da cui trae le idee tuo, nazionale, però essere addentro a un altro sistema giuridico. Due sono dunque le premesse e nel caso di Zaccaria queste due premesse sono evidenti: grande giurista del proprio sistema giuridico e fine conoscitore della cultura giuridica tedesca.

Io, pur essendo anche italiano, non potrei mai assolvere a questo ruolo perché non lavoro più qui in Italia. Perciò semmai posso trasmettere delle idee della cultura giuridica italiana, cito adesso il danno biologico che è stato sviluppato qui in Italia, in altre parti del mondo, in particolare modo nel mondo germanico.

Detto questo mi inoltrerò nel tema che mi è stato affidato. Ho già detto che l'autonomia privata è un'espressione, ed è anche un concetto prettamente tedesco. Perciò è inutile andare a cercare le radici nel diritto inglese. Alla fin fine certe idee le troveremo anche nel diritto inglese, e in altri diritti, ma adesso soffermiamoci sullo sviluppo di quest'autonomia, cosiddetta auto-

* Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito del seminario di studi organizzato dal CSM in Roma il 12 Ottobre 2017 sul tema «Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale».

JUS CIVILE



mia privata, che è nata senza dubbio in Germania. Ma cos'è effettivamente l'autonomia privata, la *Privataautonomie*? Un principio? Un'idea? Una figura giuridica? Possiamo per semplificare partire dalla più famosa e sempre citata definizione, che si trova per la prima volta in un libro post bellico. In effetti l'idea stessa di questa autonomia privata è andata, consolidandosi solo dopo la seconda guerra mondiale. E la troviamo essenzialmente nell'introduzione alla parte generale del BGB, nella più famosa delle introduzioni, dovute a Werner Flume, Non per niente chi si occupa della parte generale spesso e volentieri proviene dal diritto romano, così è stato anche nel caso di Werner Flume, deceduto a oltre 100 anni qualche anno fa, e a cui si deve questa parte generale che si chiama *Das Rechtsgeschäft*, cioè il negozio giuridico. Benché la seconda edizione risalga al 1976, rimane il testo fondamentale sulle questioni di cui stiamo parlando.

La definizione di autonomia privata si trova nel paragrafo primo del primo libro sul *Rechtsgeschäft*: "L'autonomia privata è il principio della creazione e produzione autonoma dei rapporti giuridici da parte dei singoli secondo la loro volontà". Questa è la definizione, che rimane quella abituale e corrente in Germania. *Das Prinzip .der Gestaltung*, è già difficile tradurre, perché in italiano i termini creazione e produzione non possono rendere bene il concetto. Vorrei sottolineare qui che la traduzione giuridica è una scienza del tutto particolare. Tradurrei linguaggi giuridici. è molto difficile, e complesso. *Das Prinzip der Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen*. Questa è la definizione data da Flume. Secondo Flume non può esistere un ordinamento giuridico senza l'autonomia privata. È predata all'ordinamento giuridico stesso, e garantito, per quel che riguarda la Germania, dalla costituzione, dal *Grundgesetz*, e deve perciò essere realizzato all'interno dell'ordinamento stesso. Deve essere realizzato perché è un principio, bisogna che uno lo realizzi. Però la realizzazione del principio esige necessariamente degli strumenti adatti, messi a disposizione dall'ordinamento giuridico stesso. Si tratta degli atti tipicamente negoziali. Il termine tedesco ancora particolare e difficilissimo da tradurre sono i *Rechtsverhältnisse* non meri rapporti giuridici visto che si tratta di atti tipicamente negoziali. Il soggetto realizza dunque il principio dell'autonomia privata, determinando, concretizzando i negozi giuridici messi a disposizione dall'ordinamento giuridico riguardo il contenuto e le persone.

È ovvio che tale definizione implica che l'autonomia privata non è un concetto giuridico concreto, un *Rechtssatz*, ma piuttosto un concetto giuridico generale. Perciò un *Rechtsgedanke*. *Una Rechtsidee*. Evidentemente l'emanazione più importante di tale principio è la libertà di contrarre, ossia il contratto stesso che come noi sappiamo bene nella sua struttura, cioè strutturalmente, è tipico. Certamente ci sono alcuni negozi, atti, di per sé tipici, che però e per l'appunto nell'ambito dell'autonomia privata devono successivamente essere concretizzati. Ma, si trova il nostro principio anche a livello di *Rechtssätze*, cioè si trova una norma nel diritto tedesco che menziona esplicitamente questa autonomia privata definita da Flume? Mentre la prima costituzione democratica tedesca, quella di Weimar, stabiliva nell'articolo 152, a linea 1, che nel commercio doveva valere la libertà di contrarre, cioè la *Vertragsfreiheit*, la libertà di contrarre, secondo quanto stabilito dalle leggi, il *Grundgesetz*, cioè la costituzione tedesca attuale, non ha

JUS CIVILE



fatto più un riferimento concreto alla *Vertragsfreiheit*. Ma menziona, curiosamente, bisogna dirlo, bisogna dirlo, la libertà di contrarre matrimonio e la libertà di testare. Ma non la libertà di contrarre.

Generalmente però, almeno la Corte Costituzionale il *Bundersverfassungsgericht* e assieme ad essa anche il BGH (*Bundesgerichtshof*), la Corte Suprema, deducono la *Vertragsfreiheit* dall'articolo 2 della Costituzione, dedicato al principio universale della libertà. Perciò dal principio della libertà, anche della libertà di agire, di fare quel che si vuole, si deduce anche questo principio che era stato nominato esplicitamente dalla Costituzione di Weimar. La prima volta la corte costituzionale tedesca, nella decisione 95267, ha fatto ricorso a questa idea. In Austria, secondo Paese germanico, non esiste una norma costituzionale esplicita riguardo l'autonomia privata, si fa però ricorso anche in questo caso agli articoli 5 e 6 della legge fondamentale dello Stato del 1867, cioè una legge ottocentesca, che fanno riferimento alla tutela assoluta della proprietà e alla libertà di acquistare *Erwerbsfreiheit*. Dunque se non esistono basi normative concrete ed esplicite non possiamo argomentare che possiamo disporre di *Rechtssätze*, però la Corte Costituzionale tedesca, seguita dalle altre Corti, pensa di poter dedurre il principio stesso dall'articolo 2 del *Grundgesetz*

. Dai tempi del famoso libro di Klaus Wilhelm Canaris, giurista che io stimo moltissimo e di cui ero collega di facoltà per cinque anni, giurista geniale, filosofo del diritto *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* del 1971. Si discute a livello dottrinale se soltanto l'emanazione della volontà attraverso un determinato negozio giuridico rappresenta o meglio possa rappresentare la realizzazione del principio dell'autonomia privata, oppure, come ha affermato Canaris, anche le cosiddette attribuzioni, *Zurechnungen* nell'ambito di una responsabilità fondata sulla fiducia. Canaris aveva intravisto nel concetto dell'autoresponsabilità della persona la base per determinare l'attribuzione della responsabilità, e in quello della fiducia la base per la nascita di diritti e doveri, concetti ambedue da riferire all'autonomia privata.

Perciò non solo il negozio giuridico in quanto tale ma anche comportamenti umani che possono indurre ad attribuire delle responsabilità con delle precise conseguenze giuridiche nella pratica. A molti però, ai più bisogna dire, tali concetti non sembrano poter essere ricondotti sotto un'unica prospettiva dogmatica, e tuttora, a parte i problemi metagiuridici, prevalgono le opinioni di chi vede la *Privatautonomie* esclusivamente nell'ambito dei negozi giuridici. Però le idee di Canaris non sono spuntate fuori dal nulla. Perciò ho pensato bene a farvi capire quale è il filone da dove ha tratto ispirazione Canaris, il quale non si è inventato queste attribuzioni dal nulla ma le ha "tecnicizzate", nell'ambito della tecnica dogmatica dottrinale del '900. Però hanno anche dei precursori che fanno capire l'essenza dell'idea stessa. E come spesso uno sguardo allo sviluppo storico non guasta. Ugo Grozio ha dato dei contributi maggiori, come tutti sappiamo, alla teoria dei contratti. L'idea dell'auto responsabilità si trova ben in concordanza con l'idea di poter disporre liberamente della propria sfera giuridica. Parte da qui la terminologia e il concetto degli *officia erga se*, vincolanti però, trattati da quasi tutti i giusnaturalisti. Samuel Pufendorf per esempio sottolineava l'obbligo di ogni singola persona di sviluppare le proprie ca-

JUS CIVILE



pacità e di evitare ogni forma di eccesso. Si tratta di *officia erga se ipsum*. Anche nei grandi giusnaturalisti tedeschi del '700, Christian Thomasius e Christian Wolf, gli approcci coincidono. Il legislatore di una delle legislazioni pre BGB più interessanti, il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, del 1756 era favorevole a queste idee che vi si ritrovano ma anche nel Codice Prussiano della fine dell'700. Ma tutti e due, sono, il prodotto del secolo dei Lumi e del giusnaturalismo, anche quello bavarese, benché non lo si conosca in genere. E tutti e due i codici hanno recepito alla lettera tali concetti. *Wiguläus Xaver Aloys von Kreitmayer*, che è il codificatore bavarese, nel suo commentario al codice ne menziona addirittura otto doveri *erga se ipsum*. Sviluppare mente e ragione nel migliore dei modi, conservare la salute e la vita, esercitare le proprie capacità, scegliere la professione più adatta alla propria personalità, non sperperare le proprie fortune, evitare l'ozio, esercitare il diritto di autodifesa. Non sono dei semplici principi morali, ma degli obblighi vincolanti. Mentre generalmente in epoche successive tali doveri *erga se ipsum* venivano sempre più spesso interpretati come doveri verso terzi un giurista di grande respiro intellettuale come Zitelmann¹ uno dei grandi giuristi colti alla fine della scuola storica, in cui già l'etnologia giocava un ruolo molto importante, ha sviluppato la teoria della responsabilità *erga se ipsum* come infrazione etica. Alla base dei suoi studi troviamo tutti quei testi del diritto romano in cui si parla di *de se quaeri debere o sibi imputare debere*. In tutti questi casi dunque la *Zurechnung* l'attribuzione diventa vincolante. Il responsabile è sì autonomo di non seguire tali obblighi, ma ne deve sopportare le conseguenze. Ho addotto questi esempi storici per farvi capire meglio l'intento di Canaris, da dove viene Canaris, e anche per quale motivo è rimasto minoritario.

Per quel che riguarda adesso l'uso del termine autonomia privata, quando lo si trova per la prima volta? Cioè quando è apparso? Secondo le mie ricerche lo si trova per la prima volta in una tesi di dottorato dell'università di Heidelberg nell'anno 1769.che si chiama esattamente *de autonomia privata* scritta da Petrus Gallade. Però il termine è usato in maniera ben diversa da come lo usiamo noi, e si riferiva molto spesso, e anche in questo caso, ad atti normativi di privati nei confronti dei loro dipendenti, spesso nell'ambito dell'istituto della servitù della gleba. Thibaut², il grande giurista di Heidelberg, non dico avversario, avversario è troppo, ma insomma, controparte, interlocutore di Savigny, in occasione della discussione sulla codificazione in Germania nel 1814,, vedeva nell'autonomia privata la nascita del diritto consuetudinario, cioè autonomia privata: nascita di consuetudini, diritto consuetudinario, anche attraverso il negozio giuridico. Thibaut, grande prepandettista se vogliamo, ma grande e seguitissimo professore all'epoca ad Heidelberg, aveva più successo addirittura di Savigny come insegnante accademico.

Savigny però, nel Sistema volume 1, pagina 12, ha strenuamente rifiutato di utilizzare la parola autonomia privata in ambito privatistico, criticando chi intendeva con ciò porre gli atti dei privati sul livello di atti normativi. Cioè per Savigny era inconcepibile usare il termine auto-

¹ Ernst Zitelmann, *Das Recht des BGB, Allgemeiner Teil*, Leipzig 190, 152ff.

² Friedrich Justus Thibaut, *System des Pandektenrechts I*, Jena 1805, 34.

JUS CIVILE



mia privata nel discorso privatistico. Il suo allievo Puchta³ invece tornava sul concetto di diritto consuetudinario, caro a Thibaut. Otto Gierke⁴, grande personaggio della tradizione germanistica, in Germania, e strenuo avversario del BGB, un grande intellettuale giurista della seconda metà dell'800, era dell'avviso che il termine autonomia privata non poteva essere riposto nel negozio giuridico. Anche la dottrina nata con il BGB, cioè siamo post 1900, era molto critica riguardo il termine e il concetto e cercava di evitarlo, o perlomeno limitarlo. Così per esempio il più famoso manuale dell'epoca, l'Enneccerus poi riproposto dal grande giurista di Colonia, Nipperdey, Enneccerus Nipperdey⁵, parlano solo della cosiddetta autonomia privata. Cioè non usa il termine senza la parola cosiddetta. *Die Sogenannte Privatautonomie*, che non può essere considerata come fonte di diritto.

Probabilmente la nascita nel 1949, e siamo appunto in epoca post bellica ma anche post Betti, per quel che riguarda gli studi di Betti sull'autonomia, anno chiave per la nascita dell'economia del libero mercato in Germania con la fondazione della Bundesrepublik Deutschland, ha permesso ai giuristi di dedicarsi al problema e di accettare e approfondire il concetto stesso partendo dall'articolo 2 del *Grundgesetz*. E finalmente solo negli anni 50 e 60, l'autonomia privata diventa un termine accettato. E come diventa un termine accettato? Quando lo si trova in tutti i manuali. Cioè il termine autonomia privata voi in Germania potete andarlo a cercare e lo troverete adesso su tutti i manuali. Su quelli scritti per gli studenti, ma anche sui manuali per la dottrina, i Handbücher. Perciò molto tardi, e nessuno di questi testi si discosta dalla definizione data da Flume. Questa è dunque la realtà attuale. Secondo la mia idea probabilmente il fatto che l'articolo 152 della Costituzione di Weimar non era stato recepito dal *Grundgesetz* ha indotto i giuristi privatisti a pensarci sopra per quale motivo ciò ha potuto avvenire, e alla fine questo ragionamento di aver perso, diciamo, la base costituzionale, ha indotto taluni di essi, i migliori, di creare finalmente un termine basato su un concetto chiaro che è stato recepito e accettato soprattutto dalla dottrina dovunque in Germania. Questa libertà, diciamo, però è stata da sempre vista come libertà di *gestalten*, cioè di creare qualcosa, esclusivamente nell'ambito degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento giuridico. È assai evidente che i giuristi del nazionalsocialismo, anche qui forse un'altra radice per cui poi la discussione è rinata, hanno combattuto aspramente un concetto emanazione secondo loro della e delle libertà individuali da eliminare

Da giurista residente in Austria vorrei aggiungere una piccola nota della storia, citando il padre del nostro codice civile, che era un italiano del Trentino, Karl Anton von Martini, di lingua madre italiana dunque, il quale ed è diventato, anche questo vale la pena di dirlo qui, uno dei padri della lingua giuridica tedesca. L'italiano Carlo Antonio Martini, codificatore del diritto austriaco, è indubbiamente non uno ma il più importante creatore del linguaggio giuridico tedesco. E lui, nel primo progetto al codice civile austriaco, progetto, che poi è diventato legge, non

³ Georg Friedrich Puchta, Pandekten, Leipzig 1844 § 11.

⁴ Otto Gierke, Deutsches Privatrecht I, Leipzig 1895, 147.

⁵ Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB Tübingen 1959, 299.

JUS CIVILE



in tutta l'Austria, ma solo in una piccola parte dell'Austria di quei tempi, nella regione di Cracovia, nell'attuale Polonia, che all'epoca si chiamava la Galizia Occidentale. pose al punto 2, articolo 3, fra i diritti generali delle persone, che lui chiama, *Menschenrechte*, dei diritti dell'uomo, dei diritti fondamentali, anche il diritto di contrarre. Purtroppo, e qui ovviamente bisogna conoscere bene poi lo sviluppo della codificazione austriaca, tale norma non è stata recepita nell'ABGB. Per quale motivo? Perché il codificatore definitivo, Franz Von Zeiller era avverso a congestionare il codice con troppi concetti filosofici. Questi benché non vi fosse contrario, non vedeva la necessità di insistere con i concetti filosofici.

Passo ora, una volta che il concetto di autonomia privata ha assunto una certa dimensione, ma sempre nei limiti della definizione di Flume, Cioè vuol dire che sulla definizione stessa non c'è stata discussione dottrinale alcuna e perciò non esiste alcun *Schrifttum*, non c'è dottrina. La definizione, punto e basta. Bene. E bisogna ovviamente vedere, partendo dalla libertà di contrarre, quali sono i limiti, perché è evidente che questa autonomia privata non poteva essere un'autonomia totale su ogni aspetto. E vi dirò ovviamente delle cose abbastanza ovvie, ma bisogna comunque pensarci, per vedere se il concetto ha ancora un significato o meno. Penso che è per questo motivo che siamo riuniti qui. Le limitazioni dell'autonomia privata sono concretizzate anzitutto dalle leggi, e vi si potrebbe evincere un principio determinante, riguardo proprio i limiti, che è a mio avviso la gestione responsabile del negozio giuridico stesso. Ovviamente chi non è in grado di compiere un negozio perché non ne può essere ritenuto responsabile non può sottostare all'autonomia privata. È tutto questo il vasto capitolo della capacità giuridica che determina l'accesso al negozio giuridico e limita l'autonomia privata. Tale capacità può essere riferita a limiti di età oppure alla ragionevolezza individuale. E molto più significativo e consono è il termine italiano di essere incapaci di intendere e di volere, che a me piace molto di più della *Geschäftsfähigkeit* tedesca, che è un termine assai teorico.

Un caso particolare, e qui entriamo nel dettaglio ancora una volta, è rappresentato dall'errore, che mette in evidenza ovviamente l'elemento della volontà nella sua centralità. Il paragrafo 119 del BGB, che permette di invalidare un negozio per il provato errore del dichiarante, è spesso interpretato come conseguenza diretta dell'autonomia privata. È infatti determinato da un concetto estremamente soggettivo di volontà e di errore, che permette di annullare un negozio non conforme all'effettiva volontà. Però chi intende annullare un negozio giuridico per errore è tenuto a provare di aver agito in maniera responsabile nel concludere il contratto, altrimenti dovrà risarcire danni a chi ha avuto fiducia nella dichiarazione del contraente. Così recita il paragrafo 122 del BGB. Diversa la situazione del diritto austriaco, ancora più rivolto verso la responsabilità del dichiarante. Il negozio giuridico potrà essere annullato soltanto se l'errore è stato indotto dall'altra parte, se l'errore doveva apparire evidente in base alle circostanze del caso, e se si poteva chiarirlo prima che la controparte iniziasse la prestazione. E questa è la famosa teoria della *res integra* per quel che riguarda l'errore in diritto austriaco riportata nel paragrafo 871 ABGB.

Facciamo un altro passo in avanti. Ovviamente la capacità giuridica limita l'autonomia pri-

JUS CIVILE



vata, su questo non c'è dubbio. L'errore invece è emanazione diretta del principio dell'autonomia privata. La responsabilità del singolo è ben collegata alla responsabilità del contraente per quel che riguarda l'errore nel diritto austriaco. Questo è un esempio precoce di come le posizioni individuali diventano collegate grazie a una norma del diritto. Ed effettivamente il BGB, molto più attento alla posizione individuale del singolo contraente, ha scelto una via molto diversa nell'annullamento dei contratti per errore. Ci troviamo qui anche a vedere il negozio giuridico come un'unità, nella quale l'autonomia e la libertà contrattuale vengono rispettivamente limitate in maniera tale da garantire una soluzione giusta per entrambe le parti. Si tratta di un primo esempio in un codice. È qui che subentra un secondo principio, quello dell'uguaglianza delle parti, che trova sicuramente i suoi limiti nella valutazione di aspetti soggettivi e oggettivi. Cioè uguaglianza sì, ma che bisogna anche saperla gestire. Non si tratta dunque soltanto di valutare e rispettare le libertà delle parti contraenti, ma la relazione, o meglio correlazione delle due posizioni esposte tramite le singole volontà. L'equilibrio, come si è detto. Però qui siamo in tutt'altro campo, assai alieno ai diritti germanici attuali, e soprattutto al BGB. Si tratta di una novità nella scienza del diritto nato in Francia nella seconda metà dell'800: il solidarismo di Francois Geny. Vale però la pena ricordare che tale concetto, il concetto del solidarismo, è certamente frutto della discussione politica e sociale degli ultimi anni dell'800, però, e pochi lo sanno, trova il suo riscontro già nel diritto romano, per il semplice motivo che la *bona fides* del diritto romano non è corrispondente a quel che noi oggi in Italia, in Germania e in Austria, intendiamo con buona fede. È tutt'altra cosa.

La *bona fides* romana prendeva in esame la totalità del negozio giuridico, e non soltanto le singole posizioni, come succede nel BGB nei due famosi paragrafi il §138 e il §242. Il paragrafo 138 BGB, corrisponde all'879 del codice austriaco è sì dedicato a uno squilibrio fra le parti, ma viene sanzionato il fatto che una parte aveva sfruttato grazie alla sua potenza economica, o sociale, la controparte. E soprattutto aveva sfruttato la situazione, la posizione di necessità del contraente. Perciò i *boni mores*, la *Sittenwidrigkeit* tedesca, è strettamente legato al fatto di sfruttamento dall'una parte e di stato di necessità dall'altra parte. Più vasto l'articolo 242, che recita,, che il debitore deve adempiere le sue prestazioni secondo il concetto di buona fede, *Treu und Glauben*. Dunque solo il debitore. È stata la giurisprudenza ad allargare in via interpretativa il significato di tale articolo. Non ha invece mai allargato il § 138. Quello è rimasto tale e quale come vi ho detto. Da un lato, diciamo, lo stato di necessità di una delle parti, dall'altra parte lo sfruttamento. Dunque, è la *Sittenwidrigkeit*, comportamento *contra bonos mores*, concetto complesso anche esso, ma decisamente limitante esclusivamente il singolo contraente e non il negozio giuridico nella sua complessità.

Si giudica dunque da un punto di vista soggettivo magari con taluni elementi di oggettività la volontà del singolo individuo per capire se tale volontà ha portato a un contenuto *contra bonos mores* del negozio giuridico stesso, con la conseguenza della sua nullità. Soltanto la *Sittenwidrigkeit*, *contra bonos mores* è considerata la soglia che non si può oltrepassare. Se il negozio è giusto o meno, se è equilibrato o meno non conta nulla. Invece nel diritto romano, ed è questa

JUS CIVILE



la modernità del diritto romano, la buona fede doveva portare a un equilibrio nel contratto stesso.

È del tutto pacifico che il diritto del lavoro, i contratti di lavoro in special modo, hanno imposto delle limitazioni molto significative alla libertà contrattuale. Meno gravi, ma pur sempre considerevoli, appaiono tali limiti nelle locazioni. Ed infine non si può negare un'ingerenza più o meno grande, almeno in alcune occasioni, nel determinare e fissare i prezzi di alcuni prodotti da parte delle pubbliche autorità. Anche le cosiddette clausole negoziali standard hanno, benché ciò sia stato contestato, ridotto l'autonomia privata. E infine appare sempre più evidente come la legislazione dovuta a una certa ideologia propagata dall'Unione Europea riguardo la cosiddetta tutela del consumatore abbia inciso in maniera negativa sull'autonomia privata.

Anche ciò che i tedeschi chiamano oramai *Wirtschaftsrecht*, diritto dell'economia, denota una sempre maggiore ingerenza di elementi pubblici. Si vedano le competizioni commerciali e la legislazione antitrust.

Arrivo alla conclusione pian piano, se mi è concesso. Allargare o restringere l'autonomia privata? Ovviamente dai tempi della creazione del BGB, i cambiamenti politici, economici e sociali hanno avuto la loro influenza sulla cosiddetta autonomia privata. Nell'ambito del diritto dei contratti, le clausole standard, la tutela del consumatore, hanno limitato le libertà dei contraenti. Da menzionare in Germania anche il *Gleichbehandlungsgesetz* contro ogni tipo di discriminazione nell'ambito dei contratti di lavoro. Seri limiti alle libertà di contrarre non sono posti a mio avviso dal cosiddetto *Kontrahierungszwang* l'obbligo di contrarre, benché previsto esclusivamente nei casi di prestazioni essenziali di pubblica necessità, come la fornitura di corrente elettrica, gas, trasporti pubblici, servizi postali e Telecom in Italia. Problema interessante però potrebbe rivelarsi a seguito dei cambiamenti demografici la tutela delle persone molto anziane, che non vengono generalmente protette dalle regole generali riguardanti la capacità giuridica. Qui è nata una lunga discussione, da un cinque, sei anni si ripropongono modelli che potrebbero limitare la cosiddetta autonomia privata in questo senso.

Si è sostenuto per esempio da parte di Medicus⁶ che nell'ambito del diritto della famiglia l'autonomia privata sia stata estesa con l'introduzione del divorzio consensuale. Sì o no, perché quel che è successo riguarda l'aspetto contrattuale del divorzio. Per esempio il paragrafo 55/a in Austria impone alle parti di stipulare un accordo, per i parametri le parti sono perfettamente libere, limitate soltanto dalle regole riguardanti i *boni mores* e gli altri vizi contrattuali. Infine, anche nell'ambito delle successioni, si è potuto assistere a movimenti non diciamo univoci. Il diritto ereditario è stato modernizzato in Austria esattamente un anno fa, e corrisponde sotto taluni aspetti a quel che si è fatto in Germania. Per esempio i testamenti considerati una volta *contra bonos mores*, che si chiamano in tedesco *Mätressentestament*, cioè i testamenti in cui viene istituita l'amante, e che erano considerati per molto tempo invalidi, adesso sono senz'altro accettati, e anche la diseredazione per un comportamento ritenuto amorale non è più ammessa. Perciò libertà, autonomia privata sì e no. Affermare, come l'aveva fatto Flume, che il concetto

⁶ Medicus, Abschied, 7s.

JUS CIVILE



di autonomia privata non sia il prodotto del liberalismo appare assurdo. Si metta a confronto i contratti del lavoro fine '800 e l'attuale diritto del lavoro. Lo stesso si provi con le locazioni. Non ci può essere dubbio alcuno che i cambiamenti dovuti a conquiste sociali limitative di un liberalismo esuberante sono appariscenti. Rimangono senza dubbio i limiti già in vigore nel 1900, riguardanti la capacità giuridica e il contrarre *contra bonos mores*. Soltanto grazie, alla lungimiranza dei giudici della Corte Suprema tedesca, e non grazie alla dottrina, i limiti positivi dell'autonomia privata sono stati costruiti attraverso un'interpretazione capillare del paragrafo 242 del BGB, che secondo me resta la base, una base eccezionale per limitare in maniera ragionevole l'autonomia privata seguendo i principi modernizzati della buona fede.

Forse si tratta del paragrafo che ha permesso di far confluire anche in maniera considerevole degli aspetti oggettivi nell'interpretazione non solo delle singole posizioni ma del contratto in quanto tale. Queste limitazioni appaiono tuttora valide, cioè quelle che si trovavano nella legge all'epoca dell'entrata in vigore. E sono un argine positivo da un punto di vista oggettivo e soggettivo a ciò che sussiste di più importante dell'autonomia privata, vale a dire la libertà di contrarre e di testare. Per me rimane come emanazione dell'autonomia privata il principio della libertà di contrarre, e la libertà di testare. Quest'ultima, è degno di nota, è rimasta più o meno uguale anche per quel che riguarda l'interpretazione fin dall'inizio dei codici. Se si desidera dare di nuovo più peso e sostanza a questi principi, e soprattutto al principio della libertà di contrarre, per favore si apra una discussione ancora una volta su due punti essenziali, e non diciamo a livello teorico ma a livello pratico. E questi due punti a mio avviso riguardano le cosiddette clausole negoziali standard, e dall'altro lato la cosiddetta effettivamente tutela del consumatore, concetto a dire il vero offuscato da intenti politici poco chiari, senza rispettare i principi e i metodi del diritto privato. Sarò provocatorio. Salviamo, e perché no, cerchiamo di rafforzare la libertà. Cerchiamo però anche di prendere in considerazione l'insieme del contratto, tenendo conto degli elementi soggettivi dei contraenti, e altrettanto delle circostanze oggettive riguardo il contratto particolare in questione, unendo se si vuole le dichiarazioni di volontà, troppo spesso giudicate nel loro isolamento.

Perciò effettivamente autonomia privata non sembra essere un termine appropriato per riunire sotto un unico tetto i due aspetti fondamentali della libertà di contrarre e della libertà di testare, a meno che non si accetti, e adesso passiamo in un altro grande Paese europeo, l'idea del codice civile francese sulle convenzioni. All'articolo 1134 si legge "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". Cioè le convenzioni hanno posto di legge per chi le ha fatte. Cioè se consideriamo autonomia il *nomos intra partes* ben venga, ma almeno nella terminologia germanica, e forse anche in quella italiana, mi sembra che non c'è molto posto. È forse un concetto dogmatico l'autonomia privata, troppo generico, artificiale o addirittura artificioso, forse inutile, anche se non dannoso. Possiamo dunque seppellire il termine e il concetto di autonomia privata. Non riesce a convincere, ed è fonte di inesattezze e fraintendimenti, opinione questa del resto già esposta dal grande Savigny. Ma seppellendo un termine la cui genericità dogmatica non riesce più a convincere cerchiamo di lottare uniti non solo per conserva-

JUS CIVILE



re ma per allargare i principi fondamentali della libertà di contrarre e di testare. Vi ringrazio della vostra immane pazienza.

Bibliografia

Franz Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien 1967; Claus Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971; Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft 3. Aufl., (1979) § 17; Ernst Kramer, Die “Krise” des liberalen Vertragsdenkens, München 1974; Theo Mayer-Maly, Privatautonomie und Selbstverantwortung, in: Verantwortung und Recht, Hrsg. E.-J.-Lampe, Opladen 1989; Dieter Medicus, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, Kölner Juristische Gesellschaft 17, Köln 1994; Dieter Medicus/Jens Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. Heidelberg 2016 soprattutto § 17 con la bibliografia aggiornata.