



GIORGIO DE NOVA

Professore emerito di Diritto civile – Università degli Studi di Milano

I CONFINI ATTUALI DELL'AUTONOMIA PRIVATA: CONCLUSIONI

Il tema dei confini dell'autonomia privata è stato letto in modo diverso dai relatori che abbiamo ascoltato.

Chi ha sottolineato le potenzialità dell'autonomia, chi i suoi limiti, chi la legittimità e la opportunità dei limiti cui viene sottoposta.

La differenza di impostazione tra le relazioni suggerisce di evitare una sintesi.

Per chiudere la tavola rotonda, vorrei sottolineare due aspetti.

Innanzitutto, a me pare che oggi si debba, in tema di autonomia privata, ed in particolare in tema di autonomia contrattuale, abbandonare l'ottica domestica, superare i confini territoriali, e guardare alla prassi contrattuale internazionale.

La globalizzazione ha messo in primo piano questo tema. Ma oggi il tema va rivisitato, di fronte alla globalizzazione frammentata, e alla delocalizzazione dei rapporti cui stiamo assistendo.

Se guardiamo ai contratti internazionali in senso proprio tra parti di paesi diversi, occorre osservare che il contratto internazionale, sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, non trova una disciplina adeguata, né nell'ordinamento internazionale (che ha ad oggetto i rapporti tra Stati), né negli ordinamenti statali (che hanno ad oggetto i contratti domestici).

Oggi non appare più appagante limitarsi a riconoscere alle parti, come si faceva ieri, il potere di designare come legge applicabile al contratto un ordinamento statale (ed uno soltanto, per garantire la coerenza della disciplina).

Oggi appare necessario fare riferimento ad una disciplina che non si riduce alla legge statale applicabile.

Siamo oggi in presenza di una complessità delle fonti: rileva il diritto europeo e rilevano anche le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, che incidono sul rapporto contrattuale.

I contratti internazionali sono soliti prevedere una clausola compromissoria: se la sede è l'Italia, possiamo fare riferimento all'art. 829, comma 3, c.p.c., che richiama le "regole di diritto", e (dal 30 giugno 2023) al nuovo comma 2 dell'art. 822 c.p.c., aggiunto dall'art. 3, comma 53, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, secondo cui «*le parti (...) possono indicare le norme o la legge straniera quale legge applicabile al merito della controversia. In mancanza, gli arbitri applicano le norme o la legge individuata ai sensi dei criteri di conflitto ritenuti applicabili*».

Espressioni dalle quali emerge che "le regole di diritto", le "norme" da applicare non si riducono ad una legge statale applicabile.



Si apre un vasto scenario di normative applicabili, che vanno oltre la legge statale applicabile.

Pensiamo innanzitutto alla *soft law*, e iniziamo dalle previsioni sul contratto in generale.

Vengono in primo piano gli UNIDROIT *Principles on International Contracts* del 2016, che si applicano non solo quando le parti fanno riferimento ad essi, ma anche quando fanno generico riferimento alla *lex mercatoria*: e gli arbitri sono propensi a ricorrere ad essi, più che non i giudici togati.

Le formule sopra ricordate della disciplina dell'arbitrato con sede in Italia danno fondamento a questa propensione degli arbitri.

Se poi passiamo ai singoli contratti, la rilevanza della *soft law* è ancora maggiore: pensiamo alle FIDIC per i contratti di costruzione e agli *Incoterms* per la compravendita e il trasporto di merci.

La necessità di considerare una pluralità di fonti vale anche per i contratti domestici tra parti italiane e assoggettati al diritto italiano, ma redatti sulla base di modelli di *common law*: contratti, questi ultimi, che come sapete ho chiamato «contratti alieni», una formula che è piaciuta alla Corte Suprema, con una sentenza in tema di clausola *russian roulette* (Cass. n. 22375/2023), commentata nella prima giornata dei lavori, in cui si legge: «*la tematica relativa alla validità ed efficacia delle clausole volte a superare situazioni di stallo societario, che rischiano di compromettere l'impresa economica e determinare la liquidazione della società per impossibilità del raggiungimento del suo scopo, emerge, come spesso avviene con riferimento a clausole negoziali e contratti di natura atipica, nell'esperienza nordamericana, da lì diffondendosi nei paesi di civil law, fino ad entrare nella prassi applicativa del nostro ordinamento.*

Il tema, sotto un profilo più generale, non è nuovo ed è stato indagato dalla più autorevole dottrina sotto l'espressione «contratto alieno», cioè quel contratto pensato e scritto sulla base di un modello diverso dal diritto italiano, derivante dalla common law anglosassone, contenente clausole redatte secondo le drafting techniques anglo-sassoni, per le quali occorre indagare la loro compatibilità con i principi fondanti del nostro ordinamento».

La nostra Suprema Corte si confronta così con ordinamenti stranieri, con un atteggiamento che a me pare corretto.

In altri casi, invece, la Corte Suprema di Cassazione è incerta sulla recezione di istituti stranieri. Così nel 2021, con la sentenza n. 16743, di fronte ad un locatore che per sette anni si era astenuto dal chiedere il pagamento del canone, aveva statuito che la *Verwirkung* «*costituisce un istituto idoneo a venire in gioco, anche nel nostro ordinamento, allorché appunto si prospetti un abusivo esercizio del diritto dopo una prolungata inerzia del creditore o del titolare di una situazione potestativa che per lungo tempo è stata trascurata e ha ingenerato un legittimo affidamento nella controparte. In tal caso, a seconda delle circostanze, può ravvedersi, nel tempo, un affidamento dell'altra parte nell'abbandono della relativa pretesa, idoneo come tale a determinare la perdita della situazione soggettiva nella misura in cui il suo esercizio si riveli un abuso.*

Con l'ordinanza n. 11219/2024 la Corte Suprema, in un caso in cui il locatore si era astenuto dal chiedere 52 canoni, ha statuito che «*nel nostro ordinamento non può darsi ingresso in via generale al principio della Verwirkung*» (con buona pace della giustizia predittiva ...).

La necessità di considerare una pluralità di fonti è vera non solo per il contratto internazionale e per il contratto a modello internazionale, è vera anche per il contratto meramente domestico di qualche importanza.

In presenza di una pluralità di fonti, interne e sovranazionali, di diverso livello, ed alla applicazione che ne fa la giurisprudenza (vengo ora al secondo aspetto che vorrei sottolineare) a me pare sia ne-



cessario abbandonare una logica «codice-centrica», non concentrare gli sforzi su possibili aggiornamenti del nostro codice (l'esperienza recente tedesca e francese non pare entusiasmante) o su codici civili europei, per prendere atto che il codice rimane sì il grande indice del diritto privato nei paesi di *civil law*, ma è appunto un indice che va completato e integrato con le altre fonti, con la normativa delle autorità indipendenti, con la *soft law*, con la prassi contrattuale, con la giurisprudenza.

Ma se è così, occorre porsi una questione di metodo, e tornare a discutere quale sia oggi il *Beruf* di noi civilisti.

A me pare che si debba guardare a ciò che facevano i giuristi continentali prima delle codificazioni, quando accanto al *Corpus Iuris* vivevano le fonti consuetudinarie, e la giurisprudenza, locale e non.

Partiamo dall'olandese Vinnius, che nella *dedicatio* che apre la sua opera *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius Academicus, et Forensis* del 1642 scrive che alla interpretazione delle Pandette «*adiunxi etiam Patriæ nostræ iura propria, aliarumque regionum peculiaria instituta, & cætera quæ nunc passim usu judiciorum certo recepta sunt, ab illo scripto Romanorum jure longe discrepantia: qua quidem ex re non parum præsidii, constantiæque & iudicii statim capere poterunt, qui mox in foro atque inter causarum discrimina versabuntur*». Dunque, accanto alle Istituzioni, il diritto locale, e la prassi delle corti.

Passiamo al tedesco Samuel Stryk, che intitola la sua opera, iniziata nel 1690, *Specimen Usus Moderni Pandectarum* (si noti il plurale «usi»), così introducendo la formula poi divenuta corrente di «*Usus Modernus Pandectarum*».

Veniamo poi all'olandese Voet, che nel 1698 pubblica il «*Commentarius ad Pandectas in quo præter Romani Juris principia ac controversias illustriores jus etiam hodiernum et præcipue fori quaestiones excutuntur*», il cui sottotitolo già indica l'attenzione alla prassi delle corti.

Concludiamo con il sassone Johann Heinrich De Berger, che nel 1712 pubblica *Oeconomia juris, ad usum hodiernum accommodati*, che raccoglie in modo sistematico il diritto privato in quel momento applicabile, nelle sue tre componenti, «*legislatoria*», «*consultativa*» e «*iudiciaria*», considerando quest'ultima come «*romano-germanica*» (si veda l'inizio del primo titolo del primo libro).

Oggi occorre fare ordine fra tutte le fonti che rilevano per l'autonomia privata.

Occorre pensare ad un nuovo *Usus Modernus Pandectarum*, in cui, accanto al codice civile (che possiamo per un momento porre sullo stesso piano del *Corpus Iuris*) occorre considerare tutte le altre fonti, per ricomporre l'insieme a sistema.