JUS CIVILE

Rivista a cura di **Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi**

5-2016

settembre-ottobre

G. Giappichelli Editore

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche. Soltanto in casi eccezionali, i curatori assumono la responsabilità diretta della pubblicazione con adeguata motivazione.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.

JUS CIVILE

INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Difetto di corrispettività e causa del contratto: le ragioni di una distinzione necessaria *
di *Mariella Lamicela* 335

Il contratto: verso una nuova sistematica? *
di *Salvatore Mazzamuto* 347

Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa *
di *Mario Barcellona* 359

Rilievi civilistici in tema di responsabilità del legislatore da atto normativo *
di *Luigi Buonanno* 369

"La giurisprudenza è fonte di diritto?": introduzione ad un incontro di studi *
di *Carlo Granelli* 406

La giurisprudenza fonte del diritto? *
di *Giorgio De Nova* 412

L'aporia tra *ius dicere* e *ius facere* *
di *Carlo Castronovo* 421

Moralità dell'analisi linguistica *
di *Natalino Irti* 431

* Contributo sottoposto a revisione.

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 4 novembre 2015, N. 22567 – FORTE *Presidente* – NAPPI *Relatore* – CERONI *P.M.* – S.M. ed altri (avv.ti MERLINI e BOSCO) – S.D. e altri (avv.ti CICERCHIA, TAGLIORETTI, BOLONDI).

Contratto a prestazioni corrispettive – Squilibrio economico tra le prestazioni – Causa del contratto – Nullità per assenza di causa – Insussistenza – Rescissione. (Artt. 1325, 1418, 1447, 1448 c.c.).

"In tema di contratti di scambio, lo squilibrio economico originario delle prestazioni delle parti non può comportare la nullità del contratto per mancanza di causa, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione impugnata per avere ritenuto la nullità di un contratto di cessione di quote sociali in ragione dell'eccessiva sproporzione esistente tra il valore effettivo delle quote ed il prezzo di cessione)".

"Lo squilibrio economico iniziale tra le prestazioni può rilevare ai fini della rescissione del contratto a norma dell'art. 1447 c.c. o dell'art. 1448, in considerazione dello stato di bisogno o di pericolo di alcuno dei contraenti, oppure può rilevare ai fini dell'annullabilità a norma dell'art. 428 c.c. del contratto stipulato da persone incapaci; ma, di regola, lo squilibrio iniziale delle prestazioni non determina di per sé la nullità del contratto".

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con la sentenza impugnata la Corte d'appello di Trieste ribadì il rigetto della domanda proposta da S.M. e S.M. per l'esecuzione specifica dell'obbligo assunto il 26 febbraio 2003 da parte di S.D., S.P., Z.F. e G.P. di acquistare per il prezzo di Euro 990.000,00 il 45% delle quote della Mobilificio Spagnol s.r.l., di cui i convenuti detenevano già il 55%.

Ritennero i giudici del merito che il contratto era da dichiarare nullo per difetto di causa, attesa l'abnorme sproporzione tra il valore effettivo delle quote cedute, determinato da C.T.U. in Euro 168.452,00 alla data del 31 dicembre 2002, e il prezzo convenuto per la cessione, anche in considerazione del fatto che il controllo della società era già nella disponibilità degli acquirenti.

Sicché, essendo tutti i contraenti evidentemente consapevoli della precaria situazione patrimoniale della società, avviata a una procedura concorsuale, doveva escludersi che i venditori fossero in buona fede, con la conseguenza che, in parziale riforma della decisione di primo grado, la condanna alla restituzione della somma di Euro 100.000 incassata a titolo di caparra da S.M. e S.M. dovesse essere estesa anche all'obbligazione accessoria degli interessi in misura legale.

Compensarono peraltro i giudici del merito le spese di entrambi i gradi del giudizio.

Contro la sentenza d'appello hanno proposto ricorso per cassazione S.M. e Sp.Ma., deducen-

do otto motivi d'impugnazione, cui resistono con controricorso S.D., S.P., Z.F. e G.P., che hanno altresì proposto ricorso incidentale affidato a due motivi, contestati con controricorso dai ricorrenti principali.

Entrambe le parti hanno depositato memorie.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo i ricorrenti principali deducono violazione e falsa applicazione degli art. 1418, 1325 e 1174 c.c., lamentando che i giudici del merito abbiano considerato privo di causa il contratto in ragione del solo squilibrio delle prestazioni.

Sostengono che la nullità del contratto per carenza di causa si può ipotizzare solo nel caso di inesistenza in concreto di una delle prestazioni oggetto di scambio. Non è compatibile con l'ordinamento vigente il principio enunciato dalla sentenza impugnata per cui è nullo per difetto di causa un contratto nel quale vi sia sproporzione tra le prestazioni, posto che la rescissione del contratto per una sproporzione considerevole tra le prestazioni presuppone, quale condizione ulteriore dell'azione, anche l'approfittamento della stato di pericolo (art. 1447 c.c.) o di bisogno (art. 1448) di uno dei contraenti.

Infatti la giurisprudenza ha escluso la rilevanza anche ai fini dell'annullamento di una compravendita di quote societarie finanche dell'errore sull'effettivo loro valore. E lo squilibrio tra le prestazioni rileva solo quando sia imprevedibilmente sopravvenuto alla stipulazione (art. 1467 c.c.).

Neppur può considerarsi rilevante il fatto, valutato dai giudici del merito, che le quote cedute non erano necessarie a ottenere il controllo della società da parte degli acquirenti, posto che una minore utilità del contratto non può tradursi in inesistenza della prestazione. Se si assegnasse rilevanza a utilità ulteriori rispetto a quelle derivanti direttamente dalla prestazione, l'art. 1418 c.c., risulterebbe incompatibile con l'art. 41 Cost.

Con il secondo motivo i ricorrenti principali deducono ancora violazione degli artt. 1418 e 1325 c.c., lamentando che i giudici del merito abbiano erroneamente incluso nell'oggetto di un contratto di cessione di quote sociali il valore economico della partecipazione sociale, anziché i diritti e gli obblighi che ne derivano. Come ha chiarito la giurisprudenza di legittimità, sostengono i ricorrenti, il valore delle quote può infatti rilevare solo come motivo del contratto.

Con il terzo motivo i ricorrenti principali deducono ancora violazione e falsa applicazione degli artt. 1418, 1325 e 1174 c.c., lamentando che erroneamente i giudici del merito abbiano escluso la rilevanza di utilità diverse da quelle patrimoniali, mentre la prestazione contrattuale può corrispondere a un interesse anche non patrimoniale del creditore.

Con il quarto e il quinto motivo i ricorrenti principali deducono vizi di motivazione della decisione impugnata e violazione e falsa applicazione degli artt. 1174, 2392, 2393 e 2395, e, nei testi all'epoca vigenti, anche degli artt. 2486 e 2409 c.c., lamentando che i giudici del merito abbiano omesso di considerare l'utilità connessa quantomeno alla disponibilità della maggio-

ranza richiesta anche per le assemblee straordinarie, oltre che alla rimozione dei diritti di controllo dei soci di minoranza. Con il sesto motivo i ricorrenti principali deducono violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c., lamentando che i giudici del merito abbiano erroneamente considerato nuove le domande subordinate da essi proposte con la memoria ex art. 183 c.p.c., benché fossero del tutto corrispondenti alle domande proposte con l'originario atto di citazione e nell'udienza ex art. 183 c.p.c. previgente. Con il settimo motivo i ricorrenti principali deducono violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1175 c.c., lamentando che i giudici del merito abbiano erroneamente interpretato e perciò rigettato la domanda subordinata di risarcimento dei danni per la dedotta mancanza di buona fede dei convenuti nell'esecuzione del contratto preliminare stipulato.

Con l'ottavo motivo i ricorrenti principali deducono vizi di motivazione della decisione impugnata, lamentando che i giudici del merito li abbiano erroneamente condannati alla restituzione della caparra con gli interessi dal giorno in cui l'avevano incassata, anziché dal giorno della domanda.

2. Il primo motivo del ricorso principale è fondato e assorbente rispetto a tutti gli altri motivi del ricorso principale; come a entrambi i motivi del ricorso incidentale, con i quali viene censurata la decisione di compensazione delle spese del giudizio.

Secondo quanto prevede l'art. 1418 comma 2 c.c., il contratto è nullo quando manchi di alcuno dei requisiti prescritti dall'art. 1325 c.c., inclusa la causa.

Ammesso che possa ipotizzarsi un contratto privo di causa, piuttosto che avente una causa diversa da quella apparente (Cass., sez. 3^, 7 luglio 2003, n. 10684, m. 564869, Cass., sez. 3^, 4 novembre 2005, n. 21389, m. 585356, Cass., sez. 3^, 7 giugno 2006, n. 13349, m. 590714, citate nella sentenza impugnata), come ad esempio nel negotium mixtum cum donatione (Cass., sez. 2^, 3 novembre 2009, n. 23297, m. 610125, Cass., sez. 2^, 17 novembre 2010, n. 23215, m. 615548), la giurisprudenza e la dottrina prevalenti escludono che lo squilibrio originario delle prestazioni possa invalidare per carenza della causa i contratti di scambio.

Nei rari precedenti nei quali si è attribuito rilevanza allo squilibrio originario delle prestazioni, si trattava piuttosto di impossibilità giuridica di una delle prestazioni oggetto del preteso scambio: "come quando una delle parti si obblighi ad una prestazione senza che, in cambio, le venga attribuito nulla di più di quanto già le spetti per legge" (Cass., sez. 2^, 27 luglio 1987, n. 6492, m. 454764) o in ragione di altro vincolo contrattuale (Cass., sez. 3^, 8 maggio 2006, n. 10490, m. 592154).

Secondo la giurisprudenza più recente, in realtà, lo squilibrio economico originario non priva di causa il contratto, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive. Si ritiene dunque che, salvo particolari esigenze di tutela, "le parti sono i migliori giudici dei loro interessi".

Sicché, ad esempio, "solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico, può determinare la nullità della vendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mer-

cato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni ed afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti ed all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto" (Cass., sez. 2^, 19 aprile 2013, n. 9640, m. 626041).

Lo squilibrio economico iniziale tra le prestazioni può rilevare così ai fini della rescissione del contratto a norma dell'art. 1447 c.c., o dell'art. 1448, in considerazione dello stato di bisogno o di pericolo di alcuno dei contraenti; come può rilevare ai fini dell'annullabilità a norma dell'art. 428 c.c., del contratto stipulato da persone incapaci. Ma in linea di principio lo squilibrio iniziale delle prestazioni non determina di per sé la nullità del contratto.

D'altro canto, contrariamente a quanto pure si è ipotizzato in passato (Cass., sez. 1^, 20 novembre 1992, n. 12401, m. 479641), la giurisprudenza più recente ha ben chiarito che occorre distinguere non solo tra negozio a titolo gratuito e negozio a titolo oneroso, ma anche tra gratuità e liberalità (Cass., sez. 1^, 5 dicembre 1998, n. 12325, m. 521419).

In particolare l'assenza di corrispettivo, se è sufficiente a caratterizzare i negozi a titolo gratuito (così distinguendoli da quelli a titolo oneroso), non basta invece a individuare i caratteri della donazione, per la cui sussistenza sono necessari, oltre all'incremento del patrimonio altrui, la concorrenza di un elemento soggettivo (lo spirito di liberalità) consistente nella consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in alcun modo costretti, e di un elemento di carattere obbiettivo, dato dal depauperamento di chi ha disposto del diritto o ha assunto l'obbligazione (Cass., sez. 1^, 12 marzo 2008, n. 6739, m. 602560, Cass., sez. 1^, 24 giugno 2015, n. 13087, m. 635732).

Si può dunque avere un negozio che, benché gratuito, non è manifestazione di liberalità. Ma l'assenza del corrispettivo, che connota di gratuità il negozio, non ne comporta per ciò solo la nullità, come dimostra ad esempio l'esperienza dei rapporti negoziali tra società collegate (Cass., sez. 1^, 11 marzo 1996, n. 2001, m. 496284, Cass., sez. 1^, 24 febbraio 2004, n. 3615, m. 570426, Cass., sez. 1^, 14 ottobre 2010, n. 21250, m. 614301).

Nel caso in esame pertanto l'accertamento del notevole squilibrio tra le prestazioni delle parti non può giustificare di per sé la nullità del contratto. Sicché la sentenza impugnata va cassata con rinvio alla Corte d'appello di Trieste in diversa composizione, perché, adeguandosi agli enunciati principi di diritto, si pronunci sugli ulteriori profili della controversia.

JUS CIVILE

MARIELLA LAMICELA

Ricercatrice di Diritto Privato – Università Ca'Foscari di Venezia

DIFETTO DI CORRISPETTIVITÀ E CAUSA DEL CONTRATTO: LE RAGIONI DI UNA DISTINZIONE NECESSARIA

SOMMARIO: *1. – Le questioni sollevate dalla sentenza della Suprema Corte. – 2. Cenni sulla funzione normativa del requisito essenziale della causa. – 3. Gli equivoci legati alla valorizzazione del "concretamente voluto" dalle parti nell'indagine circa la causa del contratto.*

1. – La sentenza della Corte di Cassazione in commento esprime, come già altre volte in precedenza [1], una netta censura nei riguardi della prassi interpretativa tesa a ricavare dal mero dato dello squilibrio tra le prestazioni contrattuali, seppure di notevole entità, la nullità del relativo contratto per mancanza del requisito essenziale della causa. Tuttavia, la circostanza che il Supremo Collegio sia chiamato periodicamente a ribadire la fallacia di un simile orientamento nell'accertamento della validità di un contratto denuncia sottotraccia un persistente contrasto sul punto sia in dottrina che in giurisprudenza [2].

Proprio per questa ragione, forse, un maggiore approfondimento nel motivare la decisione, pur ampiamente condivisibile, di cassare la pronuncia della Corte d'Appello di Trieste avrebbe

---

[1] Cfr. Cass., 19 aprile 2013, n. 9640; Cass., 28 agosto 1993, n. 9144.

[2] È sempre più diffuso in dottrina l'orientamento interpretativo in virtù del quale la sproporzione tra le prestazioni, in quanto manifestazione di un difetto di giustificazione del sacrificio sostenuto da una parte contrattuale nei confronti dell'altra, rivelerebbe una patologia della causa del contratto e andrebbe di conseguenza sanzionato con la dichiarazione di nullità. Cfr. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, 2008, p. 14 ss.; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1985, p. 309 ss.; ID., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali: corso di diritto civile*, Cedam, 2003, p. 224 ss. Come si vedrà, tale opinione sembra trovare conforto, per un verso, nella diffusa rappresentazione della causa quale "causa in concreto" ovvero "sintesi degli effetti reali che il contratto stesso è diretto a realizzare", cfr. C.M. BIANCA, *Diritto Civile – Il contratto*, III, Giuffrè, 2000, p. 452 ss. e, in giurisprudenza, Cass. 8 maggio 2006, n. 10890; Cass. 12 novembre 2009, n. 23941. E sembra confermato, per altro verso, dal crescente rilievo normativo riconosciuto al dato dello squilibrio tra prestazioni contrattuali nell'ambito della più recente evoluzione del diritto dei contratti statuale e non statuale. In tal senso, cfr. S. STANCA, *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference* e nella proposta sulla *Cesl*, in *Contratto e Impresa*, n. 3/2015, p. 719 ss. Quanto all'orientamento giurisprudenziale incline a ricavare dal rapporto squilibrato tra prestazione e controprestazione la nullità del contratto per mancanza di causa, si veda la decisione di merito oggetto di censura nella sentenza in commento, Corte App. Trieste, 5 novembre 2010, con nota di L. FALTONI, *L'assenza della tendenziale equivalenza delle prestazioni come mancanza della causa contrattuale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2011, p. 787 ss. e con nota di M. RIZZUTI, *Nullità ed equilibrio contrattuale*, in Giur. It., 2011, p. 1544. Ma vedi anche Cass. 20 Novembre 1992, n. 12401, in *Corr. giur.*, 1993, p. 174 ss. con nota di V. MARICONDA, *Trasferimenti atipici e nullità per mancanza di causa*; Cass. 1 aprile 2011, n. 7557. Escludono invece che la sproporzione tra le prestazioni dedotte in contratto rilevi ai fini dell'accertamento della sua validità, tra i tanti A. DI MAJO, voce *La causa negoziale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, p. 8; R. SACCO, *Il contratto*, Utet, 1975, p. 788; M. BARCELLONA, *Della causa – Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, 2015, p. 392 ss.

potuto contribuire a puntellare in modo più corposo la tesi secondo la quale l'iniquità dello scambio dedotto in contratto, lungi dal poter rivelare di per sé la carenza della causa del relativo patto, segnalerebbe semplicemente la necessità di un impegno rafforzato nell'attività rivolta a verificare l'esistenza e la qualità del suo fondamento causale. Vero è infatti che all'esito di tale indagine lo squilibrio tra le prestazioni contrattuali può confermarsi sintomo di un difetto strutturale del contratto idoneo e decretarne l'irrilevanza giuridica per assenza di causa. Ma vero è anche che tale valutazione può costituire solo il risultato di un accertamento che abbia escluso una diversa ipotesi: quella della ricorrenza di una ragione giustificatrice dello scambio complessa, non immediatamente percepibile perché radicata in tutto o in parte al di fuori dei termini, spesso scarni, del regolamento negoziale [3]. Il giudice di terzo grado avrebbe potuto allora soffermarsi più a lungo sul *discrimen* tra carenza e atipicità del requisito causale, precisando con maggior rigore i confini operativi entro i quali le determinazioni negoziali frutto dell'esercizio dell'autonomia privata *ex* art. 1322 c.c. devono considerarsi insindacabili.

Nella sentenza si chiarisce che il difetto di corrispettività tra le prestazioni può assumere rilievo giuridico solo ove esso si riveli effetto dell'approfittamento di uno stato soggettivo di particolare vulnerabilità in cui si trovi la parte contraente che ne subisce le conseguenze, come previsto dagli artt. 1447 e 1448 c.c., in relazione all'ipotesi di rescissione del contratto [4], e dall'art. 428 c.c., in relazione all'ipotesi che si concluda un contratto in stato di incapacità naturale [5]. E si chiarisce altresì che, ove il patto tra le parti disponga un'attribuzione patrimonialmente apprezzabile a vantaggio dell'una, senza prevedere alcuna attribuzione corrispettiva a favore dell'altra, tra l'ipotesi della ricorrenza di una donazione e quella opposta della nullità per mancanza di causa non può omettersi di considerare l'eventualità che il contratto integri bensì un'ipotesi di causa gratuita, che tuttavia sia irriducibile allo schema della causa liberale tipica della donazione [6], in quanto all'unilateralità del vantaggio negozialmente disposto corrisponderebbe comunque la soddisfazione di un interesse di controparte diverso dalla mera volontà di procurare un beneficio ad altri [7]. Non solo però non è affrontato il problema di non poco conto

---

[3] Inevitabile in proposito il rinvio, per un verso, al fenomeno del collegamento negoziale e, per altro verso, alle diverse tecniche che l'ordinamento mette direttamente o indirettamente a disposizione dei privati per modellare alle proprie specifiche esigenze le utilità rispettivamente ricavabili dall'operazione di scambio dedotta in contratto. Sul punto, cfr. R. SACCO, *op. cit.*, p. 583 ss.; G. SICCHIERO, *Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2044 ss.; G.B. FERRI, voce *Il negozio giuridico*, in *Digesto delle Disc. Priv.*, Utet, 1995, p. 78; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, in *I contratti in generale*, IV, Utet, 2000, p. 31 ss.

[4] Sulle ipotesi di sproporzione tra prestazioni corrispettive idonee ad azionare l'istituto della rescissione, da ultimo cfr. Cass., 28 gennaio 2015, n. 1651.

[5] Sulla rilevanza giuridica dell'iniquità dello scambio in conseguenza dell'approfittamento dello stato di incapacità naturale della controparte, cfr. Cass., 30 settembre 2015 n. 19458; Corte App. Napoli, 9 aprile 2002.

[6] Descrive la liberalità come "assenza di costrizione giuridica o anche solo morale, in chi senza corrispettivo dispone a favore di altri di un proprio diritto o si obbliga nei suoi confronti ad una prestazione di dare", F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di Dir. Civ. e Comm.* diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, 2002, p. 106.

[7] Per la distinzione delle liberalità dagli atti a titolo gratuito, cfr. Cass. 5 dicembre 1998, n. 12325; Cass. 11 marzo 1996, n. 2001. In dottrina, ritiene che spesso a giustificare il "sacrificio giuridico" della parte obbligata sia un "van-

dell'individuazione dei presupposti in virtù dei quali un contratto che vincoli in misura squilibrata le parti possa considerarsi riconducibile alla categoria della c.d. "gratuità atipica" [8], ma si ripropone anche l'ambigua distinzione tra "prezzo meramente apparente e simbolico" e "prezzo vile" ovvero "notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta ma non del tutto privo di valore": non certo l'argomento più efficace nel contrasto dell'indirizzo favorevole a valorizzare lo squilibrato rapporto di corrispettività tra le prestazioni quale indice dell'assenza di causa del contratto che le disponga. A riguardo, si rammenta infatti che secondo l'orientamento giurisprudenziale, invero ancora molto diffuso, incline ad accreditare la distinzione sopra richiamata [9], malgrado rimanga imprecisata la misura a partire dalla quale un prezzo cessi di essere meramente apparente e simbolico e assuma i caratteri del prezzo vile "ma non del tutto privo di valore", l'eventualità di una nullità per assenza di causa potrà essere accertata solo nel primo caso, mentre nel secondo dovrà piuttosto indagarsi la volontà delle parti di dare vita ad un contratto diverso da una mera liberalità [10].

Le questioni sulle quali potrebbe essere opportuno sviluppare un supplemento di indagine sono dunque sostanzialmente due: la prima è quella dell'esatto rilievo che il difetto di corrispettività o, se si vuole, l'iniquità del contratto riveste nell'ambito di un'analisi tesa ad accertare l'assenza di vizi genetici che inficino la validità del relativo atto. La seconda riguarda invece la definizione di linee guida più certe di quelle abitualmente praticate circa il *discrimen* tra la legittima manifestazione della creatività dei privati nella definizione delle utilità da realizzare nelle proprie interazioni negoziali e, viceversa, espressioni dell'autonomia contrattuale che, in quanto sprovviste di un fondamento causale oggettivamente apprezzabile, siano destinate ad essere relegate nella dimensione dell'invalidità giuridica [11]. Nell'uno e nell'altro caso appare indispensabile avviare l'indagine riportando brevemente l'attenzione sulla funzione normativa del requisito causale ovvero sulla ragione per la quale il legislatore del 1942 abbia ritenuto di dover subordinare alla sua ricorrenza il riconoscimento all'accordo tra le parti dell'idoneità a produrre effetti giuridicamente rilevanti. È proprio in questa prospettiva infatti che si ritiene si possa meglio comprendere la ragione della necessaria distinzione tra la causa del contratto ed il suo sinallagma, si possa accertare quando ed entro quali limiti sia rilevabile una correlazione tra tali due

---

taggio empirico, fattuale, apprezzabile sul piano economico", V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, p. 369 ss.

[8] Utilizzano l'espressione "gratuità atipica", tra gli altri, U. BRECCIA, *Il contratto in generale,* III, in *Tratt. Dir. Priv. Bessone*, Giappichelli 1999, p. 23 e ss.

[9] Cfr. Cass. 25 gennaio 1980, n. 623; Cass. 28 agosto 1993, n. 9144; Cass. 19 aprile 2013, n. 9640.

[10] Correttamente ci si è chiesti che cosa accada ove il prezzo non simbolico ma pur sempre irrisorio, malgrado attenta indagine giudiziale circa la reale intenzione delle parti, rimanga incomprensibile: "forse che l'«irrisorio» merita tutela diversa dal «simbolico» o dall'«obiettivamente non serio»?". Cfr. U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 13. Estremamente efficaci a riguardo anche le osservazioni critiche di M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 403 ss.

[11] Cfr. A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 1, ove, dopo aver ricordato che "la libertà di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici è riconosciuta anche *con riferimento agli scopi o funzioni* in ragione dei quali i rapporti vengono creati" l'Autore precisa che tale libertà può essere esercitata "nei limiti del lecito e del rispetto dei diritti di terzi".

profili ed infine si possa provare ad ipotizzare quando ed in che senso dalla constatazione del difetto di corrispettività tra le prestazioni si possa risalire all'assenza della causa del contratto.

2. – La funzione che il legislatore del Codice Civile attribuisce al requisito essenziale della causa nella disciplina degli atti di autonomia privata è da sempre oggetto di un vivacissimo dibattito che storicamente è stato dominato dalla contrapposizione tra orientamenti rivolti a ricostruire il significato della causa negoziale in termini marcatamente soggettivi, identificandolo nel "motivo ultimo e tipico che induce il soggetto a contrarre", ed orientamenti tesi invece ad evidenziare la strumentalità di tale requisito ad un controllo di tipo oggettivo sulla legittimità giuridica degli atti di volontà negoziale [12]. A riguardo, pur non essendo questa la sede adatta ad una puntuale ricostruzione delle diverse opinioni elaborate nel tempo sulla questione, pare si possa affermare senza per questo commettere un azzardo che la principale ragione del contendere sia stata e continui ad essere, anche in base al deciso ridimensionamento del rilievo normativo che della causa sembra di recente auspicarsi da più parti [13], la qualità del controllo che, attraverso l'indagine sul profilo causale di un contratto o di altro atto negoziale [14], l'ordinamento mostra di voler esercita sulla libertà dei privati di autodeterminare le modalità di soddisfazione dei propri interessi [15]. Non c'è dubbio, infatti, che, in tutte le sue differenti rappresentazioni, la causa sia sempre stata considerata come un presidio predisposto dall'ordinamento al fine di consentire l'accesso alla dimensione del giuridicamente rilevante esclusivamente ad atti di volontà meritevoli di tutela [16]. Il problema ha riguardato piuttosto la definizione dei parametri in base ai quali concedere o meno tale accesso, in quanto, anche quando, successivamente all'entrata in vigore del Codice Civile, l'opinione largamente maggioritaria ha definitivamente respinto ogni possibile commistione tra causa e motivi soggettivi [17], riconoscendo la correttezza di una sua rappre-

---

[12] Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, Utet, 1975, p. 574 ss.

[13] Tra i più autorevoli interventi sul punto, si rinvia a J. BONELL, *Un "codice" internazionale del Diritto dei Contratti. I Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*, Giuffrè, 1995, p. 81 e, in particolare, 90; C. CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di Diritto Europeo*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Giappichelli, 2002, p. 37 ss.

[14] Ricorda che "è opinione largamente condivisa che la nozione di causa rilevi anche con riguardo ai negozi giuridici non aventi natura di contratto" A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 1.

[15] Si è scritto in proposito che "l'intera contorta vita del concetto di «causa» è, per un aspetto o per un altro, anche storia del rapporto fra l'impegno individuale e il vincolo del diritto". Cfr. U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 50.

[16] In tal senso depone innanzitutto la Relazione al Codice Civile del Guardasigilli (n. 603 ss.). Sul punto si è scritto autorevolmente che la causa "è un modo per guardare complessivamente al ruolo degli atti di privata autonomia (contratti e negozi) e al loro rapporto complessivo con gli interessi (individuali) delle parti e con l'ordinamento". Cfr. A. DI MAJO, *la causa del negozio giuridico*, cit., p. 2. Altrettanto lucide le considerazioni di F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 99 ss.

[17] Precisa però che "se si ha riguardo alla funzione pratica che le parti hanno effettivamente assegnato al loro accordo, devono allora rilevare anche i 'motivi', se questi (…) siano obiettivizzati nel contratto, *divenendo interessi che il contratto è diretto a realizzare*", C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 461. Riconosce nei condizionamenti derivanti da una

sentazione in termini oggettivi, ci si è divisi aspramente sul tipo di vaglio da operare nei confronti dell'atto negoziale attraverso l'azionamento del "filtro" causale. Come è noto, la contrapposizione ha riguardato in primo luogo quanti, ricorrendo alla formula della "funzione economico-sociale" [18], hanno sostenuto che l'idoneità a produrre effetti giuridicamente rilevanti possa essere riconosciuta solo agli atti di volontà che presentino assetti di interessi ed effetti preventivamente riconosciuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico o che rispondano quantomeno a tipi di operazioni economiche dotate per la loro diffusione di comprovato riconoscimento sociale [19]. E quanti, viceversa, hanno ritenuto che, al fine di evitare che il giudizio sulla causa si risolva in un'inammissibile ingessatura della libertà negoziale dei privati, essa debba essere intesa come "funzione economico-individuale" dell'atto di volontà o sintesi degli interessi che concretamente il contratto è diretto a realizzare e debba essere prioritariamente rivolta ad accertare che, nel definire liberamente le modalità di realizzazione dei propri interessi, i privati non abbiano oltrepassato la soglia invalicabile della liceità [20]. A guardar bene, la reale posta in gioco appare proprio la qualità del limite all'autonomia privata rappresentato dal principio causalistico: nel primo caso sembra darsi prioritario rilievo all'utilità sociale, anche a costo che ciò comporti una più o meno marcata funzionalizzazione delle espressioni dell'autonomia privata al perseguimento di finalità pubbliche di volta in volta definite in conformità all'ordinamento vigente [21]. Nel secondo caso, il controllo cui sottoporre gli atti di volontà dei privati sembra invece prioritariamente rivolto a coordinare in modo quanto più efficace possibile il trattamento giuridico dell'atto, anche e soprattutto in chiave rimediale [22], a quanto realmente voluto dalle parti, limitando l'indagine sul rapporto tra causa concretamente perseguita e interesse pubblico al vaglio di liceità.

In realtà, per quanto non risulti che il denunciato rischio di una funzionalizzazione

---

rappresentazione in termini prevalentemente soggettivi della causa quale *cause raisonnable* dell'obbligazione oggetto del contratto la ragione della necessità di distinguere tra motivi soggettivi giuridicamente irrilevanti e interessi concretamente perseguiti dalle parti mediante l'accordo, viceversa rilevanti nella ricostruzione della causa del contratto, U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 47 ss.

[18] Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Utet, 1960, p. 170 ss.

[19] Cfr. M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1987, p. 423 ss.

[20] A proposito della causa intesa come "funzione economico-individuale" del negozio giuridico, si è scritto che essa, lungi dall'essere "strumento e meccanismo di controllo dell'agire autonomo dei privati", vada considerata come "*oggetto di controllo,* che consente di constatare, in concreto, l'esistenza e il grado di compatibilità tra quei *valori* che il negozio esprime e quelli, invece, espressi dall'ordinamento statuale". Cfr. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, (Voce), cit., p. 76-77. Ma vedi anche Id., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, p. 249. Tra i più convinti sostenitori della "causa in concreto" quale "sintesi degli interessi che il contratto è diretto a realizzare", cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 231 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, p. 364.

[21] È il rischio che denuncia con particolare efficacia G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 254 e ss.; ma anche V. ROPPO, *op. cit.*, p. 365; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 459.

[22] Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del Contratto* diretto da V. Roppo, II, Giuffrè, 2006, p. 92.

dell'autonomia negoziale dei privati in vista della realizzazione di finalità sociali[23], definibili a partire dal secondo dopoguerra in base alle indicazioni ricavabili dalla Costituzione repubblicana del 1948, si sia mai concretizzato, il diffuso rinvio, operato, soprattutto dalla giurisprudenza, alla formula della funzione economico-sociale del contratto per definire il requisito essenziale della causa è spesso apparso piuttosto formale[24], risultando comunque necessaria la verifica della corrispondenza alla reale volontà dei contraenti dello schema causale di volta in volta astrattamente individuato[25]. Il principale limite di quella rappresentazione della causa negoziale e del conseguente controllo da esercitarsi sulle manifestazioni dell'autonomia privata, d'altronde, è stato da più parti evidenziato nella sostanziale assimilazione tra il concetto di causa ed il concetto di tipo contrattuale[26], la quale, riducendo l'ambito operativo dell'autodeterminazione negoziale dei privati alla riproduzione degli schemi contrattuali nominati dal Codice Civile, ne comportava un'inammissibile compressione[27].

È dunque soprattutto per questa ragione che si è andata affermando una nozione di causa contrattuale sempre più definita alla luce dell'indagine circa i reali interessi perseguiti dalle parti, ovvero il tipo di scambio effettivamente voluto dalle parti[28]. Gli indirizzi dottrinari che a riguardo hanno avuto maggior seguito hanno continuato ad attribuire carattere essenzialmente oggettivo alle ricostruzioni proposte, rivendicando però la necessità di considerare la reale volontà dei contraenti, se non per rivalutare la rilevanza giuridica delle loro motivazioni meramente soggettive[29], quantomeno per individuare lo specifico assetto di interessi individuali di volta in volta esteriorizzato dalle parti quale effettiva giustificazione dello scambio negoziale concordato. È proprio alla rivalutazione della volontà individuale nella determinazione dei contenuti del requisito causale che ne è conseguita, tuttavia, che qualcuno[30] riconduce la responsabilità di una serie di equivoci che, si può ipotizzare, abbiano contribuito a rendere tutt'oggi poco chiaro, per un verso, il rapporto tra causa ed equilibrio contrattuale e, per altro verso e più in profondità, l'importanza del giudizio causale quale indispensabile garanzia della coerenza degli atti di auto-

---

[23] Cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, 1975, p. 97 ss.

[24] Cfr. Cass., 4 aprile 2003, n. 5324; Cass., 17 gennaio 2007, n. 987; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3646.Tra gli altri, esprimono tale opinione, U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 19 ss.; G. MARINI *La causa del contratto*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Utet, 2000, pp. 4-5.

[25] Cfr. Cass., 11 agosto 1980, n. 4921; Cass., 15 luglio 1993, n. 7844; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941. Puntuali in proposito le considerazioni V. ROPPO, *op. cit.*, p. 364.

[26] Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 246 ss.; R. SACCO, *op. cit.*, p. 579.

[27] Cfr. G. MARINI, *op. cit.*, p. 2.

[28] Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 245; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 452 ss.

[29] I motivi o gli scopi ulteriori perseguiti dalle parti contraenti sono considerati privi di rilevanza giuridica, se non nei casi espressamente indicati dalla legge, tra gli altri da V. ROPPO, *op. cit.*, p. 377 ss. Illustrando la concezione della causa come funzione economico-individuale del contratto, sottolinea che essa si distacchi sia "dalla funzione economico-sociale com'è offerta dalla lettura bettiana del codice attuale, sia dalla ricostruzione della dottrina precedente in termini di scopo soggettivo degli autori del negozio", G. MARINI, *op. cit.*, p. 3.

[30] Cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 137 ss.

nomia negoziale non tanto alla realizzazione di contingenti e non meglio predefinite finalità sociali, quanto alla riproduzione del modello di organizzazione dei rapporti sociali ed economici rappresentato dall'economia di mercato e dai principi di libertà ed eguaglianza individuale che dovrebbero sorregerlo [31].

3. – L'importanza di una ricostruzione della causa del contratto attenta alla corrispondenza e all'eventuale adeguamento tra lo schema causale astrattamente ricavabile dalla sintesi degli effetti del contratto ed gli interessi individuali che le parti hanno effettivamente programmato di soddisfare mediante l'accordo negoziale è oggi ampiamente condivisa sia in dottrina sia, come già visto, in giurisprudenza [32].

Non può disconoscersi, tuttavia, che la concentrazione sul dato costituito dalla reale volontà delle parti ha condotto ad accreditare spesso una sostanziale coincidenza tra la causa contrattuale ed il rapporto di corrispettività tra i sacrifici cui le parti si sono reciprocamente obbligate [33], sulla scia di una tradizione teorica che, alimentata anche dallo studio di alcuni ordinamenti stranieri [34], rifugge dalla rappresentazione del contratto quale strumento di realizzazione di una funzione economica che concili il profilo soggettivo dell'effettiva soddisfazione degli interessi individuali perseguiti dai contraenti con un profilo più marcatamente oggettivo, rivolto a cogliere le ricadute dell'atto di autonomia privata sul sistema della circolazione e della riproduzione della ricchezza [35]. D'altra parte e per alcuni versi paradossalmente [36], proprio il rilievo assegnato al

---

[31] Per la valorizzazione funzionale del giudizio causale quale ricerca di una qualche ragione utilitaria che attesti la coerenza dell'operazione economica dedotta in contratto alla logica mercantile, cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 143 ss. Ma vedi anche G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contratto e Impresa*, 2004, p. 552.

[32] Da ultimo, riconosce che "il giudizio sulla realizzabilità in concreto del programma negoziale non è altra cosa rispetto al giudizio virtuale sulla sua corrispondenza alla ragione utilitaria (…) l'uno si limita a trasporre nel concreto quel che l'altro ha apprezzato virtualmente", anche M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 170. In giurisprudenza, cfr. Cass., 14 settembre 2012, n. 15449; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490.

[33] Cfr. R. SACCO, *op. cit.*, p. 583 ss.

[34] A proposito delle diverse rappresentazioni offerte dalle tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law* a proposito del fondamento giustificativo del patto tra privati che l'ordinamento richiede di accertare per riconoscere rilevanza giuridica allo stesso patto, cfr. U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 17 ss.

[35] Tra i tanti contributi dello stesso Autore rilevanti sul punto si rinvia a G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 18 ss. Sintomatica in questo senso appare anche l'affermazione secondo la quale "La possibilità di ricorrere alla forma per dare corpo ad un patto privo di causa dimostra che il requisito causale non è imposto per la tutela di primarii interessi della collettività, come si pretende dalla letteratura italiana più propensa a schemi panpubblicistici". Cfr. R. SACCO, *op. cit.*, p. 591.

[36] Nelle riflessioni degli Autori che propugnano tale indirizzo interpretativo, infatti, proprio la nettezza della contrarietà a rilevare qualsivoglia forma di funzionalità del contratto alla realizzazione "in positivo" dell'utilità sociale, consente di escludere che l'accertamento della congruità dello scambio possa essere considerato oggetto del giudizio causale.

rapporto di corrispettività tra le prestazioni concordate[37], inteso quale indice privilegiato della volontà concretamente espressa dalle parti, ha progressivamente determinato la rivalutazione del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti mediante l'atto di autonomia privata *ex* art. 1322, 2° comma c.c., proprio con riferimento alle ipotesi di uno squilibrio tra prestazione e controprestazione[38]. Non a caso, ancora una volta a partire dalla considerazione delle esperienze giuridiche d'oltralpe, si sottolinea una crescente attenzione dottrinaria e giurisprudenziale per il tema della giustizia contrattuale[39], con particolare riferimento a tutte le ipotesi in cui sia rilevabile una diseguale distribuzione di potere negoziale tra le parti nella determinazione dei contenuti dell'accordo, riconoscendo in ciò i presupposti per l'individuazione di un rinnovato ambito di operatività del giudizio di meritevolezza, diverso da quello tipicamente assegnato all'accertamento dell'illiceità della causa[40].

Ebbene, proprio l'incerta delimitazione tra la causa quale ragione giustificativa dell'accordo e l'oggettiva apprezzabilità del "nudo patto"[41], da un lato e, dall'altro, la disinvolta connessione proposta da più parti tra il giudizio di meritevolezza degli interessi soggettivi che animano i contraenti e la congruità del rapporto di corrispettività tra prestazione e controprestazione sembrano all'origine della confusione che ancora oggi domina il dibattito sul requisito essenziale della causa contrattuale, soprattutto con riferimento ai profili oggetto di considerazione nella sentenza della Suprema Corte in commento.

Proprio l'approccio funzionale che si è scelto di adottare per svolgere queste brevi note sul rilievo normativo della causa del contratto può contribuire allora a fissare alcuni punti certi in materia. Può infatti rammentarsi a riguardo la diffusa opinione secondo la quale la decisa affermazione di una rappresentazione della causa contrattuale in termini oggettivi, certamente a partire dall'entrata in vigore del Codice Civile del 1942, sia servita innanzitutto, al di là dei condizionamenti di volta in volta derivanti dalle contingenze ideologiche, all'individuazione di uno

---

[37] La corrispettività si intende in questa sede quale rapporto tra prestazioni in virtù del quale "la prestazione di una parte trova remunerazione nella prestazione dell'altra". Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 488.

[38] Sebbene in modo piuttosto cauto, uno dei più autorevoli sostenitori della causa quale ragione concreta del contratto, accredita l'idea che, in virtù della diffusione del fenomeno della predisposizione unilaterale del regolamento negoziale nella contrattazione di massa, l'iniquità del suo contenuto possa essere oggetto di un giudizio di immeritevolezza degli interessi perseguiti mediante l'accordo e, per questo motivo, causa di invalidità del contratto. Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 460. Ugualmente sensibile alla rivalutazione della rilevanza giuridica da accordare al dato dell'adeguatezza del rapporto di corrispettività tra le prestazioni in relazione all'accertamento della causa in concreto si mostra V. ROPPO, *op. cit.*, pp. 386-387.

[39] Cfr. R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, cit., p. 322 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, 2008, p. 148 ss.

[40] Cfr. R. LANZILLO, *op. cit.*, p. 333; R. ROLLI, *op. cit.*, p. 151. Si propone come convinto assertore dell'autonomia del giudizio di meritevolezza degli interessi da realizzare mediante l'accordo dal giudizio di liceità del contratto, ma dissente dall'idea che il primo possa coincidere con la valutazione della congruità dello scambio, G. SICCHIERO, *op. ult. cit.*, p. 545 ss.

[41] In proposito, riflettendo sui limiti delle teorie che propugnano la centralità degli interessi concretamente perseguiti dalle parti nell'attività di ricostruzione della causa, manifesta l'impressione che "la logica simbolica del consenso" tenda a prevalere sulla logica mercantile, inaugurando "l'epoca del nudo patto", M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 194.

strumento normativo idoneo a garantire la coerenza degli atti di autonomia privata alla logica utilitaria che istituisce e rende possibile lo sviluppo dell'economia di mercato [42]. In considerazione di ciò, appare doveroso segnalare che il principio di autodeterminazione individuale, sul quale si fonda l'agire negoziale, trova nel mercato la sua principale sede di celebrazione ma anche, proprio attraverso lo strumento normativo della causa, la sua principale fonte di contenimento [43]. Dunque, per quanto meritorio sia il richiamo al rispetto della reale volontà negoziale dei contraenti e la conseguente ricerca, in relazione al profilo causale del contratto, della "ragione che concretamente giustifica il particolare contratto" [44], l'accentuato rilievo assegnato al solo dato volontaristico rischia di sortire un effetto sostanzialmente demolitorio rispetto alla delicata funzione normativa assolta dall'accertamento della causa dell'atto di autonomia privata [45].

In particolare, l'incondizionata esaltazione dell'intenzione soggettiva di chi ha manifestato il proprio consenso al vincolo contrattuale quale fondamento giustificativo del relativo patto [46], può condurre sia ad una sostanziale sterilizzazione dell'indagine circa l'oggettiva apprezzabilità delle utilità economiche scambiate, ove tale indagine si arresti alla semplice constatazione della previsione negoziale dei sacrifici cui le parti si siano rispettivamente obbligate; sia, alternativamente, ad un'acritica constatazione dell'assenza di causa nel caso di un esteriore difetto di reciprocità dei sacrifici accettati dalle parti. Alla luce della funzione normativa che si è ritenuto di dover attribuire al giudizio sulla causa del contratto, viceversa, dovrebbe essere chiaro che se il sinallagma contrattuale si configura come un indice fondamentale dello specifico scambio di utilità patrimonialmente apprezzabili programmato dalle parti, la sua considerazione, o alternativamente la sua assenza esteriore, non può esaurire l'attività di ricerca della causa del relativo patto [47], essendo possibile in un caso che i sacrifici formalmente assunti dalle parti siano privi di utilità economica oggettivamente apprezzabile [48] e, nell'altro caso, che il difetto esteriore di un

---

[42] Cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Iovene, 1973, p. 279 ss.; A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 2; M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 210 ss.; G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 552.

[43] Poiché non ogni espressione della signoria della volontà è necessariamente coerente ai corollari del mercato, "la causa sta a garantire che ad ogni *contrat* corrisponda un *commerce*". Cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 149.

[44] Così, V. ROPPO, *op. cit.*, p. 364.

[45] Non è un caso d'altronde se molti Autori abbiano riflettuto in ordine alla reale consistenza, oltre che alla pericolosità, dell'ipotesi di una "morte della causa negoziale". Cfr. U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Giappichelli, 2002, p. 241 ss.; G.B. FERRI, *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2002, p. 897 ss.; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 2003, cit., p. 989 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, cit., p. 85 ss.

[46] Il tema riveste particolare attualità anche perché è proprio questo l'indirizzo adottato dai redattori delle diverse proposte di uniformazione del diritto contrattuale europeo a proposito dell'individuazione normativa del fondamento giustificativo del singolo contratto. Sul punto si rinvia alle acute considerazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 97 ss.; E. NAVARRETTA, *op. cit.*, p. 991; U. BRECCIA, *op. ult. cit.*, p. 247 ss.

[47] Si è puntualmente osservato che la considerazione del "prezzo sproporzionato" piuttosto che riguardare la verifica della convenienza dello scambio, atterrebbe "alla verifica della reale iscrivibilità del contratto nel paradigma utilitario", cioè rileverebbe "sotto il distinto profilo dell'«opacità» del patto. Cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 392.

[48] Non a caso in ipotesi del genere la giurisprudenza ha constatato la nullità per mancanza di causa. Cfr. Cass., 9

rapporto di corrispettività tra le prestazioni dedotte in contratto celi un fondamento causale esterno rispetto alla stretta "economia" del relativo patto [49].

Quanto poi all'opinione incline a ricavare dallo squilibrato rapporto tra prestazione e controprestazione l'immeritevolezza di tutela degli interessi perseguiti mediante l'accordo e la conseguente nullità del contratto [50], le sintetiche considerazioni appena svolte dovrebbero fare intuire le ragioni per cui sia legittimo dubitare della correttezza di tale tipo di deduzione.

Lo stesso argomento utilizzato per escludere ogni automatica correlazione tra la rilevabilità o meno di un rapporto di corrispettività e la presenza o meno di una causa giuridicamente rilevante alla base del relativo contratto pare infatti sufficiente ad escludere ulteriormente che l'eventuale sproporzione tra le prestazioni cui le parti si siano reciprocamente obbligate denoti in sé il perseguimento di interessi non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Vero è, a questo proposito, che il giudizio sul fondamento causale dell'atto di autonomia privata non può considerarsi completato fintanto che non sia stata accertata la concreta realizzabilità dello scambio di utilità economiche cui le parti hanno dichiarato di acconsentire; e vero è anche che nel procedere a tale accertamento, l'interprete deve anche verificare che l'assetto di interessi negozialmente definito non contrasti con norme imperative, i principi dell'ordine pubblico e del buon costume, ovvero con i parametri della liceità fissati dal nostro ordinamento [51]. Ma tutto ciò non autorizza ad assimilare alcuna di tali specifiche verifiche con il sindacato del rapporto che le parti hanno deciso di istituire tra la misura dei sacrifici cui ciascuna si è obbligata a favore dell'altra. Diverso naturalmente è il caso in cui, come giustamente ricorda la Cassazione nella sentenza in commento, lo squilibrio nel rapporto di corrispettività tra le prestazioni sia stato provocato dalla ricorrenza di circostanze che impediscano una manifestazione libera e consapevole della volontà individuale. Ma, va subito e ulteriormente precisato che tali circostanze rilevano giuridicamente soltanto nei casi espressamente individuati dal legislatore e, per di più, ove esse si verifichino, la reazione che il Codice civile prevede possa essere azionata è quella della richiesta di annullamento o di rescissione del contratto, non certo quella della dichiarazione di nullità del contratto per assenza di causa [52].

---

gennaio 1999, n. 117; Cass., 19 ottobre 1998, n. 10332; Cass. 15 maggio 1996, n. 4503; Trib. Salerno, 13 dicembre 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1403.

[49] Frequente è in particolare l'accertamento di un fondamento causale del contratto esterno allo specifico regolamento in ragione della ricorrenza di un collegamento negoziale. Tra le più recenti, cfr. Cass., 3 luglio 2013, n. 16629; Cass. 25 novembre 2008, n. 28053.

[50] Cfr. Trib. Milano, 15 maggio 1978, pubblicata in G. DE NOVA, *Il contratto di leasing. Con 80 sentenze ed altri materiali*, Giuffrè, 1982, p. 67 ss.; Cass., 2 novembre 1998, n. 10926.

[51] Molti invero fanno coincidere tale tipo di verifica con il controllo circa la meritevolezza degli interessi oggetto del contratto. Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 247 e 253; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1979, p. 1 ss.; A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 2.

[52] Ancora una volta, per la lucidità con la quale si distingue la specifica funzione normativa della causa da quella degli istituti, primo tra tutti la rescissione, che reagiscono ad alcune ipotesi di alterazione delle condizioni in cui si manifesta il potere di autodeterminazione di una delle parti contrattuali, cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 400 ss.

D'altronde, l'idea che l'utilità soggettiva liberamente attribuita da ciascun contraente alle risorse dedotte nello scambio contrattuale possa essere oggetto di valutazione, pur se mossa dal nobile intento di tutelare la parte contraente in posizione di debolezza [53], desta non poche perplessità anche sul piano della legittimazione all'esercizio di tale sindacato e su quello del metodo da adottare a riguardo. Il tema, ben noto e cui in questa sede può dedicarsi solo un cenno conclusivo, è quello del rischio che ogni indagine rivolta a misurare la congruità dello scambio finisca per sottoporre l'esercizio dell'autonomia privata ad un controllo tanto invasivo quanto quello che, a lungo, si è temuto potesse derivare da una rappresentazione della causa quale requisito idoneo ad accertare la conformità dell'atto negoziale a finalità di utilità sociale di volta in volta definite dal potere politico; con l'aggravante, in questo caso, dell'attribuzione al potere giudiziario, notoriamente privo negli ordinamenti di *civil law* della legittimazione democratica riservata ai rappresentanti del potere politico, del compito di definire sia i presupposti materiali della rilevanza giuridica dello squilibrio negoziale, sia la misura oltre la quale gli interessi che lo sorregono andrebbero riconosciuti immeritevoli di tutela *ex* art. 1322, 2° comma, c.c. [54].

---

[53] Cfr. R. ROLLI, *op. cit.*, p. 151 ss.; V. ROPPO, *op. cit.*, p. 387.

[54] Riflettendo acutamente sul tema della giustizia degli scambi, osserva che "se la soluzione del problema è affidata per intero alle clausole generali della costituzione e del codice, il vero principio finisce con il coincidere con le regole fissate dai giudici: con la conseguenza di trarre dalla soluzione, pur giusta, di singoli conflitti massime generali la cui applicazione potrebbe risolversi proprio nella negazione del principio che si vuole affermare", U. BRECCIA, *Il contratto in generale*, III, cit., p. 199.

JUS CIVILE

SALVATORE MAZZAMUTO

Professore emerito di Diritto civile – Università Roma Tre

IL CONTRATTO: VERSO UNA NUOVA SISTEMATICA? *

L'autonomia privata suole essere definita come autonomia privata negoziale e come autonomia privata contrattuale. La prima – secondo l'opinione tradizionale – ha una maggiore ampiezza ricomprendendo l'intera gamma dei suoi atti di esercizio, i c.d. negozi giuridici, ossia le manifestazioni di volontà – ovvero più modernamente gli atti di auto-regolazione dei propri interessi – che si rivolgano al raggiungimento di uno scopo garantito dalla legge o comunque meritevole di tutela e che abbiano struttura unilaterale, bilaterale o addirittura plurilaterale e un contenuto patrimoniale o non patrimoniale. La seconda – sempre secondo l'opinione tradizionale – è una specificazione della prima e si realizza soltanto per il tramite dello strumento del contratto che il codice civile definisce come l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.) e che rappresenta l'istituto fondamentale ed insopprimibile di una economia di libero mercato basata sulla produzione e sullo scambio di beni.

La volontà è stata a lungo ritenuta il fulcro della privata autonomia – che non a caso ancora si denomina in Francia *autonomie de la volonté* e in Spagna *autonomia de la voluntad* – in quanto espressione della fiducia illuministica e giusnaturalistica nell'uomo e nelle sue capacità di governo dell'esistente: il concetto di volontà è stato poi soppiantato dal concetto di libertà, il quale si estende al contenuto ed agli effetti dell'atto di autonomia, che in linea di principio non possono rimanere del tutto soverchiati dalle fonti eteronome di integrazione del negozio.

Dopo anni di tentativi, circoscritti all'ambito culturale italiano, di rimozione [1] e di speculare mantenimento [2] del negozio giuridico [3], il diritto europeo in formazione, contro ogni aspettativa, sembra volerne rilanciare oggi la categoria in modo netto: l'art. II-1:101 DCFR adotta la figura del *juridical act* che ricalca perfettamente il negozio giuridico della tradizione ed addirittura se ne serve per definire la nozione di contratto [4].

---

* Relazione tenuta al Convegno in onore di Vincenzo Scalisi su "Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione», Università di Messina, 27-28 maggio 2016.

[1] F. Galgano, *Il negozio giuridico*, Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni (Milano 1988), 1-33, ma già Id., *Negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXVII (Milano 1977), 935 s.

[2] G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*[2] (Padova 2004), *passim*, in part. 1-12; ma anche Id., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in questa *Rivista*, 2009, 329 s.; Id., *Equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2008, 171 s.; Id., *Negozio giuridico*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 61 s.

[3] Sul dibattito di cui nel testo v. S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*[2] (Torino 2015), 75 s.

[4] S. Mazzamuto, *L'autonomia negoziale e le situazioni giuridiche soggettive*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale del diritto privato*, Torino, 2016, 41 s.

Al riguardo conviene sin d'ora svolgere i seguenti rilievi: il rilancio del negozio giuridico ben si giustifica con l'espansione della tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali al cui cospetto la volontà mantiene un'importanza maggiore [5] (v. il consenso informato nel rapporto medico-paziente o il consenso al trattamento dei dati personali ecc.) mentre per ciò che concerne il contratto grazie alla procedimentalizzazione dell'affare viene in evidenza, più dell'atto in sé – che peraltro si protende non solo nel *common law* verso l'atto unilaterale – l'attività ed il rapporto contrattuale nonché la costellazione di rimedi.

Nell'attuale panorama giuridico e culturale, a dispetto dell'apparente centralità normativa del contratto, il negozio giuridico mostra per alcuni osservatori una inaspettata vitalità in connessione con l'emergere di interessi che non si prestano ad essere realizzati mediante il contratto o a causa della loro intrinseca natura o delle particolari vicende che li riguardano (si pensi al trasferimento *mortis causa* o alla destinazione di una massa patrimoniale a uno specifico scopo: art. 2645-*ter* c.c.). Il negozio presidia, dunque, un ampio territorio: quello della realizzazione degli interessi individuali e collettivi al di fuori dei dispositivi dello scambio di beni e di servizi. Il tipo di operazione sociale che il negozio realizza è quello descritto in maniera estremamente efficace da Enzo Scalisi, in uno splendido saggio della fine degli anni '90 dedicato proprio al tema dell'attualità della categoria del *Rechtsgeschäft*, come «la complessiva operazione risultante dalla confluenza di tre distinti ma concorrenti elementi: un interesse a rilevanza inattuosa, un programma pratico di azioni dirette alla sua realizzazione, una situazione finale rappresentata da corrispondenti effetti intesi a procurare l'attuazione giuridica dell'interesse» [6].

Le più recenti epifanie del contratto si caratterizzano per: il ridimensionamento della possibilità di entrambe le parti di incidere sulla struttura giuridica dell'operazione economica; la conseguente perdita di centralità della volontà come categoria pre-giuridica ordinante del contratto a favore della categoria della scelta razionale, se libera e consapevole; la connessa riconsiderazione del contratto da parte dell'ordinamento secondo una veduta che privilegia la dimensione dell'attività, specie sotto il profilo della procedimentalizzazione dell'esercizio dell'autonomia privata e della valutazione di tali atti di esercizio posti in essere dal professionista; la possibilità di conformare il contenuto del contratto mediante l'intervento giudiziale fondato sui rimedi invalidatori; una più corposa eterointegrazione del contratto mediante disposizioni analitiche di legge e non soltanto tramite la clausola generale di buona fede; il ricorso a rimedi che mirano al recupero dell'effetto utile per il consumatore e che, per questa ragione, si possono indicare come rimedi in natura.

Una precisazione: il tentativo di razionalizzazione appena abbozzato non consegue a un processo evolutivo della figura del contratto lineare, armonico, progressivo, incontrastato. Lo ha sottolineato con particolare enfasi Enzo Roppo e l'osservazione è corretta [7]. Banditi, dunque,

---

[5] C. Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 87 s.

[6] V. Scalisi, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 535 s.

[7] V. Roppo, *Sul diritto privato dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Europa dir. priv.*, 2004, 439 s. ora in Id., *Il contratto del duemila*[3], Torino, 2011, 35 s.

irenismo e apologia, va riconosciuto che il diritto privato europeo del contratto procede a strappi, acceso da momenti di grande entusiasmo, nel corso dei quali si vagheggia come prossimo l'obiettivo del codice civile europeo comune, cui seguono momenti di profondo scetticismo; e si svolge non senza contrasti, resistenze, ripensamenti, di cui puntuale traccia si trova nella legislazione e nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Ebbene, il contratto, insieme alla disciplina della concorrenza, diviene il luogo elettivo del perseguimento degli obiettivi di politica economica e del diritto da parte del legislatore europeo – e con meno frequenza di quello nazionale – ed in tale guisa si presenta come una figura sempre più connotata all'insegna di obiettivi particolari, perde significativi gradi di generalità e di astrattezza, e soprattutto diviene lo strumento di esplicazione di una forma di libertà individuale meno ampia e corposa qual è la libera scelta tra offerte predefinite dal proponente. Eppertanto il negozio giuridico si afferma ancora una volta – esattamente come è già accaduto nel corso dell'800, anche se in un contesto notevolmente diverso e meno complesso – come uno strumento intimamente connesso alla centralità della persona e all'esaltazione della libertà individuale. È – come sempre Scalisi chiarisce – nello spazio tra l'interesse e la sua realizzazione che il negozio giuridico si colloca, esplicando la propria funzione assiologica e pratica [8]. E oggi, più e meglio del contratto, il negozio giuridico incarna i principi dell'eguaglianza formale dell'individuo dinanzi alla legge e la libertà di regolare da sé le vicende dalle quali dipende il soddisfacimento dei propri interessi.

È sempre più difficile, dunque, postulare un rapporto di genere a specie tra autonomia negoziale e autonomia contrattuale: il genere sembra essere ormai l'autonomia privata *tout court* e le specie l'autonomia della volontà (volontà dell'atto ma non degli effetti: gli atti giuridici in senso stretto ma anche molti negozi familiari); l'autonomia negoziale (volontà dell'atto e degli effetti); l'autonomia contrattuale che tende ad inglobare anche gli atti unilaterali a contenuto patrimoniale (deperimento della volontà, procedimentalizzazione dell'atto, rilevanza dell'attività, integrazione crescente degli effetti da parte di fonte esterne).

Il quesito cui occorre rispondere è il seguente: è possibile ricostruire una sistematica unitaria del contratto ovvero si deve prendere atto della compresenza di più sottosistemi?

Cominciamo dal paradigma del contratto del consumatore che si contraddistingue per lo squilibrio di potere contrattuale delle parti, legato non tanto alle condizioni economiche dell'una rispetto all'altra, quanto piuttosto all'asimmetria informativa che consente al detentore delle informazioni di preventivare costi e rischi dell'operazione economica così da trarre dal contratto il massimo delle utilità a discapito di controparte, la quale, a sua volta, rischia di non compiere scelte negoziali consapevoli. Il contratto rispecchia, pertanto, la diseguaglianza del potere delle parti di determinarne contenuti e modalità, oltre che prefigurare scenari in sede esecutiva, e ciò non si riallaccia ad una situazione di patologia sociale – com'è quella che, nella disciplina generale del contratto, dà adito alla rescissione o a talune cause di annullamento – ma consegue tutto all'opposto ad una situazione di fisiologia sociale ed è assunto come un elemento dato, di cui,

[8] Scalisi, *ibidem*.

non potendone estirpare le radici, si tenta la correzione degli effetti una volta consacrati nel regolamento contrattuale.

La categoria del contratto del consumatore si impernia sulla contrapposizione di due classi di soggetti distinte per capacità di incidere sulla predisposizione del regolamento contrattuale e sulla successiva esecuzione del rapporto: il professionista ed il consumatore.

Il ripudio della concezione del consumatore come appartenente ad una specifica classe sociale ha suggerito l'abbandono delle letture più spiccatamente soggettivistiche per approdare invece ad una concezione oggettivistica orientata al sindacato in concreto dello scopo finale perseguito dalla controparte del professionista: ne è venuta una rivisitazione della normativa sul contratto del consumatore come disciplina dell'atto di consumo a prescindere dalla formale qualificazione soggettiva dei contraenti. Il dibattito sorto intorno alla nozione di consumatore ha anzi chiarito, pur tra notevoli contrasti, che determinanti a tal fine sono l'interesse concreto in vista del quale il contratto è concluso e la condizione di assenza di forza contrattuale, sicché è legittimo considerare consumatore anche l'imprenditore individuale o il professionista mosso, nella stipulazione del contratto, dall'esigenza di appagare un bisogno di consumo.

La *ratio* della normativa consumeristica per quanto riguarda la disparità di forza contrattuale sembra consistere nella predisposizione di regole di riequilibrio del contratto ancorate ad una *presunzione astratta di disparità di potere contrattuale* che si ricava dal fatto oggettivo del compimento di un atto di consumo e prescinde, dunque, dalle qualità soggettive dell'autore: ciò esonera da una valutazione in concreto della sussistenza del divario di potere contrattuale per ritenere integrata la qualificazione di consumatore. Questo passaggio è importante perché, invece, l'impresa debole non è identificata di norma sulla base di una valutazione astratta ma piuttosto attraverso una verifica in concreto della situazione di dipendenza economica.

I diversi sistemi giuridici sogliono poggiare su di una teoria dell'agente e forse non si è riflettuto a sufficienza sul paradigma antropologico fatto proprio dal diritto contrattuale europeo. Il codice civile, per lo meno nella disciplina generale delle obbligazioni e del contratto, presuppone la parità formale delle parti e adotta il modello dell'uomo di medie capacità, rappresentato dalla figura, tanto romantica quanto anacronistica, del buon padre di famiglia. Si tratta di un paradigma antropologico disegnato sulle capacità realizzative dell'individuo e, dunque, orientato all'attuazione dell'obbligazione e all'esecuzione del contratto. In altri termini, il codice civile ricorre alla potente semplificazione collegata all'adozione di un agente-modello e lo fa sul terreno dell'individuazione dei criteri di determinazione dell'adempimento e, per contrapposizione, di determinazione dell'inadempimento, lasciando invece alla valutazione in concreto l'accertamento della validità e dell'efficacia della scelta negoziale. Tutt'al contrario, il diritto contrattuale europeo adotta il paradigma antropologico del massimizzatore intenzionale del proprio utile, ossia del c.d. agente razionale, e in questo caso il modello di attore è disegnato sui processi decisionali e, dunque, orientato al momento della scelta negoziale.

La semplificazione collegata all'adozione del paradigma dell'agente razionale consiste nell'assunzione che, ove siano garantite le condizioni per operare una scelta consapevole e libera

da condizionamenti, essa è per definizione razionale e, quindi, tale da assicurare l'utile individuale e il corretto funzionamento del mercato tramite la più adeguata selezione del panorama dell'offerta. La conseguenza sul piano della disciplina del contratto consiste nella sostanziale marginalità riservata al rimedio dell'annullamento che, pur servendosi anch'esso di qualche generalizzazione come la riconoscibilità dell'errore, istituisce comunque un giudizio individualizzato e, dunque, in concreto, che tiene conto anche delle capacità cognitive, rielaborative, culturali, esperienziali del singolo contraente, di cui va vagliata la scelta. Il diritto contrattuale europeo – per lo meno allo stato attuale – sembra prediligere la nullità, ancorché di protezione, la quale è quanto meno sul piano dei presupposti del tutto sganciata da una valutazione individualizzata. Un tale valutazione ritorna, tuttavia, prepotentemente in sede di irrogazione del misura grazie al vincolo dell'interesse del consumatore.

L'elemento di novità di maggiore portata sistematica e concettuale è rappresentato, dunque, non tanto dal copioso ricorso del legislatore agli obblighi di informazione – giacché le strategie informative sono ben note ai diritti nazionali anche se, per lo meno in Germania e Italia, affidate per lo più all'integrazione *ex fide bona* [9] – né dalla previsione di contenuti contrattuali imposti – giacché l'eterointegrazione del contenuto del contratto, in misura più o meno marcata a seconda delle stagioni, caratterizza da tempo i diritti nazionali continentali – quanto piuttosto dall'impiego delle invalidità, e in particolare della nullità, in funzione di rimodulazione per via giudiziale del contenuto del contratto affetto da uno squilibrio di diritti e di obblighi estorto o carpito dal professionista tramite l'abuso della propria predominanza.

Al tema Scalisi ha dedicato alcuni degli studi più significativi apparsi in Italia e in essi ha evidenziato la funzione conformativa di questa particolare variante della nullità indicata come nullità di protezione [10]. Le questioni collegate sono enormi e investono alcuni dei fronti più significativi del diritto civile della contemporaneità: la riformulazione del paradigma positivistico a seguito del rinnovamento del quadro delle fonti, se non addirittura, secondo alcuni, del suo superamento [11]; il ruolo della giurisprudenza; la commistione tra regole di fattispecie e regole di comportamento; l'obiettivo, non solo politico ma addirittura giuridico, del conseguimento, se non proprio dell'equilibrio del contenuto delle singole negoziazioni, per lo meno di una misura accettabile di squilibrio: tema meglio noto come il problema della giustizia contrattuale; il bilanciamento tra autonomia ed eteronomia; il ruolo e la portata dei poteri officiosi del giudice.

La sensazione che personalmente ho tratto dopo i lunghi anni di studio dedicati al diritto privato europeo è che la riflessione scientifica sia corsa molto più in avanti rispetto alle posizioni istituzionali dell'Unione europea. Il diritto europeo posto dal legislatore e dalla Corte di Giustizia a me pare improntato a una rigida ortodossia positivistica di stampo legalistico: il diritto le-

---

[9] Sul punto cfr. F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 147 s.

[10] V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, *passim*, in part. 167 s.

[11] N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 3 s.

gislativo si presenta analitico oltre ogni misura in passato immaginabile e le clausole generali, pur adoperate nella legislazione, sono allo stato poco sfruttate perché esautorate dalle capillari previsioni analitiche (le famigerate elencazioni); mentre il diritto giurisprudenziale si mostra assai aderente al dato testuale, quasi esegetico, piuttosto che animato dalla creatività anche anti-letterale che, per lo meno in Italia, sta ispirando la giurisprudenza nazionale degli ultimi decenni [12].

La nuova categoria del contratto del consumatore comporta l'adozione di una prospettiva articolata che rinuncia programmaticamente a una teoria unitaria e monolitica del contratto in generale e distingue – quanto meno con riguardo alla formazione, alle clausole, all'interpretazione e all'esecuzione del contratto – il trattamento giuridico del contratto a seconda dei criteri e degli ambiti di applicazione del diritto di fonte comunitaria [13]. La prospettiva tradizionale è abbandonata e si inaugura un nuovo corso, specie nell'ordinamento italiano: prima dell'unificazione ad opera del codice civile del 1942 vigeva accanto al codice civile del 1865 il codice di commercio del 1882, con una separata disciplina dei contratti di commercio e, più in generale, dei contratti di impresa (discendenti dagli atti di commercio) in cui si consacravano privilegi a favore della parte economicamente e contrattualmente più forte. Dopo l'unificazione del 1942, molte regole del codice di commercio sono confluite nel codice unificato, dando luogo alla c.d. commercializzazione del diritto privato. Si sono introdotte nel codice civile regole sui contratti per adesione e sulle clausole vessatorie in essi contenute (artt. 1341, 1342, 1370 c.c.), le quali tuttavia non distinguono lo *status* delle parti, ma si limitano a considerare chi abbia predisposto il testo o chi ne abbia subito la predisposizione da parte di terzi. L'oggi, accanto a quelle regole, che sono tuttora vigenti, annovera nuove regole come quelle che individuano le clausole c.d. «abusive» con criteri diversi dal codice civile e vi applicano una diversa disciplina.

Non può essere trascurato il movimento in atto in Europa che si ripropone di sollecitare una riflessione sul contratto tra consumatore e professionista volta alla sua assunzione a paradigma di un nuovo modello contrattuale assai divergente dal contratto di diritto comune. Il tratto principale del nuovo modello si ravvisa nell'attribuzione al giudice di un potere di controllo sull'equilibrio dell'accordo che va ben al di là delle tradizionali ipotesi codicistiche, connotate invece dallo stato di *patologia* congiunturale in cui viene concluso il negozio (si pensi, ad esempio, alla rescissione, rispetto alla quale in letteratura si parla di disparità microeconomica ossia di carattere episodico e non strutturale, contrapponendola alla disparità macroeconomica ossia conseguente alla conformazione del mercato che invece sta alla base del contratto tra consumatore e professionista); ed a tale potere di controllo si affiancano il proliferare dei recessi di pentimento, la previsione di nullità c.d. di protezione, la reviviscenza dei vincoli di forma e di contenuto, la commistione tra regole di validità e regole di comportamento.

---

[12] Per un'acuta analisi della doppia anima che caratterizza il c.d. diritto privato europeo cfr. C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 227 s.

[13] Esempio riuscito della adozione di questa prospettiva, adeguatamente supportata sul piano metodologico, è il recente volume di R. Alessi, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015.

Un così ricco complesso di regole tanto eccentriche rispetto al diritto comune si ritiene ispirato all'esigenza di porre rimedio alla fisiologica condizione di disparità economica e di potere contrattuale tra le parti, secondo un modello per l'innanzi incarnato dal solo contratto di lavoro subordinato. Questo particolare stato di *fisiologia* sociale, in effetti, non è esclusivo dei soli contratti tra consumatore e professionista, ma è anzi comune a contratti privi di una siffatta caratterizzazione socio-economica delle parti, quali ad es. – per limitarci all'esperienza italiana – il contratto di subfornitura (l. n. 192/1998), la disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. n. 231/2002) ed il contratto di affiliazione commerciale (l. n. 129/2004): non a caso, proprio a partire da tali ultime novità normative un'altra dottrina, come vedremo, vuole edificare la categoria del c.d. terzo contratto, di un contratto cioè dell'impresa debole, che andrebbe ad affiancarsi al contratto di diritto comune ed al contratto del consumatore.

Come si diceva, tutto ciò spinge a proporre per un verso un nuovo paradigma generale di contratto che andrebbe ad affiancarsi al contratto di diritto comune: un paradigma definito come «contratto con asimmetria di potere contrattuale» per meglio evidenziarne il nucleo costituito dalla condizione intrinseca di debolezza di una parte rispetto all'altra [14]. La tendenza della dottrina e della giurisprudenza europee ad allargare le maglie della nozione di consumatore appare, del resto, strumentale all'approdo di un modello generale di contratto: il fine perseguito da tale tendenza, infatti, è quello di porre i presupposti per proiettare il contratto del consumatore nella dimensione di un rinnovato diritto comune mediante l'estensione della normativa di protezione a soggetti, magari non istituzionalmente deboli ed in balia dell'aggressività commerciale di imprese e di professionisti, ma non per questo meno vulnerabili dinanzi ai rischi della contrattazione standardizzata e dell'assenza di un'adeguata informazione, quali ad es. gli enti senza di scopo di lucro o anche il professionista impegnato a procurarsi un bene o un servizio per finalità miste.

Come s'è già anticipato, il paradigma del contratto del consumatore poggia, tuttavia, sulla presunzione *astratta* che il compimento di un atto di consumo sottenda una disparità di forza contrattuale e, dunque, giustifichi interventi normativi di stampo correttivo e ciò lo rende strutturalmente inadatto a candidarsi a nucleo di una nuova disciplina generale del contratto poiché il diritto comune per sua natura deve risultare applicabile a qualsiasi contraente ed in ogni contesto, mentre le norme a tutela del consumatore presuppongono una specifica situazione di fatto rappresentata dal rapporto negoziale *unilateralmente predisposto* tra soggetti individuati sulla

---

[14] V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 s. e S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 639 s.; Id., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 s.; Id., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, ivi, 2010, 19 ss.; Id., Behavioural Law and Economics*, regolazione del mercato e sistema dei contratti*, ivi, 2013, 167 s.; Id., *Ancora sul contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito con qualche elemento di novità*, G. Alpa-V. Roppo (a cura di), *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, 178 s.

base del diverso potere di incidere sul contratto, non soltanto in sede di conclusione ma anche in sede di esecuzione [15].

Né varrebbe obiettare che la negazione di uno *status* sociale di consumatore conferisce alla normativa consumeristica la vocazione di diritto generale dal momento che chiunque può vestire i panni del consumatore. E infatti è sufficiente rilevare che il legislatore comunitario ha prescelto una tecnica normativa che, col dedurre dalla posizione di consumatore la condizione di debolezza contrattuale, ha rinunziato proprio al carattere della generalità scegliendo come fattore di agglutinamento non direttamente la situazione di squilibrio dei diritti e degli obblighi ma una particolare tipologia di atti negoziali, per l'appunto gli atti di consumo, e in tal modo ha connotato in maniera troppo specifica sul piano soggettivo le vicende del traffico che procede a disciplinare.

Lo schema che si sarebbe dovuto adottare, allora, è quello delle tradizionali clausole vessatorie di cui all'art. 1341 c.c. o della rescissione per stato di pericolo di cui all'art. 1447 c.c. e per stato di bisogno di cui all'art. 1448 c.c. od ancora del *gap* informativo di qualsivoglia parte per via di incapacità e di errore violenza o dolo quali cause di annullamento del contratto, di cui agli artt. 1425 ss. c.c. È questa la via prescelta dai Principi di Diritto Europeo dei Contrattti (PDEC), che tendenzialmente ripudiano il criterio selettivo del riferimento ad una tipologia di atti negoziali, individuati tramite la figura di un soggetto, ora il consumatore ora il cliente, tipizzato come parte debole, accogliendo quello del significativo squilibrio nei diritti e nelle obbligazioni frutto di una condotta contraria a buona fede e correttezza (art. 4:110); ed introducono, inoltre, la fattispecie dell'ingiusto profitto e del vantaggio iniquo di una parte a danno dell'altra, nella quale assume rilievo la situazione di dipendenza o di bisogno della parte svantaggiata di cui la parte avvantaggiata è a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza (art. 4:109). I PDEC recepiscono, nel modo più corretto, l'istanza diffusa dell'elaborazione di un modello generale di contratto con asimmetria di potere contrattuale che, nell'ordinamento italiano, si avvale dell'estensione analogica della normativa sul contratto del consumatore anche ai rapporti tra imprese connotati da disparità di potere contrattuale: l'estensione è giustificata da affinità di fatto e dall'equivalenza dei bisogni di tutela sottostanti sia alla disciplina delle clausole abusive sia alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti di subfornitura tra imprese, giacché in entrambi i casi la protezione trae spunto da un significativo o, rispettivamente, eccessivo squilibrio e si traduce nel medesimo effetto invalidatorio. Se di analogia si tratta, è di *analogia legis* che si discorre e, dunque, non è legittimo compiere l'ulteriore passo dell'affermazione di un principio generale di giustizia contrattuale che finirebbe fatalmente per tradursi nell'imposizione incontrollata di limiti all'autonomia privata la cui specificazione viene rimessa all'opera di concretizzazione del giudice.

La discussione sui possibili scenari del diritto contrattuale europeo e sull'elaborazione di nuove regole generali destinate a comporre un rinnovato paradigma di contratto nel quale acqui-

[15] Sul punto cfr. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 157 s.

sti piena rilevanza la condizione di squilibrio di potere tra le parti ha trovato alimento non solo nel diritto di fonte comunitaria, ma anche nelle codificazioni private o fonti scientifiche che dir si voglia: Principi Unidroit e PDEC. Il dibattito si è acceso in Italia soprattutto sulla funzione da assegnare alla clausola generale di buona fede-correttezza, cui i due testi fanno ampio ricorso e, di conseguenza, sulla natura dei rapporti tra autonomia privata, legge e giurisprudenza.

L'introduzione, ad opera del d.lgs. n. 79/2011, della figura del «turista» potrebbe fornire un sostegno insperato al battesimo del c.d. contratto asimmetrico. All'art. 33 (allegato 1, che introduce il codice del turismo) il turista viene infatti indicato come «l'acquirente, il cessionario di un pacchetto turistico o qualunque persona anche da nominare, purché soddisfi tutte le condizioni richieste per la fruizione del servizio, per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare senza remunerazione un pacchetto turistico». Rispetto alla vecchia formulazione dell'art. 82 del codice del consumo è significativo l'abbandono del termine di consumatore in favore di quello di turista in quanto mette in risalto talune differenze: l'irrilevanza della qualità di persona fisica e del requisito della finalità di acquisto per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta. Ed invero, venuto meno il vestimento di consumatore, risulta più difficile negare che l'acquirente di un pacchetto turistico, il quale può anche essere un ente organizzato e acquistare per scopi professionali o imprenditoriali, sia riconducibile ad una diversa categoria, più ampia, di soggetto debole.

Al consumatore, dunque, sembra sostituirsi la nuova figura del turista-cliente quale epifania del cliente *tout court* attorno a cui una parte della dottrina ricostruisce la macrocategoria del contratto asimmetrico. Il contratto del turismo organizzato potrebbe in altri termini elevarsi – ma non mancano di certo significative controindicazioni di carattere generale – a paradigma di quel rapporto contrattuale che si sviluppa tra un fornitore e un destinatario di un bene o di un servizio (il cliente) nel quale il destinatario della prestazione viene tutelato quale parte debole in quanto sostanzialmente estraneo alla prestazione, indipendentemente dalla qualificazione soggettiva (persona fisica/persona giuridica) e dalle ragioni che giustificano la sua presenza sul mercato.

A sua volta e malgrado le apparenze non costituisce per nulla un appiglio utile per la sorte del contratto asimmetrico la recente estensione della tutela consumeristica, senza distinguere tra scopo di consumo e non, ai clienti di forniture di acqua, gas, elettricità e teleriscaldamento effettuate da operatori anche pubblici su base contrattuale. La norma in discorso, infatti, si ispira ad una filosofia – quella comune all'art. 2597 c.c. della tutela del cliente, qualsivoglia ne sia il profilo soggettivo, avverso il monopolio pubblico o privato – che ha tratto al modello del mercato sospeso e non al modello del mercato concorrenziale nel cui seno si è affermato il contratto del consumatore e solamente può trovare ospitalità il contratto asimmetrico.

Un'ulteriore ma dubbia sponda alla teoria del contratto asimmetrico è offerta, infine, dalla proposta di Regolamento del diritto comune della vendita transfrontaliera, il cui ambito di applicazione, tracciato dall'art. 7, co. 1, travalica i rapporti tra consumatori e professionisti estendendosi anche ai contratti tra imprese di cui almeno una sia da annoverare tra quelle medio-

piccole. L'art. 7, co. 2, fissa le linee per stabilire il carattere di piccola o media impresa, prospettando due requisiti concorrenti: uno dimensionale ossia che l'impresa dia impiego a meno di 250 lavoratori; ed uno economico-patrimoniale ossia che l'impresa abbia un volume d'affari inferiore a cinquanta milioni di euro ed un bilancio consuntivo annuale non superiore ai quarantatré milioni di euro.

La soluzione proposta lascia in realtà un po' perplessi perché l'impresa debole non sembra riconducibile ad una figura astratta e predeterminata, come invece accade per il consumatore, nei cui confronti peraltro sono emerse ugualmente esigenze seppure marginali di diversificazione del trattamento giuridico (vedi il caso del consumatore c.d. esperto). L'indiscutibile debolezza di talune imprese rispetto alle altre con le quali finiscono per concludere contratti non si presta ad una schematizzazione tramite la tecnica della fattispecie analitica, preordinata a delineare in termini generali e astratti l'impresa strutturalmente debole; ma, tutt'al contrario, va concepita come l'esito di un apprezzamento in concreto, per lo più incentrato sui riflessi che tale debolezza proietta sul regolamento contrattuale, determinandone l'eccessivo squilibrio, oppure anche sull'attività precontrattuale, specie in sede di rinnovazione o di rinegoziazione dei termini del contratto.

L'apertura alla figura del contratto asimmetrico che la proposta di Regolamento sembra compiere è però più apparente che reale perché non si assiste ad un piena e compiuta estensione ai contratti tra imprese, di cui almeno una medio-piccola, della disciplina dei contratti del consumatore, come invece predica la teoria del contratto asimmetrico. E infatti, su diverse e centrali questioni, la proposta di Regolamento diversifica i presupposti e le disposizioni applicabili nel caso in cui il contratto metta in rapporto due imprese.

Viene da chiedersi allora che cosa della teoria del contratto asimmetrico è accolto dalla proposta di Regolamento. Senza dubbio l'idea di fondo che anche nel contratto tra imprese si lascino scorgere problemi di disparità tra le parti e di conseguente squilibrio del regolamento negoziale tali da imporre la predisposizione di rimedi volti a riequilibrare il rapporto. Tuttavia l'accoglimento di questo assunto non si spinge fino a ritenere che il ventaglio di problemi sia il medesimo del contratto del consumatore, ed anzi l'approdo consiste proprio nella conclusione opposta: il riconoscimento della specificità dell'asimmetria contrattuale tra le imprese. E ciò apre il campo alla diversa prospettiva del contratto dell'impresa «debole».

Un cenno merita, infine la questione del c.d. «terzo contratto» [16]. La rottura del paradigma contrattuale unico si deve alla legislazione a tutela del consumatore, ma si è ora consolidata in ragione delle novità normative di matrice europea a tutela dell'impresa «debole». Si pensi

---

[16] Cfr. R. Pardolesi, *Prefazione* a G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, XIII-XIV; A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 529 s.; E. Minervini, *Il terzo contratto*, Contratti, 2009, 493 s.; Per una valutazione complessiva cfr. G. Amadio, *Lezioni di diritto civile*[2], Torino, 2016, 139 s.; *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di G. Gitti-G. Villa, Bologna, 2008, *passim*.

all'abuso di dipendenza economica o alla possibilità offerta al giudice di riconduzione ad equità del contratto nell'ipotesi in cui l'impresa creditrice subisca clausole relative ai tempi di pagamento particolarmente inique.

Infine, deve ricordarsi come la legge impone una durata «sufficiente» del contratto di *franchising* a garantire l'ammortamento degli investimenti sostenuti da chi si inserisca in una rete di distribuzione commerciale: nonostante il silenzio del legislatore, tale prescrizione ha fatto ritenere la nullità dell'accordo che preveda una durata non sufficiente.

Ciò su cui allora attualmente può riflettersi è in che modo il giurista europeo possa o debba procedere ad un riordino della nuova costellazione di segmenti normativi in ambito contrattuale.

In questo senso, si possono già intravvedere e delineare due diversi modelli: uno di tipo tedesco che mira ad una sistemazione caratterizzata dall'incorporazione nel codice civile delle novità provenienti dai diritti di settore; l'altro di stampo francese ed italiano, propenso invece ad affiancare al codice civile (ed al suo contratto) un codice del consumo (e dunque un contratto del consumatore). Si tratta allora di capire se la frammentaria disciplina di derivazione europea del contratto d'impresa possa candidarsi a paradigma di un «terzo contratto», il contratto dell'impresa debole, che si affiancherebbe al tradizionale contratto liberale del codice civile ed al contratto del consumatore.

Andando oltre, riteniamo possibile registrare nella riflessione dottrinale dell'ultimo decennio due opzioni di fondo. Per un verso, come abbiamo anticipato, un tentativo di agglutinamento delle novità normative di matrice europea in un'unica macrocategoria, quella del contratto con asimmetria di potere contrattuale: qui il contraente debole è il consumatore, ma anche l'impresa.

Per altro verso, la tendenza ad edificare un paradigma autonomo del contratto dell'impresa debole. Quest'ultimo, secondo la teorica del «terzo contratto», non condividerebbe con il contratto del consumatore in primo luogo le *modalità* della contrattazione, poiché la «debolezza» dell'impresa non presuppone l'eterodeterminazione del regolamento contrattuale. Tale «debolezza», inoltre, implicherebbe un'asimmetria anche solo *potenziale* se si guarda ad esempio alla circostanza che, nell'abuso di dipendenza economica, l'impresa forte non deve aver determinato uno squilibrio normativo, ma «deve *essere in grado*» di determinarlo. Ancora, malgrado vi sia una tendenziale convergenza verso una *ratio* di tutela del mercato concorrenziale, la disciplina consumeristica «prescinde dall'effettiva esistenza di un vantaggio anticompetitivo»: a ben vedere infatti l'apparato rimediale da essa approntato è indifferente alla circostanza che in concreto nessuno si avvantaggi perché *tutti* gli imprenditori utilizzano una certa clausola abusiva (la quale sarà pertanto egualmente nulla); né può dirsi che i rimedi a tutela del consumatore operino soltanto in presenza di un'alterazione *significativa* del mercato, come accade invece rispetto all'impresa debole. Per contro, il contratto «terzo» del contraente imprenditore debole conoscerebbe un controllo dell'equilibrio (anche) *economico* dello scambio, quando invece è noto che il contratto del consumatore è sindacabile solo in punto di equilibrio tra diritti ed obblighi, cioè di equilibrio «normativo». Infine, la disciplina a tutela dell'impresa debole non può che risentire della *relazione* tra gli attori del mercato, per cui in essa il contratto è soltanto uno dei momenti di tale relazione.

Il terzo contratto – se vogliamo riepilogare – designa il contratto tra imprenditori con disparità di potere contrattuale collegata per lo più alla situazione di dipendenza economica di una parte rispetto all'altra, il che pertanto ne accentua i tratti distintivi rispetto a qualsiasi altro modello. La concettualizzazione di questo schema generale muove in Italia – come s'è già ricordato – da uno sparuto numero di blocchi di disciplina di taluni rapporti contrattuali *business to business*: la subfornitura (l. n. 192/1998), i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. n. 231/2002), il *franchising* (l. n. 129/2004). La scarsezza degli appigli normativi e la loro non particolare significatività rendono anche la figura di contratto in discorso prevalentemente un prodotto della riflessione scientifica, la quale ravvisa elementi di disparità tra la figura del consumatore e quella dell'imprenditore in condizione di dipendenza economica tali da sconsigliare diversamente dalla teoria del contratto con asimmetria di potere contrattuale l'esportazione di regole e di *rationes* proprie del contratto del consumatore nei contratti tra imprenditori segnati dalla predominanza economico-contrattuale di una parte sull'altra, senza per questo essere costretti a ricorrere alla disciplina di diritto comune di per sé inadatta alle specificità dei rapporti tra imprese caratterizzati dal dato dell'integrazione economica effettiva delle parti ed alla finalità ultima di regolazione del mercato.

L'analisi della strategia rimediale prevista per tutti i modelli di contratto europeo lascia trasparire la riduttività dell'orientamento che pretende di leggere le fattispecie in questione dalla microprospettiva del contraente debole e, quindi, della ricerca di una giustizia contrattuale mirata agli interessi del singolo, rinunciando ad evidenziare gli obiettivi di politica generale che la trascendono.

Nel contratto del consumatore, la strategia rimediale predisposta dal legislatore europeo – che va dall'imposizione di obblighi di informazione e di contenuti, all'individuazione di divieti di comportamento ed all'attribuzione del recesso di pentimento – approda certamente ad un sindacato giudiziale *ex post* sul contenuto del contratto in funzione di ortopedia e di predisposizione a vantaggio del consumatore di mezzi di tutela tesi al recupero del risultato utile dell'affare; ma in tal modo si tende anche alla responsabilizzazione del consumatore che è reso arbitro delle proprie fortune ed al contempo – con un effetto riflesso estremamente significativo – agente della razionalità del mercato. La regolazione del mercato su base concorrenziale, in altre parole, si persegue non più solo tramite le politiche economiche e monetarie, e vuole essere innanzitutto costruzione e conservazione di assetti a partire dalle singole negoziazioni tramite un decalogo di condotte delle parti in sede di conclusione e di esecuzione dei contratti.

Un analogo discorso si deve ripetere con riferimento al c.d. terzo contratto, il quale, così come prospettato dai suoi fautori, risponde pur sempre ad esigenze di mercato, in quanto affida ai rimedi contrattuali ed all'intervento correttivo del giudice un ruolo più incisivo di contrasto alle storture della concorrenza, e ciò è reso evidente dalla circostanza che il termine di riferimento per la valutazione dello squilibrio contrattuale è costituito non già dalla buona fede, come nel contratto del consumatore, bensì dalle prassi commerciali e, quindi, dal mercato stesso.

JUS CIVILE

MARIO BARCELLONA

Professore ordinario di diritto civile – Università di Catania

UN'ALTRA COMPLESSITÀ: L'ORIZZONTE EUROPEO E I PROBLEMI DELLA CAUSA *

SOMMARIO: *1. Il policentrismo delle fonti e l'ordine dal disordine: il sistema e l'epistemologia della complessità. – 2. Una complessità latente: le fonti informali, l'incubazione di un orizzonte alternativo, la rottura del circolo ermeneutico e l'oblio del senso istituito. – 3. L'orizzonte europeo e il declino della causa negoziale. – 4. La causa negoziale come garanzia della corrispondenza tra l'ordine simbolico della volontà e l'ordine simbolico del mercato. – 5. La soppressione della causa e il problema dell'ordine mercantile mutilato. – 6. Il contratto senza causa, un mercato svincolato dalla logica mercantile e l'egemonia dell'economia finanziaria.*

1. – L'introduzione al convegno, che si legge nell'invito, traccia, in mirabile sintesi, un percorso del ragionamento che ci viene chiesto del seguente tenore:

– complessità scaturente dall'attuale policentrismo delle fonti;

– difficoltà della loro riduzione a sistema;

– problematicità della determinazione dei principi;

– inedito primato dell'interprete.

Accanto a questa complessità, che si potrebbe dire primaria, l'orizzonte europeo sembra, però, ne produca un'altra, che si potrebbe definire secondaria, e che si proverà ad illustrare con quel che avviene a proposito della causa negoziale.

Per cogliere meglio le differenze che quest'altro tipo di complessità esibisce, sembra opportuna, prima, qualche breve considerazione sui problemi che la complessità primaria, messa a fuoco nell'introduzione al convegno, propone.

Questa *complessità primaria*, a differenza di quanto spesso si legge, non pone tanto l'alternativa tra sistema e interprete, ma richiede piuttosto una nuova e diversa comprensione del sistema.

A ben intenderlo, infatti, il sistema non è un'opzione culturale, che si possa dare o non dare, bensì un modo di essere necessario del diritto, l'esito inevitabile delle interazioni che si producono all'interno del tessuto normativo.

La complessità, che caratterizza questo tempo, ha destituito l'idea di sistema delle essenze ed il dispositivo gerarchico, che avevano caratterizzato la tradizione giuridica perlomeno continentale, ma non ha fatto venir meno il postulato che la coesistenza di una molteplicità di regole entro un medesimo spazio normativo determini interazioni che producono organizzazione.

---

* Relazione tenuta al Convegno in onore di Vincenzo Scalisi su "Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione", Università di Messina, 27-28 maggio 2016

Ed il sistema, ad intenderlo per come funziona e per quel che infine esso è, consiste, proprio, in questa organizzazione.

Quest'organizzazione si è data fino a qualche tempo addietro nei termini piramidali, deduttivi e, quindi, gerarchici, dei sistemi essenzialistici, tanto di quelli costruiti a partire dallo "Spirito" (la c.d. *Begriffsjurisprudenz*) che di quelli costruiti a partire dalla "Natura" (la c.d. *Interessenjurisprudenz*).

La complessità, che si era venuto producendo già a partire dalla legislazione speciale e che ha raggiunto il suo apice con la sovrapposizione al diritto nazionale delle fonti sovrannazionali, richiede, però, di ricomprendere il sistema secondo le categorie e le concettualità che, mostrandone la qualità funzionale, ne liberano tutte le virtualità operative, ossia secondo le categorie e le concettualità della Teoria generale dei sistemi e dell'Epistemologia della complessità.

Precisamente, in un tal quadro teorico, si rende chiaro, tra l'altro, che quel che presiede all'organizzazione, nella quale propriamente consiste il sistema, è, da sempre, l'interpretazione, che rispetto al sistema opera secondo un dispositivo ricorsivo: l'interpretazione produce organizzazione, la quale istituisce un determinismo che rende necessaria nuova interpretazione, che produce, a sua volta, nuova organizzazione, ecc.

La contrapposizione tra sistema ed interpretazione non ha, perciò, ragion d'essere. Il lavoro dell'interprete si è, infatti, accresciuto quantitativamente, ma non si è modificato qualitativamente: esso necessita soltanto, anche se non è poco, di nuovi strumenti concettuali che si situino all'altezza della complessità contemporanea.

Questo maggior lavoro ha preso ad essere svolto già da alcuni decenni facendo ricorso all'ermeneutica, e cioè prospettandolo come "ricerca della giusta soluzione del caso", ma esso in nient'altro consiste, alla fine, che in riposizionamenti delle norme, i quali, riorganizzando il tessuto normativo, oggettivamente creano organizzazione, e quindi sistema.

L'alternativa tra problema e sistema, della quale si è dibattuto per qualche decennio del secolo scorso, è, dunque, una falsa alternativa.

In realtà, l'identità di una norma si dà solo nel tipo di problema che essa considera, sicché ogni operazione sulle norme implica sempre una ridistribuzione della complessità tra i diversi tipi di problema, che il tessuto normativo già prevede: anche immaginando che sia il caso ad interpellare il tessuto normativo, l'esito di siffatta interrogazione consiste sempre in una riorganizzazione di questo tessuto e perciò in una rideterminazione del sistema.

Quella tra problema e sistema non è, perciò, un'alternativa, ma semplicemente il modo diverso nel quale si rappresentano la riorganizzazione delle norme che l'interpretazione sempre produce ed il sistema che essa conseguentemente sempre (ri)genera: non più immaginando un sistema dato di essenze, bensì attivando il "caso organizzazionale" che implementa continue (ri)sistemazioni, ossia che opera – come spiega quest'altra epistemologia – creando *order from noice*.

Dunque, siffatta comprensione sistemica del diritto, liberando l'attività interpretativa dai limiti impropri del sistema essenzialistico della tradizione, la riabilita alle operazioni che lo stadio di complessità di volta in volta raggiunto dal sistema giuridico richiede.

Ed è, perciò, avvalendosi di questa concettuatità e dei diversi dispositivi che essa offre, che il sistema giuridico, attraverso il suo interprete, si mette in grado di comprendere e processare anche l'accresciuta complessità che la molteplicità delle sue fonte ora gli prospetta.

2. – Ma accanto a questa accresciuta complessità primaria, che può, e richiede di, essere trattata secondo una concezione sistemica di sistema e attraverso le categorie interpretative che le sono proprie, questo tempo propone un'altra complessità, una complessità secondaria, che ha la medesima provenienza e che, però, solleva problemi parzialmente diversi o che si presentano in forma differente.

Quest'altra *complessità secondaria* non è veicolata da fonti formali, che richiedono di essere organizzate in un sistema multicentrico, in una *unitas multiplex*. Ma è generata, piuttosto, dalla circolazione di modelli, recati da progetti e documenti, i quali non modificano il quadro normativo, ma tendono a sovrapporre alle vigenti discipline, soprattutto, del contratto un orizzonte che si distacca da quello che aveva presieduto alla loro origine e che in esse ancora si conserva.

La produzione di questi modelli non solo – come si sa – ha il suo luogo nella sede europea, ma traduce in esplicito un orizzonte, il quale si situa nella filosofia ordo-liberale, che già ispira la politica dell'Unione, ed ha origine nelle trasformazioni verso cui l'economia globale sembra orientata da qualche decennio.

L'orizzonte, che la circolazione di questi modelli promuove, non solo appare rivolto a legittimare la legislazione futura (tanto dell'Unione che degli Stati nazionali), ma – ed è quello che qui soprattutto interessa – tende ad influenzare da subito il senso generale da cui muove l'interprete e sulla base del quale interroga i testi normativi.

Il problema, che la complessità generata dalla circolazione di questi modelli produce, appare, allora, diverso, perché non concerne il rapporto tra norme, bensì il rapporto tra l'apparato normativo e l'orizzonte di senso che ne permette la comprensione. Essa interviene, infatti, sulla relazione tra l'orizzonte del testo e quello (l'orizzonte) dell'interprete, rischiando di interromperla e di compromettere, così, l'autenticità delle operazioni interpretative.

Questo problema si mette a fuoco con maggior precisione muovendo dal circolo ermeneutico ed esemplificandolo, appunto, con le attuali vicende della causa negoziale.

Il circolo ermeneutico, solitamente, è fatto consistere nel procedimento dialogico che si istituisce tra il testo ed il suo interprete: muove dalla domanda che in prima approssimazione l'interprete rivolge al testo, dal responso negativo che questo a tutta prima gli dà, dalla formulazione di una domanda più adeguata, fino alla proposizione dell'interrogativo corretto che permette la risposta appropriata.

Nella filosofia di Heidegger e nelle urbanizzazioni che proprio su questo piano Gadamer vi ha dato, la questione nevralgica dell'interpretazione non sta, però, nel metodo dialogico secondo il quale si sviluppa, bensì in quel che permette alle alterità distinte del testo e dell'interprete di entrare in questo dialogo.

Questa condizione – come si sa – viene indicata nella "familiarità" di testo ed interprete, nella co-appartenza dell'uno e dell'altro al medesimo orizzonte di senso: il testo non può, alla fine, ricevere la domanda adeguata se chi gliela rivolge, l'interprete, non muove dal suo stesso orizzonte.

Anzi Gadamer si preoccupa di precisare che a garantire quell'"evento", nel quale consiste il disvelamento della "verità" del testo, è, innanzitutto, la fedeltà che muove l'interprete nella sua interrogazione, il suo concepirsi come "sottomesso alla legge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica".

Questo orizzonte, che deve giungere ad essere posseduto in comune e cui l'interprete ha da essere fedele, non è, però, la *Sache Recht*, la Giustizia o la soluzione giusta del caso. Non è affatto l'intuizione di un *quid* che si dà in universale, ma è il *nomos*, e cioè la "misura" radicalmente storica nella quale la Giustizia si è determinata in un'epoca della società. Quel che, perciò, deve essere oggetto di questa co-appartenenza consiste, propriamente, nello storico orizzonte di senso entro il quale il testo si inscrive, nel senso nucleare a partire dal quale il testo si dà e che è deputato ad implementare.

Quando un altro orizzonte di senso prende a scalzare quello proprio del testo e ad impadronirsi dell'interprete, si dà, allora, il rischio di una frattura tra il testo e l'interprete, la quale, quando non sia rimarginata, produce, alla fine, l'inaccessibilità del testo ad un interprete che ormai lo interroga da un altro luogo.

Da qui due radicali distorsioni.

Da un lato, se il suo orizzonte rimane inaccessibile, il testo si riduce a mero deposito linguistico, a nuda veste di un senso, che, non essendosi mai incarnato in una *generalis voluntas*, rimane arbitrario.

Dall'altro, – ed è ben più grave – questa inaccessibilità, ancor prima, preclude all'interprete di intendere appieno quel che lascia e verso che nuove sponde si dirige. Sì che da artefice di quella creazione cognitiva, che alimenta l'autopoiesi del sistema normativo, si muta in strumento di una colonizzazione del diritto, della quale, sovente, finisce per non cogliere appieno la reale portata.

Quest'ordine di processi ed i problemi che ne vengono sembra, per l'appunto, possano essere ben esemplificati dalle vicende della causa negoziale.

Le rappresentazioni sempre più svalutative, che la dottrina ormai di solito offre di questo antico "requisito" del contratto, si lasciano ascrivere, infatti, al progressivo offuscamento, cui il valore, che esso rivestiva nella triangolazione tra autonomia, Stato e mercato, è andato incontro dietro l'incalzare di questa sorta di nuovo meta-orizzonte che la circolazione dei modelli europei è venuta istituendo.

3. – In tutti gli ordinamenti occidentali si ritrova un principio, il quale, in linea di massima, esclude che la nuda volontà individuale possa produrre trasferimenti della ricchezza in assenza

di una giustificazione o – il che alla fine non è molto diverso – che dispone che sia restituita quella ricchezza che sia stata trasferita in assenza di una tale giustificazione.

Come si sa, nella gran parte di tali ordinamenti questo principio conduce a privare di efficacia traslativa la nuda promessa ed a subordinare l'insorgenza del vincolo contrattuale ad un *vestimentum*, che, solitamente, viene denominato causa o *consideration*.

Nessun testo normativo, che sia ascrivibile ad una fonte europea o sovrannazionale, ha mai escluso esplicitamente che questo principio possa ancora albergare negli ordinamenti nazionali ed annoverarsi tra i "requisiti" del contratto.

E tuttavia – come ben si sa –, la soppressione di questo principio, di questo necessario *vestimentum* del potere di autonomia, si presenta, ormai, come l'orizzonte principale e pressoché costitutivo di una serie di documenti prodotti soprattutto con il patrocinio dell'Unione, che non hanno valore normativo e che, però, hanno prodotto un clima influente, quasi un senso comune che attraversa il pensiero giuridico europeo.

Come si sa, si era cominciato con i PICC (*Principles of International Commercial Contracts*). Si è andati avanti con i PECL (*Principles of European Contract Law*), che della causa non facevano più alcuna menzione e che, anzi, nell'art. 2:107 riconoscevano efficacia vincolante alla mera promessa. E si è continuato con Il DRAFT (*Draft Common Frame of Reference*), che all'art. II. – 4:101 ne ha reso ancor più esplicito il senso, disponendo che, dati l'intento di obbligarsi ed un accordo sufficiente, "a *contract is concluded without any further requirement*".

L'influenza di questi documenti è testimoniata dalla recente riforma del *Code Civil*, nel quale la causa, dopo oltre duecento anni di onorato servizio, sembra essere scomparsa.

A tutti è noto il ricco, colto e intelligente dibattito che su questi documenti si è sviluppato, per merito soprattutto di U. Breccia, all'insegna della "morte" della causa o della necessità di riconoscerne la sopravvivenza o la "resurrezione".

Prima, per lo più, ci si era chiesti quali siano i problemi che la causa risolve e se e come possano essere con pari efficacia trattati a partire da altre discipline del contratto, quali l'oggetto e/o l'errore.

Quest'approccio era certamente corretto, ma, talvolta, è stato implementato muovendo da un punto di vista parziale, quello secondo il quale, dopo l'ecclissi del dirigismo statale e la conseguente evaporazione della bettiana "funzione sociale", alla causa non siano rimaste da trattare che solo questioni attinenti agli interessi particolari dei singoli contraenti.

Come altrove si è cercato di mostrare, le cose non stanno proprio così.

La causa, storicamente, è stata chiamata ad un compito, che ha poco a che vedere con le pretese dirigistiche dello Stato e che, tuttavia, si situa su quel crinale decisivo che designa le condizioni alle quali l'ordinamento garantisce che l'accordo delle parti divenga legge per esse.

Questo crinale, ove si determina il rapporto tra legge e contratto, definisce l'orizzonte di senso non solo della disciplina contrattuale ma anche dell'intero diritto privato: esso, infatti, conforma la triangolazione fondamentale tra ricchezza, privati e società, su cui si è fin qui retto l'ordine moderno.

È, perciò, sul senso di quest'ordine che interviene la soppressione della causa, ed è, pertanto, dalla sua illustrazione che si può apprezzare il nuovo orizzonte che, al di là delle intenzioni di chi la propone, questa soppressione inevitabilmente dischiude.

4. – Il requisito della causa nasce dalla doppia intenzione che definisce il senso del diritto moderno.

Il diritto moderno sancisce il principio *solus consensus obligat*, il quale sottopone l'intero corpo sociale all'*ordine simbolico della volontà*. In forza di esso, infatti, nessuno può essere obbligato a fare/dare alcunché senza che vi abbia acconsentito, dimodoché la volontà individuale diviene il medium universale di ogni relazione sociale.

Ma l'istituzione di quest'ordine simbolico, che consiste nella signoria della volontà individuale, al tempo stesso, sottomette le relazioni sociali all'*ordine funzionale del mercato*. L'esclusione di ogni vincolo, che non risalga al consenso di chi vi è esposto, istituisce, infatti, il libero scambio a veicolo necessario della circolazione delle risorse. E il libero scambio, a sua volta, assoggetta ogni trasferimento della ricchezza alla ragione utilitaria: ed invero, nessuno si vincolerebbe a dare/fare alcunché per un altro se non per ottenerne un *quid* che soddisfi un suo bisogno o un suo interesse, allo stesso modo di come nessuno si obbligherebbe a dargli questo *quid* se non perché quel che ne riceve in cambio corrisponde a qualcosa che gli manca e di cui ha necessità.

All'ordine simbolico della volontà è perciò dato, intenzionalmente, di sottoporre la circolazione della ricchezza tra i membri di una società, e dunque, l'intera riproduzione sociale, al principio utilitario ed al mercato ove esso si celebra. E quest'ordine così dispone sulla considerazione che solo dando a ciascuno di agire secondo il proprio interesse si può realizzare l'interesse di tutti, e cioè il massimo benessere economico collettivo.

Come spiegava Max Weber, quest'ordine utilitario, cui così è mandato di governare il mondo, è, a sua volta retto dalla ragione calcolistica, la quale esclude l'imponderabile, e cioè esige che, in linea di principio, a determinare quantità e qualità della ricchezza che circola attraverso lo scambio sia, essenzialmente, il calcolo economico.

Tra l'ordine simbolico della volontà e l'ordine funzionale del mercato possono, però, darsi discrasie proprio a cagione dell'insinuarsi nelle relazione tra gli uomini dell'imponderabile: il che si dà, di norma, quando la loro volontà si determini o sulla base di considerazioni non utilitarie come lo spirito di *liberalità* o in forza di altri impulsi estranei alla ragione calcolistica quali l'*azzardo*.

Il funzionamento dell'ordine simbolico della volontà in modo coerente con l'ordine funzionale del mercato, che è deputato ad implementare, richiede allora che si adempiano tre compiti, che sistematicamente si trovano assolti negli ordinamenti moderni:

i. richiede, innanzitutto, che l'agire liberale sia tenuto chiaramente distinto dall'agire interessato e, nella misura del possibile, scoraggiato (enunciazione dello spirito liberale + sottoposizione alla forma solenne o alla consegna materiale);

ii. richiede, ancora, che l'agire interessato sia ulteriormente distinto dal mero azzardo, che viene del pari, ed anzi ancor di più, scoraggiato (*denegatio actionis* a gioco e scommessa ancorché con *soluti retentio*);

iii. richiede, infine, che l'agire ricadente nel campo che si dà tra l'argine del dono e quello dell'azzardo sia sottoposto al controllo della ragione utilitaria, in modo da preservarlo dall'interferenza dei superiori fattori imponderabili, estranei alla ragione calcolistica (= liberalità e azzardo).

Il requisito della causa corrisponde, per l'appunto, a questo terzo compito ed è volto, proprio, a garantire che, nell'ambito dell'agire interessato, ossia in quel campo che è compreso tra il dono e l'azzardo, l'ordine simbolico della volontà operi in modo coerente con l'ordine funzionale del mercato.

Il requisito della causa sta, allora, a significare che il *consensus* obbliga solo quando esibisca questo *vestimentum*, che consiste, propriamente, nella riducibilità dell'atto di autonomia al paradigma utilitario, il quale esige che all'utile di una parte corrisponda l'utile dell'altra, e cioè che alla ricchezza veicolata dall'obbligo di un contraente corrisponda una ricchezza di ritorno veicolata dall'obbligo della controparte.

Il *vestimentum* della causa traduce, così, il principio che alla volontà dell'individuo è permesso di spostare la ricchezza solo quando questo spostamento si mostri determinato dalla ragione utilitaria e dal mercato che la dispiega, e cioè solo quando il *do/facio* di un contraente sia retto da un *ut des/facias* dell'altro contraente ed entrambi trovino ragione e misura esclusivamente nel mercato .

Dunque, *la causa propriamente consiste nella riducibilità del contratto al paradigma utilitario di questa ragione calcolistica, alla quale (riducibilità) è dato di espungere dalla circolazione quegli spostamenti di ricchezza che appaiano infiltrati dall'imponderabile del dono e dell'azzardo*.

Ma quel che ancor di più conta è che – come si è detto – questa sottoposizione dell'autonomia privata alla ragione calcolistica, che la causa negoziale è deputata innanzitutto a garentire, è imposta dall'ordinamento in vista di una *ratio* superindividuale, ossia affinché la ricchezza circoli (= si sposti) nella società secondo le "leggi economiche" del mercato, alle quali con ciò è assegnato di governare la distribuzione delle risorse ed assicurare la loro "distribuzione ottima".

5. – La causa, dunque, attiene al nucleo di senso racchiuso nel diritto moderno, attiene al principio cui questo sottopone la circolazione della ricchezza ed all'ordine cui è affidata la riproduzione sociale. E, per conseguenza, la (perorata) soppressione della causa innova, o è in grado di innovare, quest'orizzonte di senso, modificando il principio e l'ordine che gli sono propri.

Nel quadro che si è tracciato, infatti, la soppressione della causa sta a significare che la volontà individuale vincola *without any further requirement*, ossia anche quando non sia riducibile al paradigma utilitario: il *consensus* torna nudo ed obbliga anche quando a determinarlo si sia

insinuato l'imponderabile del dono o quando abbia finito per traboccare nell'imponderabile dell'azzardo.

Si potrebbe pensare che questo superamento della causa, e dunque del controllo cui essa sottopone la circolazione della ricchezza, abbia a spiegarsi, alla fine, con l'ormai avvenuta introiezione di quel che essa era chiamata a garantire: dopo oltre duecento anni di società mercatile e di dispiegamento del paradigma utilitario un tal controllo dell'autonomia privata si sarebbe reso ormai ridondante.

Questa spiegazione sembra più che plausibile rispetto all'imponderabile del dono. In fondo, a contendere pericolosamente lo spazio del mercato era, un tempo, soprattutto il dono per l'anima, quella sorta di scambio occulto tra le ricchezze di questa terra e la salvezza nell'altro mondo, che non solo aveva alimentato a dismisura la manomorta degli enti ecclesiastici, ma che aveva anche il torto, attraverso le istituzioni e le attività caritatevoli, di soccorrere l'indigenza, sottraendo alla pressione del mercato fasce rilevanti di forza-lavoro e contenendo così, contro i dispositivi del mercato, la depressione dei salari.

Questo tempo, però, è tramontato da un bel po'. Ed il suo esaurimento può ragionevolmente dar conto della fine di questa tradizionale diffidenza verso il dono: esso ha cessato di darsi come veicolo di un imponderabile minaccioso per l'ordine moderno della riproduzione delle risorse ed ormai sopravvive solo dividendosi tra circolazione intra-familiare della ricchezza e corrispettività occulta dell'immagine mercantile (il c.d. scambio empirico).

Ma così non è invece – e lo si vedrà appresso – per l'azzardo.

Si potrebbe, ancora, pensare che la soppressione della causa rappresenti una sorta di semplificazione della disciplina contrattuale, di pulizia di questo risalente apparato normativo dalle incrostazioni, divenute dogmatiche, della tradizione, una semplificazione che troverebbe ragione in un'analisi ormai disingannata,la quale avrebbe mostrato come le prestazioni di questa categoria possono essere assolte con eguale efficacia da altri dispositivi della regolazione negoziale (oggetto ed errore).

Neanche questa ipotesi, però, si mostra seriamente sostenibile.

Da questo punto di vista, infatti, ciò che rileva non è che si possa trovare un'altra via per quel controllo mercantile che è demandato alla causa, bensì che chi ne propone, e propugna, la soppressione non lo fa per tale ragione, ma perché non vuole più che questo controllo si dia o, talvolta, perché neanche più immagina che si possa dare.

Vi è, allora, da chiedersi perché mai questo controllo, che non ha nulla a che fare con la pretesa che l'autonomia privata si pieghi ad una *ratio* politica e che, anzi, è volto a garantire la corrispondenza tra contratto e mercato, sia adesso percepito come un ingombrante ostacolo sulla via che conduce al compimento dell'ordine disegnato dal pensiero ordo-liberale.

Vi è da chiedersi, più precisamente, se questo ostracismo verso la causa venga semplicemente dal proposito di sugellare un trionfo della libertà negoziale sul primato della legge che, però, della causa ha smarrito l'autentica *intentio* mercantile o se, piuttosto, preluda ad un nuovo ordine dove la libertà negoziale si esoneri dallo stesso controllo mercantile.

6. – La risposta a questi interrogativi si può intravedere ove più si manifesta la resistenza a questa soppressione, ossia in quelle, ormai numerose, pronunce della giurisprudenza di merito che sono tornate ad avvalersi della causa per controllare e invalidare i derivati creditizi e nei nuovi "requisiti" che la riforma del *Code civil*, rinunciando alla causa, ha tuttavia ritenuto necessario riferire all'oggetto.

Il problema dei derivati consiste propriamente in ciò, che schemi contrattuali in origine destinati ad uno scambio con il quale due operatori economici riuscivano a proteggersi reciprocamente da rischi che già correvano, prendono ad essere utilizzati senza che i contraenti siano esposti ad alcun rischio, e perciò al solo fine di scommettere su di esso.

Quest'uso speculativo risaliva già ai c.d. contratti differenziali, anche se il loro ancoraggio allo scambio rimaneva garantito dal loro assoggettamento alla facoltà dell'esecuzione coattiva. Ma quel che fa la differenza è, soprattutto, che quei contratti differenziali costituivano appannaggio di una cerchia ristretta di "giocatori di borsa", mentre gli attuali derivati, dopo la liberalizzazione operata dai c.d. Accordi di Basilea, inondano il mercato finanziario e puntano le praterie dei risparmiatori medio-piccoli.

A questa mutazione del mercato finanziario la giurisprudenza di merito provò a reagire con prontezza, riconducendo i derivati speculativi alla scommessa ed assoggettandoli all'eccezione di gioco dell'art. 1933. Ma questa resistenza fu presto sconfitta, seppur con argomenti tutt'altro che irresistibili: prima, sull'eccezione che lo scopo speculativo atteneva ai motivi e non alla causa e, poi, sull'assunto che l'art. 1, comma 3, del TUF includeva i derivati, indistintamente, fra gli "strumenti finanziari" e che per questi, sempre indistintamente, l'art. 23, comma 5, del TUF escludeva l'applicabilità dell'eccezione di gioco.

Tuttavia, la giurisprudenza, soprattutto meridionale, non si perse d'animo e trasferì la repressione dei derivati dalla funzione speculativa in sé considerata al controllo del loro regolamento negoziale: innumerevoli sono ormai le sentenze di merito che sanciscono l'invalidità di contratti derivati per l'immeritevolezza della loro causa, ascrivendola alla inattitudine a svolgere la dichiarata funzione di copertura, al carattere unilaterale del rischio o alla irragionevolezza e incalcolabilità dell'alea.

Le argomentazioni di questa giurisprudenza possono, talvolta, mostrarsi discutibili. Ma tutte, in egual modo, valgono a segnalare ciò che per il giudizio causale rimane cruciale, ossia che questi contratti assumono una merce fittizia ad oggetto di uno scambio solo apparente.

Così i derivati si mostrano per quel che per lo più sono: scommesse, predisposte dallo stesso sistema finanziario e da questo congegnate in modo da guadagnarci in ogni caso e procurarsi a carico del risparmio privato quel che non riuscirebbe a procurarsi sul mercato degli investimenti produttivi e delle merci.

Ciò cui questa giurisprudenza reagisce è, perciò, l'introduzione su larga scala di una circolazione della ricchezza, che, invece che alla logica mercantile dello scambio, soggiace piuttosto all'azzardo: per mezzo (anche) dei derivati, l'imponderabile si è insediato nel mercato sotto l'apparenza del sinallagma per introdurre una nuova tecnica di valorizzazione del capitale finanziario, che consiste propriamente nell'espropriazione del risparmio privato.

La portata sistemica di questo dispositivo si apprezza a sufficienza se solo si pensa che la circolazione dei derivati sui mercati finanziari ammonta a circa 12 volte il PIL mondiale.

Ma questa finanziarizzazione dell'economia ed il dispositivo espropriativo che attraverso l'azzardo essa innesta non sono un "perfido inganno" del capitale globale (o non sono solo questo). Denunciano, piuttosto, una crisi che non si origina nella finanza e che sembra mostrare piuttosto il carattere di una crisi strutturale di sovrapproduzione: la depressione delle domande interne non riesce ad assorbire le capacità produttive del complesso industrial-commerciale e così la ricchezza, ormai sempre più concentrata, si è dovuta inventare un modo nuovo di valorizzarsi creando una "merce fittizia" con cui rastrellare il risparmio privato.

Ma per far questo questa economia finanziaria ha bisogno che la logica dello scambio, che la causa negoziale era deputata a preservare, sia definitivamente accantonata.

Di questo quadro, nel quale la questione della causa si propone, è conferma la recente riforma del *Code civil*: in essa la causa appare abbandonata, ma dell'oggetto sono predicati due caratteri che esibiscono un senso assolutamente preciso.

Dispone, infatti, il riformato art. 1169 che "*Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contropartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire*".

Ma questi due aggettivi semplicemente riferiscono all'oggetto il contenuto dell'art. 1225-3 dell'*Avant-projet* Catala, il quale prevedeva, appunto, che "Les contrats aléatoires *son depourvus de cause lorsque, dès origine, l'absence d'aléa rend illusoire ou derisoire pur l'un des contractans la contropartie convenue"*.

Dunque, il *Code* rinuncia alla causa, ma non rinuncia affatto a quel controllo che il giudizio causale implementava: il contratto deve sottostare alla logica del mercato e per questo a fronte dell'obbligazione di un contraente deve esibire una reale "ricchezza di ritorno", una contropartita che non sia, appunto, illusoria o derisoria.

Il che mostra che il problema della causa negoziale non è quello di salvare una categoria controversa o di semplificare la nomenclatura del contratto. Ma quello di non smarrire il senso che essa reca, di riproporre la questione che essa solleva e di interrogarsi sull'orizzonte che il loro accantonamento dischiude.

In questo modo opera questa sorta di meta-orizzonte, che la sopravvenuta complessità dei centri di interpretazione del mondo genera al di là delle innovazioni formali che produce. Questa diversa complessità opera non aggiungendo nuovi principi e regole che hanno da confrontarsi ed interagire con quelli sedimentati nei corpi normativi, ma scalzandone in radice l'orizzonte e ingenerandone l'oblio. E proprio per questo può finire per dar vita ad una scienza giuridica immemore, che da questo meta-orizzonte rischia di essere sedotta senza aver sempre contezza di quel che lo alimenta e di dove conduca.

JUS CIVILE

LUIGI BUONANNO

Cultore della materia – Università LUISS Guido Carli

RILIEVI CIVILISTICI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DEL LEGISLATORE DA ATTO NORMATIVO

SOMMARIO: *1. Premesse. – 2. Sulla configurabilità della responsabilità,* ex *art. 2043 cod. civ. – 3. L'ipotesi alternativa della responsabilità da inadempimento,* ex *art. 1218 cod. civ. – 4. I presupposti dell'attività normativa illegittima: irragionevolezza e soglia di tollerabilità. – 5. La responsabilità del legislatore (con le sue conseguenze) nella sentenza 16 aprile 2014, n. 8878 della Corte di cassazione.*

1. – Il tema della responsabilità dello Stato-legislatore rappresenta "*il portato del moderno costituzionalismo*" [1], che ha scardinato il risalente dogma dell'infallibilità dello Stato-legislatore. La questione, oltre a rivestire un notevole rilievo teorico che sarà qui analizzato e sviluppato, ha assunto nel corso del tempo una ragguardevole importanza pratica non solo a seguito delle sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 22 luglio 1999, n. 500 [2] e 17 aprile 2009, n. 9147 [3], entrambe espressione di una tendenza verso una sempre più consistente riduzione degli

[1] Così, F. Galgano, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, p. 53.

[2] Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 356, nonché in *Foro Amm.*, 2000, p. 349, nonché in *Riv. Arbitrato*, 2000, p. 47, configurando per la prima volta la risarcibilità degli interessi legittimi, ha riconosciuto il principio della responsabilità della Pubblica Amministrazione, anche nel caso in cui non ci sia lesione di diritti soggettivi. Con la citata pronuncia è stato sensibilmente ampliato l'ambito applicativo dell'art. 2043 cod. civ., ritenuto idoneo a ricomprendere fattispecie tradizionalmente confinate nella sfera dell'irresponsabilità. La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione segna un importante momento di rottura rispetto ai precedenti orientamenti giurisprudenziali, che avevano sempre interpretato l'art. 2043 cod. civ. in chiave sanzionatoria, qualificandolo come norma secondaria. Sul punto si veda, *ex multis*, Cass. civ., 15 aprile 1958, n. 1217, in *Riv. amm.*, 1958, p. 479. È interessante rilevare che già nel 1960, P. Schlesinger, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 339 e R. Sacco, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420, ebbero a sostenere l'opportunità del superamento dell'identità concettuale tra danno ingiusto e lesione del diritto soggettivo. Peraltro, F. Barra Caracciolo, *Diritti della persona e altri scritti*, Napoli, 2012, p. 94, ricorda che "*nel 1964, si svolgeva a Napoli il Convegno sul risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi che anticipò di quasi quattro decenni la svolta di cui alla celebre sentenza della S.C. n. 500 del 1999*". Si confrontino gli *Atti del convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesioni di interessi legittimi*, Milano, 1963.

[3] Cass., SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2009, p. 1012, nonché in *Eur. e dir. priv.* 2010, I, p. 311, ha affermato che la responsabilità del legislatore nazionale per la violazione del diritto dell'Unione Europea non è inquadrabile nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Da ciò – secondo la ricostruzione effettuata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte – discende la possibilità di accordare, in favore dei soggetti danneggiati, un mero indennizzo, derivante da un'attività – posta in essere dal legislatore – dannosa, ma non già antigiuridica (secondo l'ordinamento interno). La ricostruzione della responsabilità dello Stato in chiave di inadempimento di un'obbligazione *ex lege*, di natura indennitaria (non antigiuridica), ha conseguenze che rilevano sul piano della prescrizione del diritto al risarcimento dei danni, che è – non già quinquennale ma – decennale.

spazi di immunità del legislatore [4], ma, all'esito soprattutto della pronuncia 16 aprile 2014, n. 8878 dello stesso Supremo Collegio [5].

Peraltro, poiché non è dubbio che sia in corso un processo, tendenzialmente ispirato ad un progressivo superamento di tutte quelle ingiustificate compromissioni dei diritti e degli interessi dei singoli riconducibili al legislatore, occorre indagare nuovamente sulla questione; a maggior ragione in conseguenza del più generale fenomeno in atto della "privatizzazione" [6], che ha interessato – non senza controversie in dottrina [7] – l'intero ordinamento giuridico, determinando, come efficacemente è stato osservato, un'inesorabile "*penetrazione delle categorie civilistiche in settori ad esse tradizionalmente estranei, facendo sorgere l'esigenza di rimuovere le sacche di irresponsabilità nei confronti dei privati*" [8].

---

[4] Sul tema si segnalano frequenti interventi della giurisprudenza che, pur nell'esame di diverse fattispecie, si caratterizzano tutti complessivamente per un riconoscimento – talune volte implicito – di una responsabilità in capo al legislatore. Si ricordano le relativamente recenti pronunce del Supremo Collegio 8 febbraio 2012, n. 1850, in *Foro amm. CDS*, 2012, 2, p. 262 e Corte Cost., 12 luglio 2013, n. 186, in *Giust. civ.*, 11-12, I, p. 2284 (per un breve approfondimento su tale pronuncia, si rinvia alla nota 97). Merita particolare attenzione, Cass. civ. 16/4/2014, n. 8878, in *Foro it.*, 2014, I, 3225, nonché in *Giur. cost.*, 2014, I, p. 614, la quale è giunta espressamente a riconoscere una riparazione in forma specifica al cittadino danneggiato (per non aver potuto esercitare, durante l'intero periodo di vigenza della normativa elettorale, il suo diritto di voto secondo modalità conformi a Costituzione) dalla legge 21 dicembre 2005, n. 270 – dichiarata poi incostituzionale dalla Consulta con la sentenza del 13 gennaio 2014 – relativa al previgente sistema elettorale. Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto che la declaratoria di incostituzionalità dovesse ritenersi una forma, "*pienamente satisfattiva*" per il cittadino ricorrente (e per gli interventori *ad adiuvandum*), di riparazione in forma specifica. Per una analisi più approfondita della sentenza n. 8878/2014 del Supremo Collegio, si veda *infra.*

[5] Cass. civ. 16 aprile 2014, n. 8878, cit. (cfr. nota 4).

[6] Con riferimento alla "privatizzazione" si veda, *ex multis*, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, XVII, Milano, 2015, p. 131 ss., il quale osserva che la privatizzazione non solo formale (che non consista, cioè, "*nella mera trasformazione dell'ente in persona giuridica privata, ma investa anche la sostanza della persona giuridica, nel senso che lo Stato perde altresì il controllo dell'ente, in particolare dismettendo le partecipazioni azionarie*") comporta "*che il potere pubblico rinunzi ad essere imprenditore*", incidendo *funditus* sul modello di intervento pubblico nell'economia. La dottrina suole distinguere tra una c.d. "*privatizzazione fredda*" (o "*formale*"), in cui il capitale è interamente posseduto dallo Stato e una privatizzazione c.d. "*calda*" (o "*sostanziale*"), nella quale, invece, si attua la dismissione della quota pubblica.

[7] Opera una riflessione di carattere storico-politico sulle privatizzazioni, C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, p. 178, il quale offre, preliminarmente, una definizione generale di "privatizzazione", individuandola come quel fenomeno di "*trasformazione di un ente pubblico economico in società di diritto privato … in senso ampio comprende tutte le operazioni dirette a sostituire alla proprietà pubblica dei beni economici quella privata, attraverso vari meccanismi giuridici*". L'illustre Autore effettua, poi, una serie di considerazioni, mostrandosi scettico sullo smantellamento del sistema fondato su una "*economia mista*", caratterizzato, cioè, da una marcata presenza dello Stato nell'economia anche mediante la proprietà o il controllo dei beni economici; ciò anche alla luce del rilievo che – rileva l'Autore – tale sistema possedeva rilevanti fondamenti costituzionali (a fini esemplificativi, si possono ricordare l'art. 41, 3° comma, Cost. che fa menzione della "attività economica pubblica e privata", l'art. 42, 1° comma, Cost. che pone sul medesimo piano la proprietà pubblica e privata, anche di "beni economici" o l'art. 43 Cost. disciplinante la riserva pubblica o la nazionalizzazione per le imprese che fanno riferimento a "*servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio*"). Si vedano anche G. Alpa, *Il diritto costituzionale sotto la lente del giusprivatista*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, p. 15 ss. e U. Breccia, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 196 ss.

[8] Così C. Pasquinelli, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Torino, 2013, p. 164.

L'esigenza di apprestare maggiore tutela ai diritti e agli interessi dei singoli a fronte di interventi normativi, giustificati dalla protezione di interessi pubblici, rende pertanto oltre modo viva la questione relativa alla possibilità di ricondurre, nell'alveo della responsabilità da illecito o da inadempimento, i danni subiti dai *cives* in conseguenza di un'attività legislativa assunta in violazione di norme costituzionali, nazionali o sovranazionali.

Escluso che in un qualsiasi ordinamento democratico possa concepirsi una forma di irresponsabilità "*assoluta*" del legislatore [9], occorre verificare se siano effettivamente configurabili responsabilità e risarcibilità di danni derivanti dalla attività normativa e se questi, a loro volta, siano riconducibili allo schema dell'illecito aquiliano ovvero a quello dell'inadempimento.

La rilevanza della questione si avverte, anzitutto, ove si consideri che il nostro ordinamento contempla il sindacato di costituzionalità delle leggi [10], strumento di giudizio sulla ragionevolezza e conformità ai principi fondamentali delle norme.

---

[9] Sul punto si veda G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, XIV, Bologna, 2012, p. 18, secondo cui "*lo Stato, pur avendo il monopolio della forza, non può tutto … a ben vedere, tutta la Costituzione non è che un complesso sistema di limiti attraverso i quali la forza dello Stato viene organizzata, disciplinata, limitata, circoscritta … in principio dunque la sovranità dello Stato non vuol dire assoluta libertà e arbitrarietà del potere statale*". Analizza il tema, descrivendo il passaggio storico dallo "Stato di diritto" allo "Stato costituzionale", M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, 2002, p. 19, il quale osserva che "*se ci volgiamo per un attimo al complesso panorama europeo tra XIX e XX secolo, ci accorgiamo subito di una tendenza di fondo dello Stato di diritto, che renderà questa forma incapace di affrontare alcune grandi sfide del Novecento … ciò che invariabilmente si nota è la tendenza dello Stato di diritto a scorgere nel nuovo tempo storico della democrazia una minaccia per la propria integrità, e per quella della stessa legge dello Stato"*; ciò è, in parte, dovuto all'affermarsi della "*idea sempre più ricorrente, incompatibile con lo Stato di diritto scaturito dalla rivoluzione, della costituzione come norma superiore alla stessa legge dello Stato, contenente i principi fondamentali di una certa comunità politica, alla luce dei quali sindacare e giudicare l'opera dello stesso legislatore*". L'Autore ritiene, dunque, che l'avvento dello Stato costituzionale abbia determinato un distacco "*netto*" dal principio-guida della sovranità politica; è un allontanamento che, per quanto netto, va considerato "*parziale, perché la legge continua a mantenere un ruolo rilevante, se non altro in quanto espressione del principio democratico*". Corollario del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale è la nascita della c.d. "*età dei diritti*". L'espressione è di N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, p. 255 ss., secondo cui senza il riconoscimento e la effettiva protezione dei diritti fondamentali non vi può essere democrazia; senza democrazia non si può addivenire alla soluzione pacifica dei conflitti che nascono tra individui, tra gruppi e tra le collettività "*autocratiche che sono gli Stati, anche se sono democratiche coi propri cittadini*".

[10] Cfr. A. Celotto e F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, in F. Modugno (a cura di), Lineamenti di diritto pubblico, Torino, 2008, p. 665 ss., che descrivono il controllo di costituzionalità come "*un giudizio di mera legittimità, nel senso che si tratta di una verifica rivolta esclusivamente alla valutazione di conformità giuridica alla Costituzione, senza considerare gli eventuali vizi di merito … è generalmente un controllo a schema binario, comparandosi una norma oggetto con una norma parametro*". Si veda anche F. Gallo, *Il modello di giustizia costituzionale*, in Relazione del Presidente Prof. Franco Gallo all'incontro di studio con la Corte costituzionale del Kosovo, Roma, 2013, p. 3 ss., il quale ricorda che il sistema accolto in Italia è di tipo accentrato, successivo e ad effetti generali di annullamento e che "*i modi attraverso i quali la Corte costituzionale viene investita della questione di legittimità sono essenzialmente due: una via indiretta (o incidentale) e una via diretta (o di azione o di principale)*". Sebbene il modello italiano di giustizia costituzionale sia prevalentemente orientato verso un giudizio di tipo *successivo*, il nostro ordinamento contempla anche una forma di sindacato *preventivo*. Lo rilevano R. Bin e G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2012, p. 442. Gli Autori evidenziano che il sindacato preventivo "*prima della riforma del Titolo V era quello che si svolgeva sulle leggi regionali, impugnate dal Governo a seguito di riapprovazione della legge precedentemente rinviata. Oggi è rimasto solo il sindacato preventivo, ancora su impugnazione del Governo, degli Statuti regionali e della legge statutaria delle Regioni speciali*".

Se però, da un lato, v'è il controllo di costituzionalità quale strumento di censura dell'operato del legislatore, neppure può pensarsi ad un automatismo idoneo a collegare *tout court* ad ogni pronuncia di illegittimità di una norma una responsabilità del legislatore.

Appare, dunque, opportuna un'indagine che, con l'ausilio del dato di diritto positivo, verifichi la possibilità, specie a fronte di una declaratoria di incostituzionalità di una norma e di un danno eziologicamente connesso all'applicazione di questa (nel tempo della sua vigenza), di rinvenire un modello di responsabilità (*ex* art. 2043 ovvero *ex* art. 1218 cod. civ.) all'interno del quale poter sussumere l'attività normativa illegittima.

Al riguardo, riveste indubbia rilevanza, tra le tante, la sentenza 16 aprile 2014, n. 8878 dei giudici di legittimità – cui sopra si è fatto già un primo cenno – per le più significative ragioni che appresso saranno esposte [11].

La disamina di tale pronuncia va posposta ai più generali rilievi che seguono.

2. – L'assunto secondo cui l'attività legislativa sarebbe frutto di discrezionalità assoluta è infondato: compatibile al tempo delle costituzioni cc.dd. flessibili, non lo è più negli ordinamenti dei moderni Stati di diritto [12] e, certamente, in quelli distinti da costituzioni rigide [13].

---

[11] Negli stessi sensi e per altrettanto significative ragioni, rilevanza riveste, altresì, il *decisum* dei giudici delle leggi di cui alla sentenza 12 luglio 2013, n. 186, cit., in relazione alla quale si rinvia alla nota 97.

[12] Per un'analisi del concetto di Stato di diritto, cfr. L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto tra passato e futuro*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 349 ss., il quale osserva che l'espressione "*Stato di diritto viene usata di solito con due significati diversi che è opportuno tenere rigorosamente distinti. In senso lato, o debole o formale, essa designa qualunque ordinamento nel quale i pubblici poteri sono conferiti dalla legge ed esercitati nelle forme e con le procedure da questa stabilite. In questo senso, corrispondente all'uso tedesco di Rechtsstaat, sono stati di diritto tutti gli ordinamenti giuridici moderni, anche i più illiberali, nei quali i pubblici poteri hanno una fonte e una forma legale. In un secondo senso, forte o sostanziale, Stato di diritto designa invece quei soli ordinamenti nei quali i pubblici poteri sono altresì soggetti alla (e perciò limitati o vincolati dalla) legge, non solo quanto alle forme ma anche quanto ai contenuti del loro esercizio. In questo significato più ristretto, corrispondente a quello prevalente nell'uso italiano, sono Stati di diritto quegli ordinamenti in cui tutti i poteri, incluso quello legislativo, sono vincolati al rispetto di principi sostanziali, stabiliti di solito da norme costituzionali, quali la divisione dei poteri e i diritti fondamentali*". M. Tamponi, *Principio di maggioranza, legittimazione del potere e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, VI, p. 1313 ss., riflette limpidamente sul rilievo che, "*nel processo di formazione storica e filosofica dello Stato moderno*", la condizione di legittimità del comando è rappresentata dal principio di maggioranza, che ha consentito "*l'emancipazione del potere politico dalle persone fisiche del monarca e dagli altri membri della classe dominante*". Per un approfondimento sul tema, si veda *supra*.

[13] Sul punto si veda F. Galgano, *I fatti illeciti*, cit., p. 56, il quale prende atto della circostanza che la sovranità dello Stato sia limitata, anche in ambito nazionale, dalla vigenza di una Costituzione rigida, che il legislatore ordinario è obbligato a rispettare e che gli impone l'osservanza, come si è già rilevato, oltre che delle singole norme della Costituzione, anche del più generale parametro-vincolo di ragionevolezza, cioè del "*rispetto ... dei fondamentali valori di civiltà giuridica*". Sulla distinzione tra costituzione rigida e costituzione flessibile si rinvia a P. Virga, *Diritto costituzionale*, VII, Milano, 1971, p. 66, secondo cui le differenze dipendono "*dalla esistenza o meno di una categoria di leggi formalmente costituzionali e dalla immodificabilità di queste ultime a mezzo del normale procedimento legislativo*".

Non è dubbio che la Costituzione limiti il potere politico [14]; diversamente, si ammetterebbe una regola confliggente con i prevalenti orientamenti della dottrina [15], oltre che con numerose pronunce della giurisprudenza in materia *de qua* [16]. Il riferimento ad una discrezionalità libera e assoluta del legislatore, peraltro, è contrastante "*non solo con il trasferimento di competenze al-*

---

[14] La questione dei limiti alla funzione legislativa era stata approfondita, con riferimento allo Statuto albertino, da S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in Scritti minori, Milano, 1950, I, p. 199. Prima dell'avvento sia del Codice civile nel 1942 che della Costituzione nel 1948, aveva mirabilmente colto la problematica F. Carnelutti, *Eccesso di potere legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, II, 1924, p. 193; Id., *Il giudice e la legge in "fraudem legis"*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 9, ma successivamente all'entrata in vigore della Costituzione. Sul punto si vedano anche C. Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, p. 457 e L. Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1956, p. 993. In proposito A. Loiodice, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, in *Scritti per Alfonso Tesauro*, II, Milano, 1968, p. 787. Più recentemente, approfondisce la questione R. Bin, *Corte costituzionale e giudici ordinari: sulle ragioni di una convergenza di modelli*, in E. Navarretta e A. Pertici (a cura di), Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione, Pisa, 2004, pp. 35 ss. L'Autore ritiene che l'introduzione di una costituzione rigida e il primato della fonte europea abbiano prodotto un'estensione dello Stato di diritto e del suo principio di legalità, elemento ora vincolante per la stessa funzione legislativa. Tuttavia, "*lo Stato di diritto è una struttura che si regge sul contrasto tra i due sostantivi di cui si compone, l'elemento politico del potere pubblico ed il condizionamento giuridico ad esso imposto. Estendere il principio di legalità non può che significare ridurre lo spazio libero per l'elemento politico ed aumentare corrispondentemente il condizionamento giuridico*".

[15] In proposito, C. Amirante, *Diritti dell'uomo e sistema costituzionale*, in C. Amirante (a cura di), *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, di E. Denninger, Torino, 1997, p. 11 ss., il quale ritiene che le costituzioni del secondo dopoguerra tendano a divenire strumento di "*regolamentazione di valori etici e sociali che devono vincolare il legislatore*". Cfr. anche G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, cit., p. 18, che sottolinea il ruolo decisivo della Costituzione, strumento congegnato soprattutto al fine di porre limiti al potere statale. Sul tema si veda l'illuminante opera di L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, p. 84 ss., che non nega che il nostro impianto costituzionale svolga un ruolo di garanzia (costituito da limiti e vincoli) nei confronti dei poteri pubblici ma aggiunge, però, che "*il paradigma della democrazia costituzionale impone un duplice allargamento del sistema delle garanzie: nei confronti non più solo dei poteri pubblici ma anche dei poteri privati, e a garanzia non più dei soli diritti di libertà ma anche dei diritti politici, civili e sociali*". L'Autore riflette, infatti, sulla circostanza che, essendo stata del tutto assente nella nostra tradizione teorica e istituzionale "*l'elaborazione del paradigma dello stato di diritto nei riguardi dei poteri economici e più in generale delle potestà private*", non si è sviluppato "*accanto al costituzionalismo di diritto pubblico, un costituzionalismo di diritto privato*". Nella sua brillante analisi, l'A. constata che, sia nella sua versione liberal-democratica che in quella social-democratica, "*il solo potere nei cui confronti si sono teorizzate le garanzie, quali limiti e vincoli a tutela dei diritti fondamentali dei suoi destinatari, è il potere pubblico*".

[16] Si veda, *ex multis*, Trib. Napoli, 9 dicembre 2015, n. 15022 (Rg. n. 4345/2014): "*deve anzitutto seriamente dubitarsi della fondatezza giuridica relativa all'affermazione tralatizia secondo cui, essendo l'attività legislativa frutto di discrezionalità assoluta, la violazione di norme costituzionali ad opera del legislatore non potrebbe essere sanzionata ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., mancando l'elemento soggettivo del dolo o della colpa*". La sentenza precisa anche che "*a sostegno di una ricostruzione del potere legislativo distante da superate teorie circa una sua presunta illimitatezza, può agevolmente farsi riferimento a quelle autorevoli tesi dottrinarie che, sebbene concepite con riguardo alle Pubbliche Amministrazioni e formulate al diverso scopo di ravvisare nel comportamento del soggetto agente un indice della ricorrenza di una situazione giuridica soggettiva suscettibile di essere qualificata alla stregua di interesse legittimo, definiscono la discrezionalità come la "scelta" della via più conveniente e congrua in relazione alle circostanze ed agli interessi coinvolti nel caso concreto, con la conseguenza, di non poco momento, che il margine di scelta viene inevitabilmente a ridursi ove, nell'area dell'interesse generale perseguito dallo Stato, si trovi ad incidere un interesse di natura privatistica la cui soddisfazione rappresenti il necessario complemento per raggiungere il fine normativamente prefissato al titolare del potere*".

le istituzioni comunitarie, ma soprattutto con la stessa idea di Costituzione rigida, che caratterizza il costituzionalismo contemporaneo" [17] (secondo cui il potere non fa più capo ad un legislatore onnipotente, ma appare diviso in una pluralità di poteri tra loro separati e differenziati posti in rapporto di reciproco bilanciamento e controllo) [18].

È vero che il dogma dell'infallibilità del legislatore determina "la difficoltà di accostamento tra le categorie civilistiche della responsabilità aquiliana e la sfera di ampia discrezionalità, che compete al legislatore, deputato a compiere scelte politiche, nell'interesse della collettività" [19]. È altrettanto vero, però, che l'idea che il legislatore possa essere condannato al risarcimento dei danni [20] non può non essere considerata una conseguenza fisiologica e necessaria della progressiva erosione proprio del dogma dell'onnipotenza dei poteri legislativi nazionali [21], a seguito del diffondersi delle Costituzioni rigide del XX secolo [22].

Non si vuole far riferimento alle fattispecie (già ampiamente sondate dalla dottrina) di "ille-

---

[17] Così E. Scoditti, *Il sistema multilivello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in Danno e Responsabilità, 2003, 7, p. 725 ss. Cfr. G. Tesauro, *Responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario*, in La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema comunitario, Bruxelles, 1997, p. 306 ss., il quale rileva che, aderendo alla Comunità europea, il legislatore nazionale automaticamente non può più considerarsi titolare di un potere discrezionale assoluto. Non è un di più soggiungere che la complessiva portata dirompente del c.d. "*costituzionalismo contemporaneo*" ha avuto la sua scaturigine, oltre che nell'avvento della Costituzione, nell'attività ermeneutica della Consulta, che ha determinato uno stravolgimento dei parametri di riferimento dell'intero ordinamento giuridico ed, in particolare, di quelli del Diritto privato. Lo rileva T. Pasquino, *Note sparse sull'incidenza della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee sul sistema del Diritto privato*, in T. Pasquino (a cura di), Antologia di casi giurisprudenziali. Materiali per lo studio del diritto privato, II, Torino, 2015, pp. IX-X (per un approfondimento si rinvia alle note 116-117). Per uno studio dei rapporti tra legislazione e giurisdizione, a seguito dell'avvento dello Stato costituzionale, si veda M. Fioravanti, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009, p. 32, il quale, riflettendo sul ruolo proprio della Corte costituzionale, ritiene che la sua configurazione e, poi, la sua estensione non vadano considerate come il risultato di una volontà di un potere di esorbitare a danno di un altro, bensì come il risultato di una tendenza obbiettiva, "*che ha progressivamente condotto a esaurimento l'esperienza dello Stato liberale di diritto del XIX secolo sostituendovi lo Stato costituzionale, che come nuova forma di Stato è caratterizzata proprio dalla pari dignità costituzionale di legislazione e giurisdizione, entrambe direttamente riconnesse, con le loro rispettive peculiarità, alla Costituzione*". Approfondisce il tema S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, p. 54 ss.

[18] Si esprime in questi termini E. Scoditti, *Il sistema multilivello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, cit., p. 725 ss. Per una riflessione – sviluppata antecedentemente all'entrata in vigore della Costituzione nel 1948 – sulla possibilità di considerare i tre poteri dello Stato in posizione di parità, cfr. G. Ambrosini, *Sul carattere delle costituzioni repubblicane del dopoguerra*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, 1931, p. 13. Successivamente al 1948, approfondisce il tema anche C. Mortati, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, 1949, p. 394.

[19] Così C. Pasquinelli, *Illecito "comunitario" del legislatore e art. 2043 c.c.: la Cassazione interviene ancora*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1580.

[20] Sul punto si veda A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro It.*, V, 2003, p. 175.

[21] In tal senso C. Buonauro, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano, 2004, pp. 2-3 nonché p. 167 ss.

[22] Esprime qualche riserva sul carattere "rigido" della Costituzione italiana, F. Pergolesi, *Rigidità ed elasticità della costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 44.

cito del legislatore" per omesso recepimento delle direttive comunitarie [23], bensì a quelle ipotesi in cui lo Stato, nell'esercizio della sua attività legislativa, come nel caso della sentenza di cui *infra* (n. 8878/2014 del S.C., ma se ne annoverano altre), emani norme che si pongono in contrasto con i principi costituzionali, a tutela dei singoli [24] e/o con il più generale principio di ragionevolezza, arrecando danni.

A sostegno, si sottopongono alcune osservazioni di carattere generale.

a) L'affermarsi del diritto dell'Unione Europea, "*che ha certamente introdotto nuovi parametri di legalità* [25]*, limita il legislatore nazionale nella propria discrezionalità* [26]*, tanto da aver indotto a configurare una forma di responsabilità patrimoniale* [27]*, in favore di soggetti che sof-*

---

[23] In proposito, F. D. Busnelli, *La responsabilità civile dello Stato*, in Danno e responsabilità, 1999, p. 10, nonché E. Calzolaio, *L'illecito dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in G. Alpa e G. Capilli (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, p. 597.

[24] Con particolare riferimento ai diritti fondamentali, cfr., *ex multis*, P. Virga, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, p. 158 ss., P. Biscaretti di Ruffia, *Diritti di libertà*, in *Noviss. dig. it.*, V, 1964, pp. 728 ss., A. Origone, *Per la ricostruzione dei diritti di libertà*, (discorso inaugurale per l'anno accademico 1946-1947, letto nell'Aula Magna dell'Università degli studi di Trieste il 1° Dicembre 1946), in *Dir. eccl.*, 4, 2000, pp. 1011-1027 e L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in L. Ferrajoli (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 5 ss. C. Colapietro e M. Ruotolo, *Diritti e libertà,* in F. Modugno (a cura di), Lineamenti di diritto pubblico, cit., p. 537, assimilano la Costituzione ad un sistema di valori e considerano i diritti fondamentali come gli elementi costitutivi di tale sistema; i predetti diritti si condizionano vicendevolmente, "*rilevando tutti in vista del fine del libero e pieno sviluppo della personalità*". Anche la migliore dottrina civilistica ha ampiamente trattato il tema. L. Mengoni, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di A. Falzea* (Messina 15-16 Febbraio 1991), Milano, 1993, p. 48 ss., ritiene fondamentale l'autodeterminazione come elemento di sviluppo della *persona*, secondo i canoni di una buona dogmatica dei diritti fondamentali, necessaria per operare un bilanciamento (distinguendo, così, tra collisioni reali e apparenti) tra diritti fondamentali; L. Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 1117 ss. Id. *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, pp. 1 ss. Per un'analisi limpida del rapporto tra democrazia e diritti fondamentali non si può non far riferimento a S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 62 ss., che afferma come "*la democrazia abbia sempre più bisogno dei diritti fondamentali per la sua stessa sopravvivenza*". Per una fine ricostruzione del portato valoriale dell'art. 2 Cost., F. Barra Caracciolo, «*Il silenzio nel diritto e nell'arte» da Mario Luzi (e Nietzsche) alla Costituzione*, in Contr. impr., 1, 2012, p. 275, nonché in F. Barra Caracciolo, *Diritti della persona e altri scritti*, cit., pp. 179 ss, il quale, dapprima, osserva che l'art. 2 Cost. rappresenta "*il fondamento costituzionale dei diritti della personalità,* in primis *al riserbo e all'onore*". Poi, l'A., ispirato dai versi del Luzi, focalizza la sua attenzione sul "*silenzio*", ritenendo che non sia azzardato sostenere che lo stesso incarni "*un valore costituzionalmente protetto perché la sua più significativa espressione, il diritto alla riservatezza (o alla privacy), è un diritto fondamentale della persona*".

[25] Cfr. A. Ruggeri, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 2006, p. 500 ss.

[26] Per uno studio sulle cause che hanno determinato la perdita di centralità della fonte legislativa, si veda F. Modugno, *La trasformazione della funzione legislativa*. *La crisi della legge*, Milano, 1999, p. 38 ss., che individua nel processo di de-strutturazione del sistema delle fonti, determinato *in primis* dall'ingresso delle fonti di matrice europea, uno dei fattori decisivi – unitamente a fenomeni di delegificazione e alla proliferazione dei tipi di atto legislativo – per il superamento della primazia della legge parlamentare. Cfr., altresì, L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 174 ss. e A. Pizzorusso, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, p. 111 ss.

[27] È, ormai, pacifico che, quando il legislatore è tenuto, nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali, all'osservanza di vincoli imposti da norme comunitarie (ma ovviamente, anche da norme costituzionali e/o pre-costituzionali), il danno, prodotto dalla violazione di detti vincoli, debba essere risarcito: gli argomenti sono stati totalmente recepiti dalla fattispecie della "omessa o inadeguata attuazione di direttive comunitarie", da parte del legislatore nazionale.

frono un danno che, secondo il diritto sopranazionale, gli stessi non avrebbero il dovere di sopportare" [28].

Orbene, a meno di non cadere in contraddizioni, accordando una tutela maggiore sul piano del diritto comunitario rispetto al piano del diritto interno, deve ammettersi la possibilità di riconoscere una forma di responsabilità del legislatore quando si tratta di attività poste in essere in violazione di diritti primari del singolo, atteso che, diversamente, ci si troverebbe di fronte ad una sorta di "*discriminazione alla rovescia*" [29], potendo la responsabilità da illecito o da inadempimento (del legislatore) configurarsi per violazione del diritto comunitario e non per violazione della Costituzione, che è norma giuridica non subordinata ad altre [30].

---

[28] Così L. Bairati, *La responsabilità dello Stato – legislatore, la componente culturale e gli impulsi della Corte di Giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali*, in European legal culture, a seguito di una ricerca svolta nel progetto dell'Universita di Torino "The making of a new European legal culture. Prevalence of a singol model, or cross-fertilisation of national legal traditions?", 2012, p. 15. Di fronte all'interrogativo, se l'omessa o inadeguata attuazione delle direttive comunitarie integri o meno gli estremi del fatto illecito lesivo, la giurisprudenza – sia comunitaria che nazionale – si è pronunciata nel senso che il giudice ben può sindacarla proprio in termini di "fatto illecito" (orientamento minoritario) o, come più frequentemente ha riconosciuto, in termini di "responsabilità da inadempimento", condannando lo Stato ai danni e/o ad un indennizzo. Il *leading case*, sul versante europeo, è rappresentato dalla nota sentenza *Francovich e Bonifaci* della C. Giustizia UE, 19 novembre 1991, cause C-6/90 C-9/90, in *Foro amm.*, 1992, p. 1597, nonché in *Guida al diritto*, 2012, 1, p. 40, cui fece seguito la pronuncia *Brasserie du pêcheur-Factortame* del 5 marzo 1996, causa C-46, in *Foro it.*, *Racc.* I-1029, 1996, p. 185, in cui la Corte di giustizia, sulla scorta dei principi espressi nella sentenza *Francovich e Bonifaci*, sancì che il diritto del cittadino al risarcimento del danno potesse sorgere sia da un atto privo di effetti diretti ma anche da una norma produttiva di tali effetti (l'obbligo risarcitorio, si intende, è subordinato alla sussistenza di talune specifiche condizioni). Sul punto si veda U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, II, 2011, Bari, p. 311 ss. Tra i vari casi in cui la Corte Suprema italiana ha affrontato la questione della responsabilità dello Stato per mancato recepimento di direttive comunitarie, si ricorda Cass. civ. 16 maggio 2003, n. 7630, in *Danno e responsabilità*, 7/2003, p. 719, nonché Cass., SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9147, cit. In senso conforme a tale ultima pronuncia, si veda Cass. civ. 17 maggio 2011, n. 10813, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 2, p. 657, che ha ribadito il principio secondo cui la responsabilità dello Stato per l'inadempimento di una direttiva comunitaria, non *self-executing*, "*che riconosca in modo sufficientemente specifico un diritto ... da luogo ad una fattispecie di responsabilità contrattuale*", da intendersi non già letteralmente come responsabilità che suppone un contratto, bensì come derivante dall'inadempimento di una preesistente obbligazione, che ne costituisce la fonte. La sentenza del 2011 dei giudici di legittimità ha dato continuità all'insegnamento delle Sezioni Unite del 2009, che, qualificando la condotta tenuta dallo Stato inadempiente come antigiuridica solo nell'ordinamento comunitario e non già in quello nazionale, aveva ritenuto che il relativo risarcimento non dovesse essere subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa del legislatore, essendo esclusivamente necessaria una determinazione idonea, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, a garantire al danneggiato un'adeguata compensazione della perdita subita "*in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile*".

[29] Una parte della dottrina utilizza l'espressione per indicare quei casi in cui l'ordinamento interno predispone, per i suoi cittadini, un grado di protezione inferiore rispetto a quello accordato per le violazioni del diritto dell'Unione Europea. Cfr. V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: un case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 347. Sul punto si veda anche C. Di Seri, *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Riv. it. dir. pub. comunit.*, 6, 2006, pp. 1130-1131. L'espressione è utilizzata, sia pur per descrivere un fenomeno parzialmente diverso, da F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione Europea*, Roma, 2010. Parla di "discriminazione alla rovescia" anche B. Nascimbene, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di Giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in Relazione presentata al seminario di studi presso la Corte costituzionale "Diritto comunitario e diritto interno", Roma, 2007.

[30] Rileva, anzi, P. Virga, *Diritto costituzionale*, cit., p. 64 che la Costituzione può essere definita come "*la*

Peraltro, i giudici europei [31] – come noto – hanno ripetutamente condannato lo Stato italiano per responsabilità del suo legislatore. La giurisprudenza nazionale, dal suo canto, considera stabilmente l'esigenza di adeguamento del diritto interno a quello comunitario [32]. Se, dunque, per la Corte di giustizia dell'Unione europea, il legislatore italiano è da ritenersi responsabile per il mancato rispetto di norme di matrice europea, non pare vi sia ragione valida e idonea ad escludere che il giudice nazionale affermi la medesima responsabilità nelle ipotesi in cui lo stesso legislatore interno emani leggi lesive di diritti primari del singolo.

b) Il sindacato delle corti costituzionali sulla legittimità delle leggi è sempre andato al di là del controllo della loro conformità a specifiche disposizioni costituzionali, spingendosi fino alla più generale verifica della loro *ragionevolezza* [33], parametro formalmente estraneo al dettato co-

---

legge suprema di organizzazione relativa alla struttura ed al funzionamento del governo nonché al regime politico, la quale condiziona la validità di tutte le altre leggi", assumendo "*quindi un valore positivo*".

[31] Si vuol far riferimento ai giudici della *Corte di giustizia dell'Unione europea* e non, in questo caso, a quelli della *Corte europea dei diritti dell'uomo* (organo giurisdizionale internazionale istituito nel 1959, a cui è demandato il compito di garantire il rispetto e l'applicazione della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* nonché della *Carta dei diritti fondamentali della Unione europea*), che pure hanno rivestito, sia pur sotto altri profili, un ruolo decisivo per una nuova interpretazione delle norme nazionali (sul punto si rinvia alle note 116-117).

[32] Sul punto, *ex multis*, cfr. Cass., SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9147, cit., secondo cui, "*in caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie (nella specie, le direttive n. 75/362/Cee e n. 82/76/Cee, non autoesecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi)*", il diritto dei danneggiati al ristoro dei danni subiti, come già si è rilevato, è da ricondursi allo schema della responsabilità dello Stato da inadempimento dell'obbligazione *ex lege*, di natura indennitaria, per un'attività che – almeno dall'ordinamento interno – non è considerata antigiuridica. "*Ne consegue che il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'idonea compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando assoggettata la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempimento di una obbligazione ex lege riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, all'ordinario termine decennale di prescrizione*". Sul tema degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione Europea, si veda F. Ghera, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali nei confronti della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, in F. Modugno, P. Carnevale (a cura di), *Rilevanti novità in tema di fonti del diritto dopo la riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione*, Milano, 2003, p. 47 ss.

[33] Così, F. Galgano, *I fatti illeciti*, cit., p. 53., che traccia un chiaro percorso applicativo del principio di ragionevolezza, dapprima utile per sindacare le deroghe al principio di uguaglianza, "*giudicate ammissibili sole se ragionevoli*", poi ritenuto idoneo, nei casi di necessità di trattamenti differenziati, al fine di giudicare illegittimo il trattamento legislativo di situazioni tra loro diverse; infine, il principio in parola è stato assunto come "*autonomo criterio di valutazione delle leggi, a prescindere dal principio di uguaglianza*". Si sofferma sul parametro della ragionevolezza, L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, p. 899 ss.; si vedano anche A. Anzon, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991, pp. 31-38, G. Bognetti, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte suprema americana*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994, pp. 43-54, nonché M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, 2013, p. 14 ss. A. Celotto e F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 670, rilevano che "*dallo stesso art. 3 Cost. la giurisprudenza costituzionale*" ha "*desunto il c.d. principio di ragionevolezza delle leggi, sviluppando una forma di controllo a carattere binario … questo tipo di controllo – che ormai caratterizza con continuità la giurisprudenza costituzionale – fa sì che la Corte dichiari costituzionalmente illegittima una norma perché la ritiene irragionevole*". La *ragionevolezza* è stata va-

stituzionale, a monte del dato di diritto positivo[34] e ritenuto operante, oltre che nel diritto pubblico, anche ai fini della disciplina dei rapporti inter-privati[35].

Si tratta non già di un controllo "*interno all'ordinamento legislativo, ma interamente esterno ad esso, in base a criteri di giustizia a priori, rispetto ai contenuti dell'ordinamento giuridi-*

---

riamente interpretata dalla giurisprudenza. Per una disamina dei vari orientamenti seguiti dai giudici delle leggi sul significato da attribuire al parametro in parola, cfr. Corte Cost., 25 ottobre 1989, n. 487, in *Quaderni regionali*, 1989, p. 1463 (che si è espressa in termini di "*congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da perseguire*"), Corte Cost., 19 dicembre 1991, n. 467, in *Dir. eccl.*, 1992, II, p. 97 (che ha sondato il contenuto del principio di ragionevolezza, con particolare riferimento alle soluzioni legislative adottate e alla ponderazione degli interessi coinvolti), nonché Corte Cost., 1° giugno 1995, n. 220, in *Foro it.*, 1996, I, c. 47 (incline ad intendere la ragionevolezza alla stregua di un "principio di proporzione").

[34] Cfr. G. Scaccia, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in *Nova juris interpretatio*, Roma, 2007, pp. 286-302; Id., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio*, Torino, 2000, pp. 82 ss. in cui l'Autore sottolinea, da un lato, l'effetto di indebolimento del testo costituzionale che il ricorso al principio di ragionevolezza determina; dall'altro, l'A. evidenzia come il principio in parola possa potenziare la normatività della Costituzione stessa. Rammenta le dispute, intorno al principio di ragionevolezza, avvenute in altri ordinamenti, P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 24, il quale ricorda come sia molto discusso, all'interno della dottrina statunitense, se le operazioni di bilanciamento operate dalle corti costituzionali abbiano condotto ad alterare il rapporto dei giudici con il testo costituzionale. La dottrina tedesca pure ha sollevato dubbi sull'opportunità delle ponderazioni, da alcuni ritenute idonee ad aprire il varco ad una "*tirannia dei valori*" e a soffocare "*sotto il peso di una concezione onnipervasiva della costituzione gli spazi di autonomia del legislatore parlamentare ... ne sacrificherebbero la legittimazione democratica a vantaggio di una vera e propria onnipotenza di giudici, sebbene poggiata sulla costituzione*".

[35] Lo afferma esplicitamente S. Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 1, 2012, p. 1. Lo rileva, implicitamente, anche C. Scognamiglio, *L'abuso del diritto nella disciplina dei contratti*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, pp. 33-41, il quale, prendendo le mosse dall'analisi di alcune statuizioni della Corte di cassazione, giunta a riconoscere che il giudizio di gravità dell'inadempimento deve necessariamente avere come riferimento la condotta complessiva del contraente, osserva che il controllo attraverso cui si valuta la predetta gravità "*potrebbe essere definito un controllo di ragionevolezza o razionalità del modo di esercizio del potere contrattuale*". Cfr., altresì, C. Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una interpretazione della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139-147. In proposito anche L. Nivarra, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 381-383, nonché S. Troiano, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 335 ss., che opera un raffronto tra il modello della "*diligenza del buon padre di famiglia*" e lo *standard* della "*persona ragionevole*". Riflette sulla possibilità di utilizzare lo strumento della ragionevolezza per oggettivizzare l'ambito di applicazione della buona fede, A. Ricci, *La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 619; Id., *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, p. 99 ss., ritiene che la ragionevolezza sia, in alcuni casi, espressione della "*esigenza di garantire l'equilibrio tra i costi e i sacrifici derivanti dal programma contrattuale ovvero l'esigenza di salvaguardare un equilibrio che il contratto non ha realizzato per ragioni esterne*". R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 202 ss., sottolinea come i numerosi richiami al principio di ragionevolezza, sia nel diritto nazionale che in quello di altri ordinamenti, determinano la possibilità di riconoscere, al parametro in parola, operatività nell'ambito dell'ordinamento privato, consentendo, cosi, al medesimo principio, di assumere un ruolo differente ed autonomo rispetto ai criteri di buona fede, diligenza ed equità. Si riferisce alla ragionevolezza quale strumento di specificazione dell'assetto negoziale, potenzialmente idoneo a valorizzare le circostanze concrete, in cui il rapporto è venuto ad esistenza, F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2010, pp. 1117-1194. Si veda, altresì, E. Navarretta, *Sul tema della ragionevolezza nel sottosistema privatistico: buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 4, p. 953 ss. Pure la giurisprudenza, riconoscendo la soggezione dell'atto di autonomia privata al controllo giurisdizionale, ha stabilito che il giudice deve controllare e interpretare il predetto atto anche in funzione del contemperamento degli opposti interessi delle parti, attraverso un giudizio, di natura (non già politica ma) giuridica, di *ragionevolezza in ambito contrattuale*. Così, Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Rass. dir. civ.*, 2010, II, p. 577.

co"[36]: la *ragionevolezza*, infatti, si pone come criterio immanente di ogni Stato di diritto[37], al pari – se non addirittura prima – rispetto agli altri principi immanenti, come quello della certezza del diritto[38].

Orbene, il riconoscimento di un parametro esterno di valutazione della legge ben consente di ritenere che possano essere considerate "esterne" all'ordinamento anche le conseguenze dell'inosservanza del parametro in parola.

La Corte costituzionale ha frequentemente dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme di legge *irragionevoli*, perché *incongrue*, *contraddittorie*, *ingiuste*[39], a prescindere

---

[36] Così G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 155.

[37] Secondo la brillante ricostruzione di F. Galgano, *I fatti illeciti*, cit., p. 56, l'osservanza del parametro della ragionevolezza coincide con il "*rispetto dei fondamentali valori di civiltà giuridica*". In proposito L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, p. 101 ss.; si veda M. Luciani, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale,* in AA.VV. (a cura di), *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, pp. 246-252; si orienta in senso favorevole all'elaborazione di test di giudizio che permettano di salvaguardare, anche nei giudizi di ragionevolezza, una maggiore certezza del diritto, L. Paladin, *Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale?*, in L. Paladin (a cura di), *Il principio di ragionevolezza*, cit., pp. 163-167. Cfr. anche R. Bin, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992. Sul nesso tra bilanciamento dei diritti e pluralismo si veda R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. La Torre e A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 59 ss. e M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 8 ss.

[38] Sul principio della certezza del diritto, si segnala, per la grande importanza che ha assunto, la celebre opera di F. Lopez de Onãte, *La certezza del diritto*, III ed., a cura di G. Astuti, 1968, p. 47, secondo cui "*l'esigenza di certezza della norma, cioè della legge, e conseguentemente, attraverso di essa della certezza del diritto, è stata sempre sentita come ineliminabile per la convivenza sociale ordinata*". L'opera, pubblicata nella sua prima versione nel 1942, fu accolta con grande favore da illustri Autori, dando, così, origine ad un fecondo dibattito dottrinario. Si ricordano le straordinarie parole di G. Capograssi, *F. Lopez de Onãte,* in G. Astuti (a cura di), *La certezza del diritto*, cit., p. 10, secondo cui il lavoro di Lopez de Onãte "*se la crisi ... dovesse continuare ed andare sino in fondo, rimarrà un grido, uno degli ultimi inni, alla libertà, al diritto, alla legge, all'individuo che siano risuonati in questo Occidente, che è in pericolo di calare a poco a poco nella notte della massa e dell'orda*". Elogi all'opera di F. Lopez de Onãte giunsero anche da P. Calamandrei, *Certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942, p. 341 ss. Cfr. sul principio in oggetto, N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito*, in *Riv. int. fil. dir.*, XXVIII, 1951, pp. 146-152; si vedano anche M. Longo, *«Certezza del diritto»*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1974, pp. 124-129, e L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino, IV ed., 1998, p. 274 ss., che definisce, sul piano generale, la certezza del diritto come "*la prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti*" [distinguendo tra a) prevedibilità dell'intervento di organi con competenza giuridica decisionale o meramente esecutiva in relazione ad una singola fattispecie concreta, b) prevedibilità della decisione giuridica, c) sicurezza dei rapporti giuridici in virtù di una presumibile stabilità della regolamentazione].

[39] Lo rileva F. Galgano, *I fatti illeciti*, cit., p. 53, che dedica un'ampia analisi alla questione della responsabilità del legislatore. La tendenza a dichiarare incostituzionali alcune norme, per la violazione del parametro di ragionevolezza, si è manifestata anche al di fuori dell'Italia. Lo sottolinea P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., che menziona "*la reasonabless doctrine (fondata sul bilanciamento degli interessi coinvolti), elaborata dalla Suprema Corte statunitense, grazie alla quale lo scrutinio di costituzionalità si è aperto alla valutazione se la misura adottata sia fair, intelligent, just o se, al contrario, essa risulti irragionevole, non appropriata, non necessaria. Si fa riferimento, per altro verso, al giudizio della ponderazione (Abwägung) dei differenti contenuti di valore incorporati dai principi costituzionali, effettuato dal Tribunale costituzionale tedesco*". Grazie a questo, il *willkürvenbot* (cioè, il canone del divieto di atti arbitrari), allineandosi ai principi costituzionali, viene in sostanza a coincidere, dopo un processo di trasformazione, con il principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit)* e con quello della mera idoneità allo scopo (*Zwecktauglichkeit).*

dalla violazione di specifici parametri costituzionali [40].

Deve, dunque, riconoscersi una profonda evoluzione del sistema proprio alla luce del canone della ragionevolezza, con l'effetto di poter affermare che non è sempre corretta l'equazione "*legittimità uguale legalità*" e che "*la legge non è legittima, solo perché legalmente formata*", sicché "*la volontà della maggioranza non è e non può essere la sola misura della legittimità. La maggioranza non può, solo perché tale, imporre leggi arbitrarie, incongrue, incoerenti, ingiuste e lesive dei fondamentali valori di civiltà*" [41].

Se la *ragionevolezza* è, dunque, parametro *esterno* di legalità [42], la sua violazione ben può lasciar configurare un illecito del legislatore anche "fuori" dalle fattispecie espressamente disciplinate dal diritto positivo. Si possono, così, prospettare ipotesi in cui norme conformi, sulla base del dato positivo, alla Costituzione, siano dichiarate illegittime sol perché *irragionevoli*.

Nel solco degli interventi, tracciati dai giudici delle leggi, mai pregiudizialmente restii ad individuare persino casi di *abuso* del potere legislativo [43] (e, cioè, di un esercizio *irragionevole* di

---

[40] Si veda, *ex multis*, Corte Cost., 16 febbraio 1963, n. 7, in *Giur. cost.*, 1963, p. 66, con nota di L. Paladin. Offre una definizione compiuta del concetto di ragionevolezza, Corte Cost., 22 dicembre 1988, n. 1130, in *Foro it.*, 1990, I, c. 67 secondo cui "*il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti*".

[41] Così F. Galgano, *I fatti illeciti*, cit., p. 54.

[42] Cfr. G. Palermo, *L'autonomia negoziale*, II, Torino, 2014, p. 44 ss., il quale afferma, innanzitutto, che la Costituzione, "*fondando la giuridicità dell'ordinamento sull'intangibilità dei diritti umani*" e "*perseguendo sul piano sociale tutti gli interessi che ne costituiscono espressione, ha recepito e ineludibilmente fatto proprio, il principio di ragione*". L'Autore osserva anche che, "*poiché tale principio, denso di valore assiologico, implica che i rapporti interindividuali, oltre a trarre origine dalla loro naturale matrice, si costituiscano, si svolgano e si realizzino nel costante equilibrio di tutte le sfere soggettive, sulle quali essi vengono ad incidere, è stato posto, nella sua parte immodificabile, il corollario per il quale la libertà dell'individuo di autodeterminarsi non può che correre sui binari della solidarietà e della parità, non solo formale, ma sostanziale*". Tali osservazioni danno il senso delle conclusioni cui giunge l'Autore, che prende atto della realizzazione di un sistema, attraverso il quale le istanze del positivismo giusnaturalistico hanno potuto trovare ingresso nell'ordinamento statuale, che "*ha, di converso, assunto le caratteristiche del giusnaturalismo positivo*".

[43] Si veda Corte Cost., 24 ottobre 1996, n. 360, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 19, nonché in *Dir. e giur. agr.*, 1997, p. 22 (con nota di N. Lipari). Già in relazione allo Statuto albertino aveva parlato di eccesso di potere legislativo, S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, cit. p. 199. Fra i primi ad occuparsene nel vigore della Costituzione, C. Mortati, *In tema di legge ingiusta*, in *Giur. cost.*, 1949, I, 1, p. 457. Una parte della dottrina richiama le clausole generali di buona fede e affidamento per i casi di lesione proprio del legittimo affidamento, ingenerato nel cittadino da un comportamento posto in essere dalle autorità statali. Sul punto si veda, F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, p. 115 ss., secondo cui la buona fede costituisce un principio costituzionale trasversale non scritto, che riguarda anche l'attività del legislatore. Cfr. anche C. Pasquinelli, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, cit., p. 232 ss., la quale sostiene che "*la rilevanza in ambito extracontrattuale della buona fede oggettiva – non più confinabile al settore dei rapporti obbligatori ed incentrata su argomentazioni che attingono coerentemente tanto ai dati positivi quanto ad un'identità strutturale tra la bilateralità del conflitto aquiliano e il contenuto relazionale secondo correttezza – si rivela decisiva in quanto idonea a fondare, nella sua veste di criterio valutativo operante a posteriori, la giustificabilità del comportamento dello Stato di fronte all'ordinamento giuridico e, ad un tempo, la concreta priorità degli interessi in gioco*".

tale potere), anche l'autorità giudiziaria ordinaria, sia pure in rare occasioni, non ha esitato ad intravedere ipotesi di cattivo esercizio del potere in parola. Sulla base di ciò si è spinta ad affermare che l'attività normativa, a determinate condizioni, risultava essere stata frutto di "*mala fede del legislatore*" [44], così, configurando il fatto illecito di quest'ultimo, quale fonte di responsabilità, non potendo non essere sanzionato l'abuso, siccome "*censurabile come espressione di mal costume*" [45].

Pare, dunque, poter avere un suo fondamento ritenere che, al riconoscimento della *mala fede* del legislatore, possa accompagnarsi, ove ne ricorrano i presupposti di legge, quello dell'illecito e del conseguente diritto ai danni [46].

c) L'art. 2043 cod. civ. – clausola generale della responsabilità civile [47] – si fonda sulla pre-

---

[44] Sul tema della *mala fede* del legislatore, si veda Cass. civ. 20 maggio1982, n. 3119, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 1718, che ha constatato che il legislatore, per porre riparo ad una scorretta formulazione di una norma, aveva indebitamente utilizzato la tecnica della legge interpretativa per poter legiferare nel passato, con sostanziale effetto retroattivo. La Corte di cassazione ha rilevato, più specificamente, che il legislatore aveva mascherato come legge di interpretazione autentica una legge innovativa con effetto retroattivo; legge censurata, poi, dalla Suprema Corte persino come "*espressione di mal costume*". I giudici di legittimità, in tale occasione, non hanno ritenuto opportuno investire della questione la Corte costituzionale, poiché rientra tra le facoltà attribuite al legislatore quella di attribuire alla legge effetto retroattivo, salvo si tratti di leggi penali. Sul concetto di *mala fede* cfr. più specificamente pp. 26-27.

[45] L'espressione è utilizzata da Cass. civ. 20 maggio 1982, n. 3119, *cit.* Questione analoga è affrontata da Cass. civ. 9 aprile 1990, n. 2965, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2359, la quale ha represso l'abuso, senza investire della questione la Corte costituzionale. I giudici di legittimità, nella citata pronunzia, hanno qualificato la legge come innovativa, in contrasto con la sua qualificazione di legge interpretativa, cosi impedendo la sua applicazione retroattiva.

[46] Aveva colto in anticipo la problematica, F. Galgano, *I fatti illeciti*, cit., p. 56, secondo cui, stante il consolidarsi del principio di ragionevolezza quale parametro esterno di legalità e posto il necessario rispetto – da parte del legislatore ordinario – delle disposizioni costituzionali, "*è coerente ritenere, anche se mancano a tutt'oggi, in Italia almeno, pronunce giudiziarie in tal senso, che sia qualificabile come fatto illecito, produttivo di responsabilità dello Stato, anche l'«illecito costituzionale», ossia la violazione dei principi costituzionali che, al pari della violazione delle direttive comunitarie, abbia arrecato danni ai cittadini, cui compete il diritto al risarcimento nei confronti dello Stato*".

[47] Cfr. R. Scognamiglio, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, p. 42, il quale pone l'accento sulla portata applicativa della nozione di *responsabilità civile*, tradizionalmente riferita ai danni che derivano dalla violazione nel *neminem laedere*, ma che può ritenersi, per certi versi, idonea a ricomprendere anche danni che trovano la loro fonte altrove. In proposito, sempre R. Scognamiglio, voce *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1964, pp. 164 ss. Riflette sul ruolo assunto dalla responsabilità civile all'interno del nostro ordinamento, S. Rodotà, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 605, che opportunamente rileva che "*la responsabilità civile è stata in tutta la fase recente, lo strumento che ha permesso di fornire una prima fascia di protezione giuridica a nuovi beni o interessi*". Parlano di *clausola generale della responsabilità civile*, F. Bocchini e E. Quadri, *Diritto privato*, V, Torino, 2014, p. 1166. Gli Autori, sottolineando la distinzione tra illecito penale e quello civile, affermano che "*mentre ... nel campo dell'illecito penale vale il principio della tipicità dei fatti costituenti reato ... l'illecito civile, in quanto si presenta come contemplato da una clausola generale (prescindendosi, cioè, da una specifica indicazione dei fatti costituenti fonte di responsabilità), è da considerare atipico*". Alla base delle differenze tra i due tipi di illecito si pongono le distinte finalità che essi perseguono: "*il ripristino dell'interesse leso, in quanto considerato meritevole di tutela, nel caso di quello civile; la salvaguardia ... di un interesse pubblico che si reputi minacciato dal comportamento del trasgressore, in quello penale*". La disciplina della responsabilità civile è approfondita da C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2015, p. 45 ss. oltre che da F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, XVII, Napoli, 2015, p. 715, il quale osserva che è compito del giudice stabilire "*se, nel singolo caso, un dato comportamento violi il principio del* neminem laedere".

senza di quattro elementi costitutivi, oggetto di necessaria valutazione da parte dell'interprete: il fatto umano [48], l'"ingiustizia" del danno [49], il nesso di causalità [50] e il carattere doloso o colposo dell'azione [51].

La portata applicativa dell'art. 2043 cod. civ. va precisata.

---

[48] Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 715, il quale rileva che il comportamento umano può essere *commissivo* o *omissivo* "*a seconda che il soggetto tenga un comportamento attivo ... oppure ometta di agire nonostante un obbligo in tal senso*". Si veda anche F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, III vol., II, Padova, 2010, p. 112. L'Autore evidenzia che il fatto umano è assente del tutto nei casi di danno da cose, mentre è presente in quelli di responsabilità indiretta, sebbene commesso da un soggetto diverso da colui che è chiamato a rispondere.

[49] In proposito F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 133 ss., che dedica un approfondito studio al tema dell'ingiustizia del danno, analizzando "*la principale linea di espansione*", seguita proprio dal concetto di ingiustizia. Dopo aver tratteggiato l'evoluzione subita dal danno "ingiusto", oggi ritenuto coincidente con la lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, l'A. giunge ad esaminare anche "*fattispecie estreme*", quali il danno da procreazione, la lesione della sessualità e il fatto illecito del legislatore. Sul punto vanno necessariamente ricordati gli articoli di P. Schlesinger, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, cit., p. 339 e R. Sacco, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, cit., c. 1420, che proposero il superamento dell'equivalenza danno ingiusto – lesione di un diritto soggettivo, già nel 1960 (sul punto si rinvia alla nota 2).

[50] È risarcibile solo l'effetto dannoso che costituisce conseguenza diretta ed immediata dell'evento di danno (c.d. *nesso di causalità giuridica*). Potrebbe, dunque, configurarsi un danno-evento, cioè il verificarsi di un fatto illecito, senza danno-conseguenza, in assenza di prova. Si veda G. Visintini, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, IX, 1984, p. 199; Id., (a cura di), *La responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 9. Cfr. anche P. Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, p. 1 ss. La *causalità* è ampiamente analizzata da P. Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 26 ss., nonché da F. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 92 ss.

[51] La relazione al Codice civile n. 797, sancisce che "*perché il fatto colposo o doloso sia fonte di responsabilità occorre che esso produca un ingiusto danno*", sicché "*la culpa e l'iniuria sono concetti distinti; e quindi si esige che il fatto o l'omissione, per essere fonte di responsabilità, debba essere doloso o colposo ... e debba inoltre essere compiuto mediante la lesione della sfera giuridica altrui*". L'idea espressa dalla relazione al Codice civile n. 797 è approfondita da S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 112 ss., che ha identificato l'ingiustizia del danno con la violazione di una situazione giuridica soggettiva. Evidenzia la natura soggettiva del dolo e della colpa, F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 725. L'Autore osserva che, dovendosi considerare la colpa e il dolo "*elementi (soggettivi) costitutivi della stessa nozione di fatto illecito ... in conseguenza di ciò potrebbe ritenersi che non di fatto illecito si debba parlare (ad onta della rubrica dello stesso art. 2043), ma di atto illecito, perché, in linea di principio, non si potrebbe essere condannati al risarcimento del danno se non in forza di un comportamento volontario*", costituendo i casi di responsabilità oggettiva o per fatto altrui ipotesi eccezionali. Lo stesso A., pur constatando che, comunemente, la fattispecie dell'illecito è costituita da elementi oggettivi e da quello soggettivo della colpevolezza, suggerisce la possibilità di impostare in maniera differente il discorso, nel senso di considerare il profilo soggettivo esclusivamente "*dal punto della individuazione del soggetto tenuto al risarcimento e non già sotto l'aspetto degli elementi costitutivi della fattispecie*". Si orienta verso il superamento di uno schematismo naturalistico della colpa, S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 164, il quale riconosce limpidamente che proprio la colpa sia uno dei criteri di imputazione della responsabilità, ma non l'unico, essendo opportuno valutarla "*in più equi ed esatti termini, aderenti alla realtà legislativa*". Alle medesime conclusioni, perviene anche G. Annunziata, *La responsabilità civile e le fattispecie di responsabilità presunte*", Padova, 2008, p. 4 ss., secondo cui costituisce un errore di prospettiva ancorare il sistema della responsabilità civile all'idea della colpevolezza. Infatti, "*il sistema della responsabilità civile è diverso da quello penalistico, è di tipo riparatorio e non sanzionatorio, e non sempre o non necessariamente è collegato al disvalore o alla riprovevolezza di una condotta*", sicché "*la natura della condotta dannosa interessa fino a un certo punto la legislazione civilistica, il cui obiettivo è funzionalmente, nei limiti del possibile, la tutela del danneggiato in caso di eventi di danno che lo hanno colpito nel patrimonio o nella persona*".

É opportuno, al riguardo, far riferimento alla vicenda che ha condotto all'affermazione della responsabilità per atti della pubblica amministrazione, assunti in violazione, anziché di «diritti soggettivi», di «interessi legittimi», in basi ai principi espressi dalle Sezioni Unite, con la sentenza 22 luglio 1999, n. 500 [52], secondo cui il danno può derivare anche dall'esercizio del potere amministrativo, ove lesivo di un interesse meritevole. In altri termini, a partire da tale pronuncia, il termine "ingiustizia", coincidente con la lesione di una situazione protetta dall'ordinamento giuridico [53], non traduce più solo un danno *contra ius* [54].

Nei casi in cui si constati che il fatto costitutivo della responsabilità civile scaturisce dall'esercizio di un potere amministrativo, la determinazione dell'illegittimità del relativo atto non rappresenta più la condizione per l'accertamento della predetta responsabilità, tanto che la sussistenza del nesso eziologico, tra il fatto costitutivo dell'illiceità e le sue conseguenze, può essere accertata senza necessità di una dichiarazione di illegittimità o di annullamento dell'atto medesimo.

La situazione giuridica soggettiva, dedotta con un'azione di responsabilità civile, dunque, non trae più origine dalla norma attributiva di uno specifico diritto, ma si fonda direttamente sull'art. 2043 cod. civ., norma "aperta", e, in particolare, su di una lettura della stessa in termini di clausola generale del danno ingiusto.

La regola, dunque, è stata ampiamente valorizzata, al punto di poterla considerare oramai rivolta alla tutela di qualunque situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

La ricostruzione teorica che riconduce l'ingiustizia ad una clausola generale – secondo una parte della dottrina – non è suscettibile di accoglimento [55]. Ciò significherebbe riconoscere che ogni giudizio di responsabilità, implicante anche una necessaria determinazione relativa al se il danno sia o meno ingiusto, esiga per questo profilo una valutazione concretizzante dell'interprete. Alcuni Autori ritengono che una tale evenienza non costituisca affatto una costante, risultando assente in talune ipotesi il momento valutativo del giudice, necessario, invece, in presenza

---

[52] Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 123 ss., il quale precisa che la sentenza in parola ha rappresentato la svolta in tema di risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo, superando "*la rilevanza della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi ai fini della risarcibilità ... la Corte ha posto una linea di confine tutta all'interno dell'interesse legittimo in ragione della rilevabilità, nella situazione concreta, di una lesione a un bene della vita già ascrivibile in qualche modo alla sfera giuridica del soggetto privato titolare dell'interesse legittimo. Se dalla ricostruzione della fattispecie, in base alle norme applicabili e alla specifica situazione di fatto, emerge invece che il titolare dell'interesse legittimo, soprattutto in presenza di poteri discrezionali, non ha una ragionevole aspettativa a poter acquisire o a conservare un bene della vita, non vi è spazio pe una tutela risarcitoria*".

[53] Parla di lesione di una situazione protetta dall'ordinamento giuridico, S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 79 ss. Sul concetto di ingiustizia si rinvia alla nota 49.

[54] Lo rileva M. Franzoni, *Danno ingiusto e danno risarcibile*, in Peopil Conference, Convegno Associazione M. Gioia, *Micropermanenti-macroproblemi diritti delle vittime ed esigenze economico politiche tra prospettive nazionali e contesto europeo*, Roma, 2002, p. 1 ss.

[55] Lo sostiene C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 26 ss.

di una clausola generale [56]. Tale orientamento dottrinale si basa sul convincimento che l'assenza di una disciplina costituzionale della responsabilità civile abbia impedito di porre la questione concernente i limiti della stessa che non fossero quelli suoi propri e strutturali, delineati lungo il filo degli elementi della fattispecie, risultante dall'art. 2043 cod. civ. [57] Proprio, gli elementi caratterizzanti la disposizione in parola sono divenuti, però, "*sempre più incerti a mano a mano che prendeva piede in dottrina e veniva fatta propria dalla giurisprudenza l'idea di ingiustizia del danno come clausola generale, la quale ha malamente persuaso la giurisprudenza che l'esito di responsabilità dipenda dai giudizi di valore del giudice*" [58]. Ove si riconoscesse la validità teorica di tali riflessioni critiche, muterebbe il modello operativo prescelto (non più affidato alla valutazione del giudice) ma la tutela esperibile dal cittadino leso rimarrebbe un dato invariabile: si ricondurrebbe il conflitto (intercorrente, ai fini che qui rilevano, tra l'attività del legislatore e il diritto del cittadino a non assistere alla compressione o alla negazione dei suoi diritti fondamentali) al modello dell'esercizio del diritto, costituente una causa di giustificazione, che però non è più tale quando il legislatore abusa del suo diritto, tramite un esercizio dello stesso non funzionale e produttivo di danni agli interessi del titolare. In tale eventualità, "*l'abuso del diritto viene in considerazione come criterio di soluzione del conflitto, peraltro in maniera sempre aliena da una valutazione del giudice*" [59]. L'accoglimento della richiamata teoria determinerebbe, così, l'estraneità delle istanze valutative del giudice con riferimento all'individuazione del requisito dell'ingiustizia (e quand'anche ricorresse una valutazione concretizzante dell'interprete, questa non avrebbe ad oggetto l'ingiustizia intesa come clausola generale, in quanto tale idonea a consentire il riconoscimento di una situazione giuridicamente tutelabile, ma solo il presupposto di un diritto già attribuito per legge) [60], pur rimanendo pacifico il diritto dei *cives* danneggiati ad una tutela risarcitoria per i danni patiti a seguito degli effetti esplicati dalla norma adottata.

d) Se l'esercizio sia del potere *esecutivo* che di quello *giurisdizionale* è ritenuto idoneo a ge-

---

[56] Sottolinea l'assenza del momento valutativo dell'interprete in talune situazioni individuate, C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 28 ss.

[57] Sul punto si veda C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 191 ss.

[58] Il pensiero è espresso da C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 191. Id., *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 4, 2012, p. 787 ss., ribadisce come costituisca una rappresentazione imprecisa di ciò che l'ingiustizia effettivamente significa considerare la stessa una clausola generale, alla stregua dell'art. 1382 del codice civile francese. Ciò perché, se il nostro ordinamento fosse assimilabile a quello francese, l'ingiustizia non assumerebbe un significato effettivo, "*mentre essa c'è nella legge e deve reputarsi sia stata aggiunta con una precisa intenzione significante*". Tale significato, come è proprio di ogni qualificazione, impone che non qualsiasi danno (come previsto, invece, dal codice civile francese) ma solo quello "*suscettibile di tale qualificazione produce l'effetto responsabilità civile*".

[59] Così, C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 29-30, il quale peraltro, al fine di dimostrare che il concetto di ingiustizia non coincida con una clausola generale, prospetta quattro ipotesi alternative, ciascuna configurabile in termini formali, dai quali risulta assente il momento valutativo che, invece, ricorre in presenza di una clausola generale.

[60] Il concetto è formulato sempre da C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 30.

nerare forme di responsabilità ed obblighi di risarcimento, non sussiste valido motivo che possa giustificare un'immunità assoluta del solo potere *legislativo* e, pertanto, una discriminazione siffatta [61]. È stato, inoltre, significativamente sottolineato che, se si ammette che l'esercizio legittimo della funzione legislativa possa dar luogo ad un indennizzo (si pensi alle leggi di nazionalizzazione o di esproprio), "*francamente non si capisce dove risieda l'ostacolo giuridico a che un esercizio illegittimo della funzione legislativa dia luogo a risarcimento del danno*" [62].

Poste tali premesse, resta da verificare la possibilità di ricondurre la responsabilità del legislatore allo schema dell'illecito aquiliano *ex* art. 2043 cod. civ. (o, si vedrà, all'altro schema, *ex* art. 1218 cod. civ.), atteso che la configurazione di una tale forma di responsabilità implica la prova, ben ardua, della sussistenza dell'elemento soggettivo della "colpa" [63], a meno di non vo-

---

[61] La questione relativa alla configurabilità di una responsabilità del legislatore si è posta anche in ordinamenti, che si sono trovati anch'essi a dover dirimere il conflitto concettuale tra la tradizionale irresponsabilità del legislatore, riassunto nella celebre formula "*King can do no wrong*", e la più recente formazione del diritto dell'Unione Europea, che ha posto le basi per un parametro di legalità nuovo (valevole anche sul piano "interno"), idoneo a limitare l'attività discrezionale del legislatore nazionale. Si veda M. Claes, *The national Courts Mandates in the European Costitution,* Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp. 286-287. Cfr. anche H. Barry, *The King can do no wrong*, in *Virginia Law Review*, 11, 5, 1925, p. 349 ss.

La storica tripartizione dei poteri ha fatto sì che anche la Francia – nel cui ordinamento si avverte forte la rigidità di detta tripartizione – accogliesse con estrema diffidenza il principio della responsabilità del legislatore. Il codice civile francese, massima espressione della statualità del diritto, rappresenta il manifesto della libertà ed insindacabilità del potere legislativo. Coerente all'infallibilità del potere legislativo francese era il ruolo svolto dal *Conseil Constitutionel*, che poteva operare un controllo di costituzionalità solo preventivo ed astratto (oggi, in Francia è stato introdotto, a partire dal 2009, il controllo di costituzionalità a posteriori). Solo recenti elaborazioni giurisprudenziali, a fronte di una costante ritrosia a riconoscere forme di responsabilità del legislatore, hanno riconosciuto (mettendo sostanzialmente in discussione l'infallibilità del potere statuale) al cittadino danneggiato un diritto al risarcimento, a causa di violazione del diritto dell'Unione, rendendo così inoperante il principio della "*responsabilité sans faute*". Cfr. Conseil d'Ètat, 8/2/2007, *Gardedieu,* JCP, act. 150. Percorso diverso, invece, è stato seguito dalla Spagna, la cui giurisprudenza, negli ultimi anni, è giunta più agevolmente a riconoscere un risarcimento in favore del soggetto danneggiato da un attività normativa illegittima. In proposito, S. Gonzalez-Varas Ibáñez, *Responsabilidad del estato legislador: pautas de la juriprudencia para determinar la aplicación del articulo 193.3 de la Ley 30/1992*, in *Civitas, Revista Española de Derecho Aministrativo*, 104, 1999, p. 638. Per una analisi più approfondita del tema relativo all'evoluzione della responsabilità del legislatore nel panorama europeo, si veda L. Bairati, *La responsabilità dello Stato – legislatore, la componente culturale e gli impulsi della Corte di Giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali*, cit., p. 15 ss.

Riflette sulle ragioni che militano a favore della caduta del "mito", rappresentato dall'onnipotenza del legislatore, C. Panzera, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Pol. dir.*, XXXVIII, 3, 2007, p. 347 ss., che si sofferma sul peso dell'incidenza – nell'ottica del superamento del dogma dell'irresponsabilità dello Stato – dell'avvento delle Costituzioni rigide e dell'affermarsi del controllo di costituzionalità delle leggi.

[62] L'espressione è di G. Tesauro, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria,* Napoli, 2006, p. 27 ss.

[63] Pare utile dare conto dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in C. Giustizia UE, 5 marzo 1996, cit., che, con riferimento ai profili risarcitori per i danni cagionati ai singoli dagli Stati membri dell'Unione per inosservanza del diritto sovranazionale, *in primis* evidenzia come la nozione di colpa non abbia il medesimo contenuto nei singoli ordinamenti giuridici. In base a tale rilievo, i giudici di Lussemburgo ritengono che il giudice nazionale non possa, nell'ambito della normativa interna che esso applica, subordinare il risarcimento del danno alla sussistenza di una "*condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, che si aggiunga alla violazione manifesta e grave del diritto comunitario*", posto che quest'ultima costituisce, in settori nei quali gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale in ordine alle scelte normative, una condizione proprio per il riconoscimento di un diritto al risar-

ler procedere – come parte della dottrina ha suggerito [64] – ad un'indagine proprio sulla "colpa" da condurre in senso obbiettivo (come avviene nei casi di violazione della legge, di regolamenti, di ordini, di discipline) [65], purché la stessa non finisca per tradurre una forma di responsabilità oggettiva, determinando, così, una sostanziale irrilevanza dell'elemento psicologico [66].

Alcuni Autori, sempre in tema, hanno considerato fondato il richiamo alla nozione di *culpa in re ipsa* [67], sul presupposto che risulterebbe incongruo accogliere una nozione soggettiva di tale elemento [68] (più adeguata, infatti, se riferita alle persone fisiche o ai privati, in relazione ai quali la prova della sua sussistenza risulta, con più evidenza, caratterizzata da attività connotate da una discrezionalità maggiormente circoscritta e limitata, rispetto a quelle degli organi pubblici) [69]. In ogni caso, mutuando i principi valevoli per la responsabilità della Pubblica Amministrazione e applicandoli al tema della responsabilità del legislatore, si può affermare che i danni cagionati nell'esercizio della funzione pubblica e scaturenti dall'adozione di un provvedimento idoneo a ledere diritti fondamentali del cittadino impongano, necessariamente, la valutazione dell'elemento psicologico non già dei funzionari-agenti, bensì dell'*apparato* nel suo complesso. Ai fini dell'accertamento dell'elemento psicologico della colpa dello Stato-legislatore, inteso dunque come *apparato*, sembra opportuno fare riferimento non solo al momento conclusivo, in occasione del quale – a causa del provvedimento adottato – il danno si è prodotto, ma anche alla fase precedente in cui il legislatore si è organizzato per la creazione e la formulazione della leg-

---

cimento del danno. Il principio, ove fosse stato recepito a pieno anche per i danni cagionati ai singoli dal legislatore nazionale, avrebbe consentito al cittadino di provare più agevolmente l'eventuale illecito derivante dall'attività legislativa dello Stato.

[64] Cfr. F. Patroni Griffi, *Riflessioni problematiche su alcuni elementi dell'illecito*, in D. Sorace (a cura di), *Le Responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, p. 215 ss.

[65] Di recente, T.A.R. Milano (Lombardia), 6/4/2016, n. 650, in *Guida al diritto*, 2016, 19, p. 98 ss., è giunto, persino, a riconoscere il carattere doloso dell'inadempimento della Pubblica Amministrazione, giudicando non possibile "*che lo Stato ammetta che alcuni suoi organi ed enti, qual è la Regione Lombardia, ignorino le sue leggi e l'autorità dei tribunali, dopo che siano esauriti tutti i rimedi previsti previsti dall'ordinamento, in quanto questo comporta una rottura dell'ordinamento costituzionale non altrimenti sanabile*".

[66] Il principio è stato affermato, seppure con specifico riferimento all'attività della Pubblica Amministrazione, in Cass. civ. 24 maggio 1991, n. 5883, in *Foro it.*, 1992, I, p. 453, nonché in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1553.

[67] La considera, però, "*soluzione inappagante*", C. Buonauro, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, cit., p. 237.

[68] Sul punto si veda R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., p. 129.

[69] Si registra una tendenza degli ordinamenti ad una "*oggettivazione*" della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione, nell'ottica di una tutela maggiore (l'onere probatorio risulterebbe facilitato) dei soggetti danneggiati. Si veda sul punto P.G. Monateri, voce *Responsabilità civile*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1998, p. 8 ss. Anche la Francia è stata interessata dal delineato processo di "oggettivazione". Il sistema della "*responsabilité sans faute*", elaborato dal Conseil d'Etat nei confronti della P.A., determinerebbe un sostanziale regime di favore, anche sul piano probatorio, per il privato danneggiato. Cfr. M. Waline, *La responsabilità amministrativa in diritto francese*, in E. Cannada-Bartoli (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1976, p. 71. Sembra invece scettico sulla ricostruzione in chiave oggettiva della responsabilità del legislatore F. Merusi, *Conclusioni*, in F. Dal Canto (a cura di), *La responsabilità dello Stato*, Pisa, 2006, p. 430 ss., il quale pare favorevole alla configurabilità di una responsabilità per colpa tanto sul piano dell'illecito comunitario quanto su quello di eventuale un illecito costituzionale.

ge [70]. Autorevole dottrina (pur se con specifico riferimento all'attività della Pubblica Amministrazione) peraltro ritiene che, in tali ipotesi, non incomba sul danneggiato la prova della colpa dell'apparato pubblico, ma sia onere di quest'ultimo provare sia il suo corretto funzionamento sia la circostanza che la norma adottata non si ponga in contrasto con i diritti fondamentali del cittadino [71]. È ragionevole, infatti, sostenere che l'onere della prova debba gravare sul soggetto che si trova nella migliore posizione per assolverlo: in ciò si sostanzia, infatti, il criterio della "*vicinanza alle fonti di prova*" [72].

L'accettazione di una tesi che ancora al dettato normativo dell'art. 2043 cod. civ. le conseguenze derivanti dal cattivo esercizio del potere da parte del legislatore ha ulteriori e rilevanti ripercussioni giuridiche. Oltre alla complessa prova, a carico dei *cives* danneggiati, dell'elemento psicologico che connota l'attività normativa dello Stato (a meno che, come è auspicabile, non si opti per la tesi, sopra prospettata, che impone al legislatore di fornire la prova dell'assenza di colpa nella svolgimento e nel risultato finale della sua attività), sarebbe onere degli stessi cittadini dimostrare il nesso di causalità tra il *fatto* del legislatore (che, in tali casi, si identifica con la norma emanata) e l'effetto (che coincide con le conseguenze giuridiche e sociali suscettibili – a seguito della vigenza della norma – di comprimere i diritti fondamentali del soggetto leso). Il rapporto di causalità "*non va inteso in senso naturalistico*" [73] e, cioè, come una forma di *causalità materiale* né può più essere concepito soltanto come *regolarità statistica*, alla cui stregua il fatto costituirebbe la causa efficiente dell'evento [74]. Oggi tende, infatti, ad affermarsi una nuova concezione del nesso causale, comunemente definita *consequenzialità scientifica* o "*credibilità razionale*" [75]. Questa presuppone che la norma debba ineludibilmente rappresentare la *condicio sine qua non* della compressione o addirittura della negazione di diritti fondamentali del singolo, "*il fattore in difetto del quale il danno non si sarebbe verificato*" [76]. Orbene, se si considera altresì che il soggetto danneggiato, al fine di ottenere un ristoro effettivo conseguente alla lesione di un suo diritto fondamentale, deve dimostrare – entro il termine prescrizionale di cinque anni (e non già di dieci anni, come previsto dalle norme che regolano la responsabilità da ina-

---

[70] Il concetto di "*colpa dell'apparato*", normalmente riferito all'attività della Pubblica Amministrazione, è riferibile a tutti quei casi in cui quest'ultima non si cura di adottare i "*modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire*" (così definiti dal d.p.r. n. 231/2001) gli illeciti e, quindi, delle misure idonee ad evitare il danno di cui all'art. 2050 cod. civ.

[71] Lo sostiene F. Galgano, *I fatti illeciti*, cit., p. 88.

[72] Tale criterio è stato utilizzato dalla giurisprudenza già tempo addietro. Si veda sul punto Cass. 25 maggio 1964, n. 1270, in *Foro it.*, 1965, I, c. 2098.

[73] Così, F. Galgano, *I fatti illeciti*, cit., p. 70.

[74] Ciò, però, non significa che la teoria della *regolarità statistica* sia stata accantonata totalmente. Essa è ancora idonea ad affermare la sussistenza del rapporto di causalità pur non valendo per escluderla. Un eventuale basso tasso di regolarità statistica non esime necessariamente un soggetto da responsabilità in presenza di un grado elevato di *consequenzalità scientifica* (o, secondo una definizione offerta dalla giurisprudenza, *credibilità razionale*).

[75] La locuzione è utilizzata già da Cass., S.U., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Foro it.*, 2002, II, c. 619.

[76] Si esprime in tali termini, F. Galgano, *I fatti illeciti*, cit., p. 74.

dempimento) – anche l'ingiustizia del danno, si riesce agevolmente a comprendere come la disciplina non sia di favore per il cittadino.

Per queste e per le ulteriori motivazioni che saranno esposte, parrebbe più fondata una ricostruzione teorica alternativa che riconduca la responsabilità del legislatore all'interno del paradigma normativo di cui all'art. 1218 cod. civ., la cui disciplina probatoria è, peraltro, meno gravosa per il danneggiato rispetto a quella prevista dall'art. 2043 ss. cod. civ.

3. – La responsabilità dello Stato potrebbe rinvenire, così, la sua fonte nell'art. 1218 cod. civ. e, cioè, dipendere dall'inadempimento di un'obbligazione [77].

L'adesione a tale tesi fonderebbe la sua *ratio* e troverebbe conforto teorico nel rilievo che il legislatore non ha, nell'ambito del suo pur ampio potere discrezionale di legiferare, un obbligo sull'*an* (cioè, il dovere di creare una norma), quanto piuttosto, in forza del rapporto di fiducia Stato-cittadino (che si traduce nella rappresentanza politica), solo un obbligo sul *quomodo* della legge, che non potrebbe non risultare conforme ai parametri costituzionali, così che il consociato abbia, quantomeno, la facoltà di riporre un giustificato e legittimo affidamento sulla circostanza che, laddove il legislatore ritenga opportuno emanare una legge, questa non rechi principi contrastanti con quelli espressi dalla Carta costituzionale.

Occorre, pertanto, proseguire nell'indagine per verificare se vi sia, effettivamente, la possibilità di riconoscere un diritto ai danni derivanti da un'attività normativa illegittima (e/o ad un indennizzo, in caso di attività dannosa ma non antigiuridica posta in essere dallo Stato) [78] e, correlativamente, sondare la sussistenza di un concreto obbligo di prestazione nella produzione di norme in linea con principi fondamentali; per l'effetto, stabilire se sia configurabile l'obbligo di

---

[77] Per un approfondimento sulla responsabilità da inadempimento in generale, cfr. F. Galgano, *Diritto civile e commerciale, Obbligazione e contratti*, II, Padova, 2004, p. 56. Si veda anche G. Cian e A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2008, p. 1249 ss., i quali pongono l'attenzione sul fatto che il "*problema ermeneutico fondamentale riguardante*" l'art. 1218 "*nasce dal suo coordinamento con l'art. 1176*". Per uno studio dei differenti orientamenti ermeneutici in tema di responsabilità da inadempimento, si vedano G. Osti, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 593 ss. e U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, A. Cicu e F. Messineo (a cura di), già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, XVI, 2, Milano, 1984, p. 44 ss. Per una ricostruzione analitica degli attuali profili della responsabilità da inadempimento, si veda S. Mazzamuto, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, fasc. 3, 2014, p. 173.

[78] Cfr. T.A.R. Bari (Puglia) 2 settembre 2014, n. 1049, in *Red. Giuffrè amm.*, 2014, la quale, con riferimento ai rapporti tra le due forme di ristoro, ha precisato che "*l'equo indennizzo e il risarcimento del danno (sia esso patrimoniale o non patrimoniale) sono tra loro compatibili e cumulabili, senza che l'importo eventualmente liquidato a titolo di equo indennizzo possa essere detratto da quanto spettante a titolo di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale o extracontrattuale del datore di lavoro*". Sulla distinta funzione tra indennizzo e risarcimento del danno, si veda, Trib. Noc. Inf., 16 aprile 2014, n. 599, in Redazione Giuffrè 2014, che ha affermato come sia "*ben nota la diversa funzione e natura dell'indennizzo rispetto al risarcimento del danno: l'uno ha la funzione di riequilibrio dell'altrui sfera giuridica in dipendenza di un fatto che non riveste i caratteri dell'illecito, mentre l'altro ha la funzione di reintegrare la sfera giuridica del soggetto leso dall'altrui fatto illecito*".

risarcire i danni, nel caso in cui il legislatore non esegua "*esattamente la prestazione dovuta*" (cioè, quella di produrre norme conformi al dettato costituzionale), secondo la generale previsione di cui al citato art. 1218 cod. civ. [79].

Da un lato, non si può affermare che il singolo cittadino sia titolare attivo di un'obbligazione nei confronti dello Stato che gli consenta di ottenere da questi l'adempimento di una prestazione, avente ad oggetto la mera produzione di una norma (poiché, altrimenti, ne risulterebbe compressa totalmente la discrezionalità legislativa, concedendo la possibilità, ad ogni cittadino, di sindacare – non già politicamente, che è facoltà concessa a tutti, bensì giuridicamente – il *merito* di una legge). Viceversa, però, appare sostenibile che lo Stato, nella sua attività di normazione, sia vincolato a produrre norme conformi ai principi fondamentali, posti a base di un qualsiasi Stato di diritto e della Costituzione [80].

---

[79] Si esprime sul danno risarcibile e sulla prova necessaria ai fini del risarcimento, T.A.R. Milano (Lombardia) 5 giugno 2009, n. 3925, in *Foro amministrativo* T.A.R., 2009, 6, p. 1692, ha rilevato che, anche in tali ipotesi, "*il danno patrimoniale non consegue in re ipsa alle violazioni degli obblighi e dei doveri ma è subordinato all'assolvimento dell'onere di provare l'esistenza del pregiudizio invocato. Gli artt. 2043, 1218 e 1223 c.c. distinguono in modo chiaro tra la lesione e la perdita (solo eventuale) cosicché non è possibile il mero utilizzo di formule standardizzate, occorrendo invece l'allegazione e la prova di concrete circostanze comprovanti l'incisione della propria sfera giuridica. Un limite strutturale del nostro sistema di responsabilità, infatti, afferisce proprio all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva dal momento che l'evento, il fatto materiale e naturalistico, quale effetto del comportamento ingiusto, non può avere alcuna rilevanza autonoma. Il danno ingiusto è risarcibile soltanto come pregiudizio effettivamente conseguente ad una lesione. È sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale o patrimoniale, alla quale il risarcimento deve essere equitativamente commisurato*".

[80] Dedica un ampio studio all'impianto valoriale sotteso alla Costituzione, G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, J. Luther (a cura di), Il futuro della costituzione, Torino, 1996, p. 76 ss., che distingue la "*Costituzione come imposizione*" (implicante una divisione tra dominato e dominante e che "*presuppone una vicenda storica a due parti, l'una delle quali sia prevalsa sull'altra*") dalla Costituzione come "*reciproco riconoscimento e coinvolgimento*" e dunque "*atto di forze amiche, o concorrenti ma non ostili*" e dunque "*ricognizione obbligante dei valori politici in campo. Qui non ci sono tanti comandi costituenti quanti sono tali valori riconosciuti ma c'è piuttosto il riconoscimento o il rispecchiamento di una situazione pluralistica, accompagnato dal mutuo consenso al rispetto di tutte le posizioni riconosciute*". Siamo dunque di fronte ad una "*ricognizione accettata di valori politici ... che si unisce ad un patto di comune soggezione ad essi*"; l'Autore propone, in via di "*approssimazione*", la definizione di "*costituzione-accordo*" o di "*costituzione-contratto*" con la precisazione che non si tratta (né può trattarsi) di contratto non essendovi "*parti*" e poiché, con riguardo al contenuto "*le norme costituzionali non costituiscono la fonte di diritti e doveri differenziati e reciproci che qualifichino diversamente una parte dalle altre, come in un vero contratto. La costituzione crea diritti e doveri «assoluti», non privilegi «relativi». La costituzione in quanto costituzione moderna basata sull'uguaglianza, vale tutta per tutti. Pluralismo costituzionale non significa ... somma di enclaves particolari, non significa corporativismo. Quanto le varie parti costituenti pretendano venga sancito dalla costituzione è spesso «particolare» quanto a provenienza, ma è certamente generale come contenuto, così come particolari e generali, nel medesimo senso, sono le ideologie politiche che pluralisticamente vengono riversate nella costituzione. ... la costituzione pluralistica non è né un comando né un contratto*". In tale quadro, il carattere proprio della Costituzione pluralistica non può essere assimilato o parificato all'interpretazione della legge o del contratto a causa delle ineliminabili differenze che sussistono tra questa (forma di) Costituzione e tali ulteriori tipologie di atti. Riflette sulla natura giuridica e politica della Costituzione, N. Luhmann, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 101 ss., L'Autore si interroga su come sia possibile concepire la Costituzione come un'istituzione dei due si-

La conseguenza è che, nei casi in cui la prestazione non abbia le qualità "fisiologicamente" richieste da (e ad) uno Stato di diritto (*id est*, quando la norma si pone in contrasto con i diritti primari dell'individuo, causando danni), appare fondata l'idea di riconoscere una forma di responsabilità e di accordare una riparazione ai *cives* danneggiati. Il rapporto *fiduciario* intercorrente tra cittadino e Stato può, perciò, considerarsi non rispettato ogni qual volta quest'ultimo emani norme che si caratterizzano per essere *irragionevolmente* lesive in concreto dei diritti fondamentali dell'individuo.

Questo è, dunque, il primo dato sicuro: l'obbligo del rispetto, anche da parte del legislatore, dei fondamentali [81] diritti del singolo [82], per irragionevolezza di ogni determinazione lesiva di questi.

Un ulteriore elemento fa leva sul rilievo che, ai sensi dell'art. 1173 cod. civ., fonte dell'obbligazione deve ritenersi non soltanto il contratto o il fatto illecito, ma, altresì, "*ogni altro atto o fatto idoneo*" a produrla, "*in conformità dell'ordinamento giuridico*" [83].

---

stemi giuridico e politico. I citati sistemi seguono "*codici differenti e precisamente il codice diritto – non diritto da un lato e il codice potere – non potere dall'altro. Essi servono a funzioni differenti e quindi proiettano codici e funzioni in modo differenti. Sono reciprocamente competenti ma ciascuno in senso diverso. La loro ripetitiva autoproduzione (autopoiésis) viene quindi realizzata in network del tutto differenti*", sicché "*un minimo di rigore teoretico impedisce la loro identificazione*". L'A. osserva che la teoria costituzionale non è stata fino ad ora in grado di fornire una risposta alla questione (se non con un'attribuzione unilaterale alla Kelsen). Tale circostanza "*ha condotto a una peculiare ambivalenza del concetto di Costituzione*", contribuendo al rifiuto di concepire politica e diritto come sistemi separati, pur se "*la funzione della Costituzione nel sistema politico ... è del tutto analoga a quella svolta nel sistema giuridico.*

[81] Individua il preciso significato dell'attributo "*fondamentali*", C. Mortati, *Costituzione dello Stato*, *La costituzione italiana*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 214 ss., ora anche in Id., *Raccolta degli scritti*, vol. II, p. 367, secondo cui tale aggettivo, utile a qualificare alcuni diritti, esprime "*la funzione ad essi assegnata di porre le linee direttive del disegno poi svolto nelle parti successive, di fornire il criterio generale di interpretazione, suscettibile di riunire in un insieme unitario le molteplici manifestazioni di vita dello Stato, segnando altresì i limiti invalicabili ad ogni mutamento costituzionale*".

[82] La prima parte della Costituzione, concernente le libertà costituzionalmente garantite, arricchisce i classici diritti di libertà, civili e politici con esplicite garanzie costituzionali (riserva di legge anche rinforzate, riserve di giurisdizione, ecc.) ampliando la protezione del singolo sia nei confronti della repressione penale che dell'azione dei soggetti pubblici (art. 28 Cost.). A tal proposito, va ricordata la considerazione di C. Mortati, *Costituzione dello Stato*, cit., p. 372, secondo cui: "*L'insieme veramente imponente delle menzionate garanzie, così organicamente ordinate fra loro, deve essere apprezzato non solo per il suo valore diretto di protezione della persona, ma altresì per l'influenza indiretta che la maggior parte delle medesime esercita sul buon esercizio delle libertà politiche, [anch'esse oggetto di una disciplina che ne assicura il pieno godimento a tutti (art. 48)] e quindi sulla funzionalità del complessivo regime democratico*".

[83] Cfr. G. Cian e A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1988, III, p. 835, che sottolineano il carattere elastico dell'art. 1173 cod. civ. Sull'operazione legislativa che ha indotto il legislatore ad optare per l'attuale formulazione della norma, si veda C. A. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, P. Rescigno (diretto da), IX, Torino, II, 1995, pp. 23 ss. In proposito anche M.B. Chito, *Artt. 1173-1187*, in P. Rescigno (a cura di), *Codice civile*, VII, 2008, pp. 2041 ss., che osserva come "*attesa la realtà della nostra società pluralista, può di certo considerarsi superato il rigido sistema «per fonti» tipizzate e la distinzione fra obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, mentre il richiamo della norma all'ordinamento giuridico consente di inserire tra le fonti, princìpi, soprattutto di rango costituzionale, che trascendono singole proposizioni legislative: si pensi ai doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale; alla rimozione delle diseguaglianze di fatto, al diritto-dovere al lavoro etc.*". Si esprime, invece, in senso favorevole alla distinzione netta tra obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, A. Di Majo, *Adempimento in generale, artt. 1177-*

Il nostro ordinamento giuridico si caratterizza per la presenza della citata norma, anch'essa di carattere generale, diretta all'individuazione delle varie fonti delle obbligazioni; norma che riconduce la *responsabilità* all'inadempimento di un'obbligazione, ovvero ad un "*danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui*" [84].

L'attuale codice civile – a differenza di quello precedente [85] – si contraddistingue, quindi, per "*un sistema delle fonti aperto e non più chiuso*" [86], sicché "*ogni atto o fatto*" può risultare idoneo alla produzione di un'obbligazione, allorquando ciò risulti possibile, in base ad un'ampia valutazione, fondata sui principi propri dell'ordinamento giuridico [87].

Alla stregua di tali rilievi, dunque, non va, aprioristicamente, esclusa un'opzione ermeneutica in base alla quale il legislatore possa considerarsi *obbligato*, *ex* art. 1173 cod. civ., e per l'effetto, al risarcimento dei *danni*, *ex* art. 1218 cod. civ., qualora non adempia esattamente ai suoi obblighi di prestazione, e, cioè, quando nell'esercizio del suo potere, lo eserciti in violazione dei principi fondamentali, arrecando danni ai singoli.

Non a caso, nell'ambito della categoria delle obbligazioni descritte, si è ritenuto che vadano comprese tutte quelle che implicano l'obbligo di corrispondere indennizzi in favore dei soggetti, che hanno visto compressi o repressi loro diritti primari: l'indennizzo, *ex lege* n. 89 del 24 marzo 2001 (c.d. legge Pinto) [88], costituisce, esemplificativamente, una specifica obbli-

---

1200, in F. Galgano (a cura di), *Delle obbligazioni*, IV, *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1994, p. 167 ss. Per un approfondimento relativo alla disciplina delle *obbligazioni* in generale, si rinvia a M. Giorgianni, voce *Obbligazione (Diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, pp. 589-590. In proposito anche P. Rescigno, voce *Obbligazioni (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 164, R. Miccio, *Delle obbligazioni in generale*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, Torino, 1982, p. 28, nonché A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 502 ss. Per una distinzione illuminante tra obbligo ed onere, si veda F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, I, 1940, p. 71 ss. e p. 208 ss., il quale afferma che "*il genus commune è la necessitas, la differentia specifica riguarda la coincidenza tra il soggetto necessitato e il soggetto dell'interesse tutelato, che si riscontra nell'onere e non nell'obbligo: mentre l'obbligo è necessità di subordinare un interesse proprio a un interesse altrui, l'onere è necessità di subordinarvi un altro interesse proprio*". Pone l'accento sulla determinatezza dei soggetti dell'obbligazione, A. Chianale, voce *Obbligazione*, *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, p. 340. Sul carattere patrimoniale della prestazione si rimanda a C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, Obbligazione, Milano, 1990, pp. 68 ss., che approfondisce anche la questione legata ai doveri di *correttezza*, gravanti su debitore e creditore. Infine, per un'analisi dell'art. 1176 cod. civ., cfr. S. Rodotà, voce *Diligenza*, in *Enc dir.*, XII, 1964, p. 542.

[84] Così Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, che ha affermato espressamente, come si è già evidenziato, che la norma disciplinante la responsabilità aquiliana è da considerarsi primaria e non già secondaria, volta ad assicurare un ristoro del danno ingiusto subito da un soggetto a causa di un'attività (commissiva o omissiva) altrui.

[85] La genesi del codice civile italiano è stata oggetto di approfondimenti da parte di G. Alpa, *Il codice e la responsabilità civile: origine di un testo*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, I, p. 513.

[86] Lo rileva, *ex multis*, F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, XVII, cit., p. 577.

[87] In proposito, F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 577.

[88] Dopo un lungo *iter* legislativo ed a seguito delle intimazioni provenienti dalle istituzioni europee, l'Italia ha provveduto ad emanare la legge 24 marzo 2001, n. 89, volta ad assicurare una tutela effettiva sia al termine di durata ragionevole dei processi (la ragionevole durata dei procedimenti è tutelata dall'111 Cost. e dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), che al diritto all'equa riparazione, nei casi di violazione del predetto termine. Giova precisare che "l'*equa riparazione per la non ragionevole durata del processo non si configura come obbligazione* ex delicto *ma come obbligazione* ex lege, riconducibile, *in base all'art. 1173 cod.*

gazione, a carico dello Stato, rientrante nell'ambito di quelle testé descritte [89].

La riconduzione della responsabilità del legislatore all'interno del perimetro applicativo segnato dall'art. 1218 cod. civ. assume una valenza pratica oltre che teorica. Il cittadino danneggiato che agisse per il risarcimento del danno sarebbe onerato solo della prova dell'entità (cioè, del danno effettivamente patito a seguito della compressione di un suo diritto fondamentale) e del fatto storico (*id est*, la norma) dell'inadempimento. Non sarebbe invece necessario che egli dimostri la caratterizzazione psicologica del fatto. Spetterebbe eventualmente solo allo Stato-legislatore fornire, ove lo ritenga opportuno, la prova liberatoria dell'assenza di colpevolezza.

È una regola che va opportunamente coordinata con altre disposizioni presenti all'interno del codice civile e, in particolare, con quella dettata dall'art. 1176 cod. civ. (nel caso di specie, con il 2° comma del medesimo articolo), che impone al debitore di adempiere la prestazione con diligenza, la quale – in presenza di obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale – deve valutarsi tenendo conto della natura dell'attività esercitata. Il concetto di diligenza va inteso in termini oggettivi, con riferimento al concreto contenuto del rapporto in questione. Se si ha riguardo esclusivamente al limite imposto al legislatore – nella sua attività di normazione – del rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, potrebbe ipotizzarsi che un tale dovere configuri un'*obbligazione di risultato* [90]. Ciò significa che il legislatore, potendo discrezionalmente legiferare e selezionare valori mediante tale attività, incontra il solo limite del divieto di ledere diritti primari dei singoli ed è vincolato al rispetto di questi. In questo senso, lo sforzo di diligenza "*non rileva di per sé ma in via strumentale al perseguimento dello scopo stesso*" [91].

4. – Si è detto che non può certamente configurarsi una responsabilità del legislatore e perciò l'obbligo dello stesso ai danni, ogniqualvolta una norma sia dichiarata incostituzionale.

Cionondimeno deve riconoscersi – a carico del legislatore – un obbligo riparatore (o risarcitorio in senso stretto), allorquando allo stesso sia riconducibile una normativa che, ben oltre

---

civ., "*ad ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*". Così, Cass. civ. 26 luglio 2002, n. 11046, in *Danno e resp.*, 2002, p. 1114. Nello stesso senso, *ex multis*, si segnalano Cass. civ. 22 gennaio 2003, n. 920, in *Guida al diritto*, 2003, 13, p. 64, nonché Cass. civ. 16 febbraio 2005, n. 3117, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 4.

[89] Cfr. G. Cian-A. Trabucchi, *Commentario breve al Codice civile*, IX Ed., Padova, 2008, pp. 1099-1100.

[90] Sul tema si veda Cass., SS.UU., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Il civilista*, 2010, 2, p. 86, nonché in *Giust. civ.*, 2009, 11, I, p. 2532, la quale ha messo in discussione la validità del distinguo teorico tra obbligazioni di mezzi e di risultato. La distinzione, infatti, risulta caratterizzata da taluni profili problematici – specialmente se applicata alle prestazioni d'opera intellettuale – in considerazione della natura stessa del rapporto obbligatorio e tenuto conto che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni. Queste ultime richiedono sempre la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché la differenziazione risulta passibile di critica, atteso che in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve profondere per ottenerlo.

[91] Così, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 638.

dall'essere solo incostituzionale, risulti frutto di assoluta *irragionevolezza* [92].

Proprio l'irragionevolezza integra il primo presupposto di ammissibilità di un'azione di danni. Tale parametro, si badi, "*si sottrae a qualunque previa indicazione di un preciso contenuto, mentre al contempo dichiara che oggetto del suo contenuto è il «diritto vivente»*" [93]. In una tale prospettiva, risulta spezzato lo schema argomentativo che ha costituito il sottofondo all'ipostasi della certezza del diritto, "*perché il giudizio non si forma più sulla base di uno schema nomologico-deduttivo*" [94], ancorandosi invece ad un criterio più elastico, accomunabile ad un principio di giustizia.

Perciò, il tentativo di individuare dei requisiti tipizzati, in presenza dei quali una determinata legge può considerarsi irragionevole, è destinato a naufragare se è vero che deve essere valutata dall'interprete la realtà sociale che il caso concreto gli pone di volta in volta davanti. Si possono solo provare ad individuare presuntivamente alcuni indizi che possono consentire al giudicante di accertare – ma solo e sempre all'esito di un'analisi concreta – il carattere irragionevole di una norma. Il *controllo di ragionevolezza* può essere condotto – pur se solo presuntivamente – non solo attraverso l'ordinaria constatazione dell'errore (che di per sé non è sufficiente ai fini del giudizio) rilevabile con il sindacato di costituzionalità, ma altresì mediante la verifica della "scusabilità" o meno dell'errore medesimo. A sua volta, tale scusabilità (o inescusabilità) dell'errore va analizzata in relazione a quella che è stata definita come "*soglia di tollerabilità*" [95], quale limite all'attività normativa che, oltre a dover essere conforme alla Costituzione, non può comportare irreversibili pregiudizi ai singoli, sopprimendo diritti fondamentali e la cui definitiva negazione esclude, infatti, del tutto che possa trattarsi di una normativa propria di uno Stato di diritto. È così delineato il secondo presupposto dell'obbligo riparatore.

La contestuale presenza dei due requisiti testé menzionati può potenzialmente condurre a rafforzare le conclusioni sin qui tratte, in tutti quei casi, cui si è già fatto riferimento, di *mala fede*

---

[92] Si veda S. Patti, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, cit., il quale evidenzia come il tema della ragionevolezza stia diventando la bussola interpretativa di orientamento di ogni operazione applicativa. Tale parametro viene invocato "*quale strumento per individuare la soluzione più adatta ai tempi e alle circostanze, più logica e rispondente alle esigenze economico-sociali del momento, senza eccessive preoccupazioni di conformità della soluzione incentrata sul dato di diritto positivo e di obbedienza alle regole di interpretazione della legge*". Si sofferma sul ruolo assunto dal principio di ragionevolezza, N. Lipari, *Per un ripensamento del diritto intertemporale*, in *Riv. trim. dir. civ. proc. civ.*, fasc. 2, 2012, pp. 369 ss. L'illustre Autore rileva che – nei casi in cui la Corte costituzionale fa appello al parametro della ragionevolezza per stabilire la disciplina dei fatti accaduti in pendenza di una successione di leggi nel tempo – "*ancorché il ragionamento si fondi ancora su paradigmi classici, il semplice riferimento*" al predetto canone "*è di per sé idoneo a farli saltare perché sposta la soluzione del problema su di un territorio del tutto asimmetrico rispetto a quello di un semplice confronto tra testi*".

[93] Si esprime in tali termini, N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. civ. proc. civ.*, fasc. 4, 2015, p. 1115 ss., il quale riflette limpidamente sulla circostanza che, divenendo il parametro di ragionevolezza il criterio principe nell'instrumentario del giurista, anche una questione di legittimità costituzionale, inizialmente ritenuta infondata, può poi essere accolta in funzione del mutamento della realtà sociale.

[94] Così ancora N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 1115.

[95] L'espressione è di Cass. 7 ottobre 2003, n. 310, in *Ced Cass.*, nonché similmente Corte Cost., 28 maggio 2004, n. 155, in *Giur. it.*, 2005, p. 1804.

del legislatore, riscontrabile quando questi abusa del suo potere e, cioè, allorquando, dietro la falsa rappresentazione dell'esigenza di proteggere determinati interessi giuridicamente rilevanti (ai fini che qui rilevano, costituzionalmente protetti), persegue obiettivi differenti. La figura dell'abuso del potere legislativo traduce concettualmente una forma di abuso del diritto, fattispecie non disciplinata espressamente dal legislatore, ma menzionata in relazione ad alcune disposizioni specifiche del codice civile [96].

L'accertamento della mala fede del legislatore, dunque, può fondarsi presuntivamente sui requisiti precedentemente descritti, ma richiede necessariamente una valutazione del caso concreto da parte del giudice, essendo arduo configurare ipotesi standardizzate di abuso.

Un'ultima riflessione merita la questione relativa all'indagine su quelli che sono stati definiti diritti primari incomprimibili.

In effetti, tra i diritti costituzionali vi sono (e in buona parte) alcuni che, ragionevolmente, ben possono essere compressi e, persino, soppressi nel bilanciamento, ad opera del legislatore, di contrapposti interessi di pari rango; ed è chiaro che, ove il legislatore proceda ad un *ragionevole* bilanciamento di confliggenti interessi, nulla gli potrebbe mai essere imputato.

Viceversa, vi sono diritti costituzionali, immancabilmente tutelati anche a livello sovranazionale, che giammai possono essere compressi (si pensi, esemplificativamente, ai diritti della persona e a tutta quell'altra fascia di diritti la cui soppressione indurrebbe a pensare che il legislatore abbia oltrepassato i limiti democratici segnati dal nostro ordinamento, tanto da rinnegare se stesso, che dal medesimo ordinamento risulta essere stato generato).

Il fondamento dei rilievi sin qui svolti va ora confrontato, come si anticipava, con la giurisprudenza di legittimità richiamata; vale a dire con la sentenza della Cassazione n. 8878/2014 [97].

---

[96] Si pensi all'art. 330 cod. civ. in tema di abuso della responsabilità genitoriale o all'art. 1015 cod. civ. disciplinante l'abuso dell'usufruttuario. Grande rilevanza rivestono l'art. 833 cod. civ. concernente il divieto di atti emulativi, norma destinata a reprimere l'abuso di diritti reali, gli artt. 1175 e 1375 cod. civ. miranti a sanzionare l'abuso di diritti relativi. Giova precisare che il progetto preliminare del codice civile aveva predisposto all'art. 7 una disciplina dell'abuso del diritto: "*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*". La disposizione in parola non fu riprodotta nel testo definitivo, poiché v'era il timore che la repressione giudiziaria dell'abuso del diritto fosse tale da mettere in discussione il principio della certezza del diritto, stanti gli ampi poteri di cui avrebbe goduto il giudice.

[97] Invero, un utile confronto può operarsi anche con la sentenza della Corte Cost., 12 luglio 2013, n. 186, *cit.*

Con una serie di norme a decorrere dal 2009, il legislatore nazionale istituiva il divieto sia di intraprendere, che di proseguire le azioni esecutive, in danno delle aziende sanitarie locali, per periodi di tempo limitati, benché, poi, ripetutamente prorogati. Tale divieto veniva sospettato di incostituzionalità da più giudici di merito. Sennonché, in pendenza del giudizio di costituzionalità, con l'art. 6 *bis* della legge 8 novembre 2012, n. 189 (di conversione del d.l. "Balduzzi" n. 158/2012), il legislatore interveniva nuovamente, aggravando il quadro normativo: modificava la legge citata, prevedendo, non solo un ulteriore differimento del divieto di intraprendere azioni esecutive, ma, altresì, l'estinzione di diritto, *"senza previa pronuncia giurisdizionale"*, di tutti i procedimenti esecutivi pendenti contro le aziende sanitarie; compresi quegli stessi che avevano dato luogo alle ordinanze di rimessione della q.l.c. La legislazione richiamata che, dunque, aveva comportato, in un primo tempo, meri rinvii dei procedimenti esecutivi, in un secondo momento, aveva persino disposto l'estinzione (automatica e contestuale all'entrata in vigore dell'art. 6 *bis*) di tutti i procedimenti esecutivi – compresi quelli *a quibus* – e l'impossibilità di intraprenderne nuovi. Aveva soppresso, pertanto, il "diritto al processo" (*ex* art. 24 Cost.),

5. – Con la pronuncia 16 marzo 2014, n. 8878 [98], il Supremo Collegio, pur avendo affermato l'ammissibilità dell'azione di accertamento della lesione cagionata dalla legge al cittadino per violazione del suo diritto al voto (costituzionalmente tutelato) [99] e pur avendo riconosciuto a

---

senza disporre nulla quanto alle spese di quelli in precedenza legittimamente intrapresi.

Con la sentenza 12 luglio 2013, n. 186, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo, per violazione degli artt. 24 e 111 Cost., l'art. 1, comma 51, l. n. 220/2010, sia nella sua originaria formulazione, che "*nel testo attualmente vigente, risultante a seguito delle modificazioni introdotte dall'art. 6* bis *del d.l. 158/2012, convertito dalla l. 8 novembre 2012, n. 189*" (entrato in vigore, come detto, proprio in pendenza del giudizio di costituzionalità). Ha riconosciuto l'irragionevolezza delle norme censurate ed espressamente la capacità delle stesse di esporre lo Stato al "*rischio di dover corrispondere ingenti indennità*", a fronte del consapevole comportamento del legislatore che, dopo essersi limitato, in un primo momento, a disporre semplici rinvii dei procedimenti esecutivi, con l'art. 6 *bis* citato, ne aveva, invece, persino disposto la estinzione (automatica). La sentenza si è distinta per più affermazioni in essa contenute e per il suo intervento, singolarmente inidoneo ad incidere sui procedimenti *a quibus*, (siccome estinti, per effetto della stessa norma oggetto del sindacato di costituzionalità), ma lasciando così prefigurare un'ipotesi di responsabilità del legislatore per attività normativa e di risarcibilità dei conseguenti danni. In effetti, note le disposizioni di legge (n. 89/2001), che danno diritto ai cittadini ad un indennizzo per il caso di mero ritardo "nel processo", nell'ipotesi ben più grave, all'esame dei giudici delle leggi [a) del "divieto di agire" e, cioè, sia di intraprendere, che di proseguire processi già intrapresi; b) di estinzione di tali processi], non può non riconoscersi un diritto ai danni, in favore dei singoli, per lesione del loro "diritto al processo". Peraltro, un riconoscimento della responsabilità del legislatore, in conseguenza dell'entrata in vigore dell'art. 6 *bis*, benché non esplicito, sembra che abbia comunque animato la pronuncia di incostituzionalità. Invero, proprio tenuto conto dell'estinzione dei giudizi *a quibus*, con effetti automatici collegati al momento stesso dell'entrata in vigore dell'art. *6 bis* citato, deve essere sembrato chiaro agli stessi giudici delle legge che la pronuncia di incostituzionalità non potesse avere altra utilità, se non quella nella sola prospettiva risarcitoria. Non a caso, gli stessi giudici delle leggi hanno motivato, affermando che, "*in conseguenza della norma censurata, vengono vanificati gli effetti della tutela giurisdizionale, già conseguita dai numerosi creditori ... costoro, non soltanto si trovano ... nella impossibilità di trarre dal titolo da loro conseguito l'utilità ad esso ordinariamente connessa, ma debbono, altresì, sopportare, in considerazione della automatica estinzione ... delle procedure esecutive già intraprese ... i costi da loro anticipati per l'avvio della procedura stessa*". Orbene, salvo a non voler prospettare l'inutilità del *decisum* della Corte costituzionale per l'estinzione dei procedimenti *a quibus*, può più ragionevolmente ritenersi che la sentenza abbia non solo riconosciuto la lesione del "diritto al processo", ma, indirettamente, anche il fondamento delle conseguenti domande risarcitorie.

La sentenza n. 186/2013 ha un'ulteriore utilità, avendo (plausibilmente) presupposto la sussistenza del requisito della "colpa" nel comportamento del legislatore. I giudici delle leggi hanno significativamente affermato (sul rilievo che i creditori non hanno potuto trarre dal titolo l'utilità ad esso connessa, avendo dovuto, altresì, sopportare, a causa della estinzione dei loro processi, i costi per l'avvio delle procedure) che "*con la disposizione censurata, il legislatore statale ha creato una fattispecie di* ius singolare *che determina lo sbilanciamento fra le due posizioni in gioco, esentando quella pubblica, di cui lo Stato risponde economicamente, con violazione del principio della parità delle parti di cui all'art. 111 Cost.*" (con ciò ritenendo superata la soglia di tollerabilità della compressione dei diritti dei singoli). In altri termini, gli stessi giudici delle leggi hanno escluso qualsiasi fondamento a tesi dirette a sostenere l'insussistenza dell'elemento soggettivo della colpa, che, nel caso scrutinato, poteva ritenersi presente per: 1) la "*inescusabilità*" dell'"*errore*" in cui era incorso il legislatore dell'art. 6 *bis* per aver soppresso il "*diritto al processo*" (con la declaratoria di estinzione del processo); 2) l'ingiustificato superamento della "*soglia di tollerabilità*" (vale a dire il limite minimo di *ragionevolezza*, anche nel contemperamento di contrapposti interessi).

[98] Si veda Cass. civ. 16 aprile 2014, n. 8878, cit. (cfr. nota 4).

[99] Con riferimento al diritto di voto, si veda P. Virga, *Diritto costituzionale*, cit., p. 608, il quale lo definisce come "*il diritto di contribuire a formare, attraverso l'elettorato, gli organi rappresentativi dello Stato e degli enti pubblici, nonché di partecipare all'esercizio della funzione legislativa a mezzo del referendum*". L'Autore, individuando nell'elettorato una pubblica funzione, ritiene che il diritto del cittadino a partecipare all'esercizio di tale pubblica funzione sia un diritto politico. Cfr., altresì, P. Biscaretti di Ruffia, *Diritti politici*, in *Noviss. dig. it.*, V, 1964, p. 733, A. Passerin d'Entreves, *Sul concetto di libertà politica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1969, pp.

questi il diritto ad una "*riparazione in forma specifica*" (integrata, ad avviso degli stessi giudici di legittimità, dalla precedente declaratoria di incostituzionalità della legge [100]), non ha, però, chiarito quale forma di responsabilità dovrebbe ascriversi al legislatore.

Si tratta della sentenza passata alle cronache per avere definito la *querelle* sulla incostituzionalità della legge elettorale 21 dicembre 2005, n. 270 [101], più nota come legge "*Porcellum*".

Con azione dinanzi al giudice ordinario civile, un cittadino elettore (con il successivo intervento di altri cittadini ad adiuvandum) conveniva in giudizio la Presidenza del Consiglio e il Ministero degli Interni, assumendo che la legge elettorale n. 270/2005 lo aveva privato in passato, lo privava allora e lo avrebbe privato anche in futuro dell'esercizio, secondo modalità conformi a Costituzione, del diritto di voto. Invocava una pronuncia di accertamento della lesione subita e il suo diritto ai danni; contestualmente, eccepiva l'illegittimità costituzionale della citata normativa elettorale.

Soccombente (unitamente agli interventori) sia in primo che in secondo grado – avendo i giudici del merito negato l'ammissibilità della sua domanda, la cui fondatezza postulava una declaratoria di incostituzionalità della norma (che, invece, ad avviso degli stessi giudici di merito, non appariva sospetta di violare parametri costituzionali) – l'istante ricorreva dinanzi al Supremo Collegio.

I principali motivi di ricorso venivano accolti, con ordinanza (interlocutoria) n. 12060 del 17 maggio 2013, dalla Suprema Corte che, da un lato, riconosceva l'ammissibilità della domanda di accertamento come *ab origine* avanzata; dall'altro, riteneva la sussistenza dei presupposti di ammissibilità della questione di costituzionalità, sicché sospendeva il giudizio e trasmetteva gli atti alla Corte costituzionale.

Con sentenza 14 gennaio 2014, n. 1, i giudici delle leggi dichiaravano l'incostituzionalità della legge elettorale (n. 270/2005) [102].

286-297, nonché F. Satta, *Diritto di voto e iscrizione nelle liste elettorali*, in *Foro it.*, 1967, I, p. 1253. G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, cit., p. 338 ss., dopo aver ricordato che il diritto di voto è personale, eguale, libero e segreto, osserva che il voto riconferma le caratteristiche del corpo elettorale, essendo un atto compiuto – non già in comune dagli individui bensì –simultaneamente da milioni di *cives* isolatamente gli uni dagli altri. Questo conferma che il corpo elettorale è un soggetto solo per finzione: "*esso è in realtà il meccanismo pratico attraverso cui i reali soggetti, e cioè per una parte gli individui come tali, e per l'altra parte i partiti ... raggiungono il risultato loro concesso di selezionare i propri rappresentanti politici*".

[100] In proposito, G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giur. cost.*, 2014, 3, p. 2059, B. Caravita, *La riforma elettorale alla luce della sentenza 1/2014*, in *www.federalismi.it*, n. 2, 2014, G. M. Salerno, *La sentenza "a doppio registro" sulle leggi elettorali delle camere*, in *Corr. giur.*, 2014, 3, p. 301, G. Marino, *Ecco perché il Porcellum viola la Carta Costituzionale*, in *Dir. giust.*, fasc. 0, 2014, p. 172; si veda anche A. D'Andrea, *La "riforma" elettorale "imposta" dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di "governabilità" dell'ordinamento*, in *Giur. cost.*, fasc. 1, 2014, p. 38. Ha approfondito le problematiche derivanti dalla l'incostituzionalità della legge elettorale, anche G. Scaccia, *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma delle legge elettorale*, in *www.forumcostituzionale.it*, il quale si chiede: "*come infatti può riconoscersi legittimazione politica a un organo formato sulla base di una legge elettorale che – secondo il custode della legalità costituzionale – ha prodotto «un'alterazione profonda della rappresentanza democratica» e ha coartato la libertà di scelta degli elettori contraddicendo il principio democratico, su cui poggiano le istituzioni democratiche?*".

[101] Si veda Corte Cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in *Foro it.*, 2014, 3, I, c. 666, nonché in *Foro amm.*, 2014, 7-8, p. 1890.

[102] Cfr. E. Lehner, *Il diritto di voto dopo la conquista della "zona franca"*, in *Giur. cost.*, fasc. 1, 2014, p.

All'esito di tale pronuncia, l'istante riassumeva il processo dinanzi al giudice *a quo*, ossia dinanzi alla Corte di Cassazione che, con la sentenza definitiva n. 8878/2014, accoglieva la domanda; riconosceva la lesione del diritto di voto, subita dal cittadino istante (e dagli interventori); affermava che la sentenza della Consulta fosse da considerarsi una forma "*pienamente satisfattiva*" di "*riparazione in forma specifica*", idonea *ex se* a ripristinare la legalità costituzionale [103]; per effetto della accertata lesione, condannava la Presidenza del Consiglio ed il Ministero degli Interni alle spese di lite.

Occorre soffermarsi sulla effettiva portata delle statuizioni di merito adottate dal Supremo Collegio, per i loro riflessi proprio sul tema della responsabilità da atto normativo.

Va evidenziato che, in occasione dell'ordinanza interlocutoria n. 12060/2013 di rimessione degli atti ai giudici delle leggi, il Supremo Collegio aveva affrontato, risolvendola positivamente, la preliminare questione di ammissibilità (in rito) dell'azione di accertamento della lesione del diritto di voto costituzionalmente protetto [104]; l'azione era stata proposta, dinanzi al giudice

---

54, secondo la quale la sentenza n. 1/2014 della Corte Costituzionale "*rientra nel novero delle decisioni che la dottrina usa definire "storiche" perché consistenti in inedite prese di prese di posizione su aspetti fondamentali relativi alla forma di Stato (e, sempre più spesso, sulle correlate questioni attinenti alla forma di governo) mediante le quali il giudice delle leggi palesa il suo ruolo nel sistema democratico complessivamente inteso e nel rapporto con gli altri organi costituzionali*". Cfr. anche A. Anzon, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento "creativo" della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, fasc. 1, 2014, p. 34.

[103] Con generale riferimento all'ambito applicativo dell'art. 2058 cod. civ., disciplinante il rimedio in forma specifica, e all'utilizzo che di esso ne vien fatto nella pratica, si veda G. Chiné, M. Fratini, A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2015, p. 2467. Gli Autori rilevano che la giurisprudenza, pur riconoscendo in via di principio alla reintegrazione in forma specifica *ex* art. 2058 cod. civ. una funzione risarcitoria, contraddittoriamente, anche se solo in casi sporadici, è giunta "*a percorrere la strada della iperdilatazione delle forme di tutela in esame, fino ad attribuirle una generica funzione di ripristino della situazione precedente l'evento dannoso o una funzione preventiva a carattere inibitorio*" e, riguardo al suo ambito applicativo, l'ha ritenuto idoneo a ricomprendere "*sia azioni volte a far valere un diritto reale la cui tutela esigeva la rimozione del fatto lesivo*" sia azioni a difesa di diritti della personalità e del diritto alla salute. Sul rilevante e discusso ampliamento delle forme di tutela operato dalla giurisprudenza, si veda Cass. civ. 6 gennaio 1978, n. 39, in *Foro it.*, 1978, I, c. 621, nonché in *Rass, giur. Enel*, 1979, p. 782. Sulla controversa funzione preventiva inibitoria dell'art. 2058 cod. civ. cfr. Cass. civ. 16 marzo 1988, n. 2472, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 194 nonché in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 510. Si veda anche Cass. civ. 1 agosto 2003, n. 11744, in *Dir. e Giust.*, 2003, 34, p. 101, che ha sancito la non applicabilità alle azioni intese a far valere un diritto reale, la cui tutela esige la rimozione del fatto lesivo, del secondo comma dell'art. 2058 cod. civ, nel caso in cui la reintegrazione in forma specifica sia eccessivamente onerosa. In senso conforme, Cass. civ. 26 maggio 1999, n. 5113, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1174. Per un maggiore approfondimento dell'istituto *ex* art. 2058 cod. civ., si veda *infra.*

[104] La questione di ammissibilità si era posta in considerazione del fatto che un'azione di accertamento del tipo di quella avanzata dall'istante in giudizio traduceva, forse, un'iniziativa diretta ad esperire una forma imprevista – almeno nel nostro ordinamento – di sindacato diretto di costituzionalità. Le successive vicende processuali, invero, avrebbero lasciato irrisolti i dubbi avanzati, tanto che, proprio per questi motivi, la citata ordinanza interlocutoria (di rimessione della questione di legittimità costituzionale), che aveva presupposto l'ammissibilità dell'azione di accertamento nei termini e con le potenzialità descritte, sarebbe risultata oggetto di numerosi e animati commenti. Si sofferma approfonditamente sul punto, C. Consolo, *L'antefatto della sentenza della Consulta n. 1/2014: l'azione di accertamento della "qualità" ed "effettività" del diritto elettorale*, in B. Capponi, B. Sassani, A. Storto, R. Tiscini (a cura di), *Il processo esecutivo*, Milano, 2014, p. 1411 ss., il quale rileva che, a giudizio della Suprema Corte, "*quella proposta è sì una azione di accertamento, ma peculiare. Non di accertamento mero, perché non è tesa solo e tanto a far accertare che in passato, in varie occasioni, non è stato rispettato il diritto di voto libero ed effettivo: la domanda mira a qualcosa di più, ossia a far*

ordinario, nella prospettiva (forse l'unica) della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma, causa della lesione e in quanto tale fonte di pregiudizio.

Non è questa la sede per intervenire sul dibattito, relativo ai limiti e ai presupposti di ammissibilità delle domande di accertamento, dinanzi al giudice ordinario, quando una cognizione del tipo indicato presupponga un indispensabile incidente e un altrettanto indispensabile sindacato di legittimità costituzionale della legge [105].

Preme, piuttosto, analizzare le affermazioni di chiusura della Suprema Corte, a tenore delle quali, una volta riconosciute l'ammissibilità dell'azione (di accertamento) e la lesione del diritto di voto derivata da atto normativo (in specie, dalla previgente legge elettorale), al cittadino compete una "*riparazione in forma specifica*" sul rilievo che proprio la legge, dichiarata incostituzionale, durante la sua vigenza, aveva pregiudicato diritti primari, riconoscendo, così, in capo allo Stato-legislatore una forma di responsabilità, tale da esporre questi ad un corrispondente obbligo di "*riparazione*".

Prima ancora di sondare il contenuto di tale obbligo, qualificato dal Supremo Collegio come di "*riparazione in forma specifica*" e verificare se l'intervenuta declaratoria di incostituzionalità potesse effettivamente considerarsi, di per sé (come ha ritenuto lo stesso S. C.), "*pienamente*" satisfattiva dei danni subiti dagli istanti (e, di riflesso da tutti i *cives*), l'indagine va diretta all'individuazione della fonte della responsabilità prefigurata.

Invero, se è indubbio che, con la sentenza in parola, il Supremo Collegio ha affermato il diritto del cittadino ad una riparazione per la lesione cagionata da un atto legislativo, coerentemente, non può non farsi discendere il riconoscimento di una forma (generale) di responsabilità dello Stato per atto legislativo [106], atteso che questa deve considerarsi il presupposto logico, prima ancora che giuridico, della "*riparazione*", espressamente riconosciuta nella pronuncia.

Un esame della sentenza, nella delineata prospettiva di indagine, però, non appare di aiuto: la Suprema Corte, infatti, ha presupposto la lesione del diritto costituzionale per affermare la sus-

---

accertare che alle prossime elezioni, quando mai esse saranno ... e comunque fra pochi anni ... si potrà infine votare in modo meno o possibilmente per nulla lesivo (dei tratti distintivi) di questo diritto fondamentale. Quel che viene richiesto, quindi, si discosta un poco, ma chiaramente (quel che basta per ritenere la rimessione alla Consulta ammissibile) dal mero accertamento della già intervenuta lesione del diritto". L'Autore precisa che la Corte di Cassazione non si limita solo a porre in risalto il carattere "*peculiare*" del richiesto accertamento, "*ma si spinge a riconoscere che, in realtà, si noterebbe in questo* petitum *dell'azione, basilarmente di accertamento, anche una venatura di tutela costitutiva, cioè* ex *art. 2908 c.c.*".

[105] Cfr. C. Consolo, *L'antefatto della sentenza della Consulta n. 1/2014: l'azione di accertamento della "qualità" ed "effettività" del diritto elettorale*, cit., p. 1415, che, da una parte, condivide il ragionamento operato dalla Corte di cassazione relativo alla circostanza che l'azione proposta si caratterizzasse per un connotato additivo rispetto all'accertamento, "*dunque non certo mero*", ma, dall'altra, ritiene che la peculiarità di tale azione sia da "*ricostruirsi in termini di condanna inibitoria, con richiesta di comando conformativo verso lo Stato-Governo, affinché più non si costringano gli attori (e di riflesso tutti i* cives*) a votare con le modalità deteriori ma con altre fra le varie possibili, frutto dell'intervento della Consulta di riemersione e/o di manipolazione a rime obbligate*". Peraltro, proprio la Corte Costituzionale ha specificamente evidenziato che gli oggetti del giudizio ordinario remittente e quello di legittimità fossero differenti.

[106] Responsabilità, peraltro, prospettata già in dottrina e, con maggiori difficoltà, in giurisprudenza. Sul punto si veda R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, p. 8 ss.

sistenza di una forma di riparazione specifica, ma non ha aggiunto altro.

Va, invece, evidenziato che i giudici di legittimità, prima ancora di affermare il diritto (del cittadino) alla "*riparazione*" per lesione del diritto di voto [107], hanno precisato (nella plausibile prospettiva di definire i contorni e fissare i limiti della disposta riparazione): a) che le precedenti votazioni, benché svolte in spregio alla Costituzione, rappresentavano, riprendendo l'espressione utilizzata dai giudici delle leggi (con la sentenza n. 1/2014), un "*fatto concluso*", in quanto tale idoneo a giustificare l'ulteriore affermazione, secondo cui i rapporti sorti nel vigore della legge annullata "*rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida*", giacché "*esauriti*"; b) che, cionondimeno, la tutela accordata dall'ordinamento ai cittadini danneggiati deve essere "*quella, pienamente satisfattiva, della riparazione in forma specifica*" (oltre a dover, altresì, consistere nel riconoscimento della lesione e nel diritto al rimborso delle spese di lite), quale "*diretta conseguenza*" della pronuncia di incostituzionalità.

I giudici di legittimità, dunque, riconosciuta la lesione, hanno affermato che la stessa ben può essere riparata "*in forma specifica*", per il fatto di essere risultato ammissibile e fondato il suo accertamento per il passato.

La formula della "*riparazione in forma specifica*" evoca il disposto di cui all'art. 2058 cod. civ. [108], benché tale norma non risulti richiamata affatto nella sentenza.

Senonché, se si trattasse di risarcimento in forma specifica, nel senso di cui al citato art. 2058, di fronte a casi analoghi, dovrebbe ritenersi prefigurabile, almeno in astratto, la possibilità di ricostruire la situazione materiale (ripristinando, cioè, lo *status quo ante* che, nel caso di specie, avrebbe significato il ritorno alle urne), corrispondente a quella che si sarebbe avuta se non fosse intervenuto il fatto (cioè, la norma), fonte del danno [109].

Tale ipotesi ricostruttiva, però, esclusa espressamente anzitutto dalla Corte costituzionale (con la sentenza n. 1/2014), risulta esclusa anche dalla stessa Corte di cassazione, che, con la sua pronuncia, ha dato atto che la tutela accordata ai ricorrenti non poteva che operare utilmente solo *pro futuro*.

Se queste sono le premesse, ragioni di coerenza impongono di riconoscere che l'obbligo di riparazione in forma specifica, riconosciuto dai giudici di legittimità, dovrebbe (potendo solo)

---

[107] *Rectius*, per lesione del "*diritto soggettivo ad una rappresentanza non manifestamente irragionevole e non manifestamente sproporzionata, come componente del diritto di voto ricavabile dai principi costituzionali in materia*". Così G.U. Rescigno, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, fasc. 1, 2014, p. 0027B.

[108] Per un'approfondita analisi dell'istituto, condotta nel vigore del codice civile del 1865 (il quale, peraltro, non recava una disciplina specifica della figura), si veda S. Romano, *Il così detto risarcimento del danno in forma specifica*, Perugia, 1929, pp. 6 ss. Si occupa di approfondire l'istituto, nel vigore del codice del 1942, R. Scognamiglio, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 201 ss. Per uno studio più recente dell'art. 2058 cod. civ. si veda A. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica e criteri di quantificazione del danno*, in La responsabilità civile, 2004, p. 198.

[109] In tal senso, G. Cian e A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, cit., p. 2639 ss. Per un'analisi completa dell'istituto disciplinato dall'art. 2058 cod. civ., si veda C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 797 ss.; cfr. anche M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, in Scialoja-Branca (a cura di), Commentario del Codice Civile, Bologna, 1993, p. 1079 ss.

concretizzarsi in eventuali e futuri giudizi nel risarcimento per equivalente, al principale scopo di non svuotare di utilità e senso logico la disposta "*riparazione*": invero, se il diritto di voto non può più essere esercitato (con effetti per il passato), non può non ritenersi che la previsione di una "*riparazione*" sia configurabile utilmente solo per il futuro [110].

Alla luce di tali rilievi, la pronuncia del Supremo Collegio è, pertanto, destinata a rigenerare il dibattito almeno su due questioni: la prima, più generale, sulla responsabilità dello Stato da atto legislativo; la seconda, sulla risarcibilità del danno [111], ovverosia sulla concreta riparabilità della lesione.

Come già si è osservato, è consolidato e pacifico il principio secondo cui la Costituzione rappresenta un limite al potere politico [112].

Si è pure detto che il sindacato sulla legittimità delle leggi si è frequentemente spinto sino ad una più generale verifica della loro *ragionevolezza* [113]. In effetti, il riferimento a quella che suole essere definita come "*responsabilità del legislatore*" [114], anche alla luce del principio di ragionevolezza, non può non comportare il "*superamento del positivismo giuridico e dell'equazione legittimità uguale legalità*" [115].

---

[110] In proposito, C. Consolo, *L'antefatto della sentenza della Consulta n. 1/2014: l'azione di accertamento della "qualità" ed "effettività" del diritto elettorale*, cit., p. 1426, il quale ha rilevato che la Suprema Corte si è spinta in una "*zona minata*", animata dall'intento di dimostrare la diversità dei *petita* dei due giudizi (ordinario e di legittimità costituzionale); infatti, "*se vi è un accertamento giudiziale dell'avvenuta, in passato, violazione del diritto di voto, l'intervento della Consulta non può dirsi pienamente satisfattivo, proprio perché esso guarda solo al futuro*".

I giudici di legittimità, peraltro, sembra proprio che siano implicitamente addivenuti a tale conclusione, all'esito di un bilanciamento tra valori costituzionali, tra i quali rientra "*il fondamentale principio di continuità dello Stato*".

[111] Si veda sul punto C. Buonauro, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano, 2004, p. 216 ss., il quale analizza specificamente le tematiche della "*responsabilità del legislatore da illecito costituzionale*" e della conseguente risarcibilità del danno cagionato dallo Stato a causa proprio della violazione di una norma di rango costituzionale; l'Autore, peraltro, attraverso una dettagliata disamina delle varie ipotesi di risarcimento del danno derivante da un atto normativo, si mostra favorevole al superamento dell'antico dogma dell'irresponsabilità del legislatore.

[112] *Ex multis*, si veda N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà*, Torino, 1976, p. 2 ss., il quale offre una preziosa analisi del "costituzionalismo contemporaneo". Cfr. anche G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna, 2002, p. 11 ss. In proposito, altresì, C. Pasquinelli, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, cit., p. 161, che si sofferma sulla "*rigidità costituzionale come limite all'ampiezza della discrezionalità legislativa*".

[113] È un parametro che, come si è già evidenziato *supra*, si sta progressivamente affermando, sebbene a correnti alterne, anche nel diritto privato, come rileva R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 202 ss., la quale evidenzia come "*i molteplici richiami alla ragionevolezza, nel diritto nazionale e transnazionale ed anche nei progetti di codificazione europea, inducono senza dubbio a riconoscere*" a tale criterio "*operatività nell'ambito dell'ordinamento privato e ad attribuire ad essa un ruolo nuovo ed autonomo rispetto ai ... criteri di buona fede, diligenza ed equità*". Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 155, il quale, come si è già evidenziato *supra*, osserva che il controllo di ragionevolezza delle leggi deve considerarsi "*interamente esterno all'ordinamento giuridico, fondato, quindi, su criteri di giustizia a priori, rispetto ai contenuti dell'ordinamento medesimo*".

[114] La questione è opportunamente approfondita da F. Galgano, *I fatti illeciti*, cit., p. 53.

[115] Così F. Galgano, *I fatti illeciti*, cit., pp. 53-54.

La Carta costituzionale, invero, riveste un ruolo ancor più decisivo rispetto al passato [116], incidendo direttamente sulla disciplina dei rapporti inter-privati [117], costituendo "*un materiale di*

---

[116] Per un'analisi storica del ruolo assunto dalla Costituzione all'interno dell'ordinamento giuridico e, in particolare, nell'impianto privatistico, si veda C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, cit., p. 69 ss., il quale, con un'articolata premessa, evidenzia che la Costituzione si caratterizza, in primo luogo, per essere "*lunga*" – con ciò volendo intendere che il catalogo dei diritti si estende a quelli sociali (come la salute, l'istruzione, l'assistenza sociale, la pensione, la libertà sindacale, il diritto di sciopero, ecc.), che sono considerati diritti di "*seconda generazione*", oltre ai diritti di libertà, civili e politici "*di prima generazione*", affermati dalla "*rivoluzione borghese*" tra la fine del '700 ed inizio '800 – e, in secondo luogo, per essere "*rigida*", in quanto posta al vertice nella gerarchia delle fonti. L'Autore, prima di sondare il percorso storico che ha condotto al mutamento dei parametri privatistici ad opera proprio della Costituzione, sottolinea che, al fine di garantire la prevalenza di quest'ultima sulle altre fonti del diritto, è istituita, *in primis*, la Corte costituzionale, a cui è demandato il compito di "*cancellare dall'ordinamento le norme di legge che contrastino con la Costituzione*" e, *in secundis*, che è introdotto dall'art. 138 Cost. uno speciale procedimento legislativo – seconda espressione della "*rigidità*" – unico strumento idoneo a modificare una norma di rango costituzionale. Si giunge, così, ad un "*trasferimento dei principi generali del diritto privato, che non si trovano più solo (come secondo la tradizione) nel Codice civile, collocato … in quanto legge ordinaria in posizione subordinata nel sistema delle fonti*". La ricostruzione storica delle influenze esercitate dalla Costituzione sul Codice civile induce l'Autore a riconoscere che il rinnovamento della cultura giuridica e della giurisprudenza, unitamente all'introduzione legislativa di riforme, ha consentito, tra gli anni '60 e '80 del secolo scorso, di dare profonda attuazione ai principi e alle norme costituzionali sia nel campo tradizionale del diritto privato – come accaduto, esemplificativamente, nella disciplina vincolista dei contratti – sia nella "*nuova dimensione personalistica del diritto civile (con la legge sull'interruzione della gravidanza, la maggiore età a 18 anni, la parità tra uomo e donna nei rapporti di lavoro, ecc.) e nel campo sociale (con lo Statuto dei diritti dei lavoratori e una normativa di «diritto diseguale» per il contratto di lavoro …)*". Invece "*a partire dall'ultimo terzo di secolo, si è aperta una fase storica diversa*", retta – rileva l'Autore – da principi economici e politici differenti rispetto al passato; pur continuando, infatti, ad operare "*la forza propulsiva dei principi costituzionali*", si è assistito ad un ridimensionamento dell'apertura sociale del diritto civile, con "*la ricollocazione della tutela della persona in un quadro, talvolta asfittico, che privilegia una logica individualistica*".

[117] Ricorda le trasformazioni che hanno determinato un cambiamento radicale dell'interpretazione delle norme di Diritto privato, T. Pasquino, *Note sparse sull'incidenza della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee sul sistema del Diritto privato*, cit., p. IX ss. la quale riflette sulla circostanza che sono state le attività della Corte costituzionale e delle Corti europee a svolgere un ruolo essenziale – oltre alla influenza decisiva esercitata dalla Carta – per la trasformazione dei parametri privatistici, tanto da aprire la strada alla "*costituzionalizzazione del Diritto privato*". I gius-privatisti hanno avuto contezza pratica del predetto cambiamento già con la "*ormai consolidata tendenza ad una lettura costituzionalmente orientata delle norme di Diritto privato*". Infatti, "*da quando al binomio* libertà-proprietà *si è sostituito il binomio* libertà-dignità*, si è determinato un primo profondo mutamento nella prospettiva del Civilista: al soggetto di diritti, formalisticamente inteso quale mero centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, si è sostituita la persona, centro di valori etico-giuridici che tutte le Costituzioni degli Stati del secondo dopoguerra, profondamente provati dalla tragica esperienza del nazionalsocialismo e dei regimi totalitari, hanno voluto tutelare con il riconoscimento della piena salvaguardia delle libertà e della dignità umana*". L'A. rammenta, altresì, che – agli occhi del Privatista – il sistema del Diritto privato, con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ha subito un decisivo cambiamento, poiché il citato impianto privatistico non coincide più con il Codice civile, ma deve, invece, confrontarsi con il quadro normativo che emerge dal combinato disposto degli artt. 2 e 41, 2° comma, della Carta costituzionale. Riflette sul tema, C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 24 ss., a giudizio del quale "*il modello dello Stato sociale di diritto … che ha messo a cimento i principi costitutivi del diritto privato classico, fino a procurarne una vera e propria mutazione genetica, lo ha fatto mediante variazioni testuali che in senso assoluto potrebbero apparire puramente terminologiche mentre invece sono espressione di un cambiamento in grado di andare ben oltre ciò che le parole stesse riescono ad esprimere*". In proposito anche L. Mengoni, *I problemi del metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia*, in Scritti, I, Milano, 2011, p. 189, il quale afferma che "*l'influsso della Costituzione sul diritto civile … è il tema che ha sollecitato negli anni sessanta il rinnovamento della dottrina privatistica nel senso di una riqualificazione come scienza*

essenziale rilievo cui il giudice comune deve richiamarsi, prima ancora di scendere al livello delle leggi primarie, per verificare la concreta ricorrenza di un danno ingiusto e, con esso, la praticabilità del rimedio risarcitorio" [118].

Bisogna allora riconoscere che proprio il superamento teorico del dogma dell'infallibilità legislativa ha trovato, pur se solo in via indiretta e non certo esplicita, un importante riconoscimento proprio nella sentenza n. 8878/2014, destinata a rappresentare un rilevante contributo alla tesi sulla configurabilità della responsabilità del legislatore.

In ordine alla risarcibilità, appaiono utili i brevi rilievi che seguono.

---

ermeneutica". Espressione di siffatta riqualificazione del diritto civile (già nel testo della Costituzione) si rinviene, ad esempio, nella "funzione sociale", individuata dalla Costituzione, quale attributo del diritto di proprietà. Per una ricostruzione storico-economica della proprietà nelle sue declinazioni di diritto di libertà della persona e di diritto qualificato dalla funzione sociale, cfr. L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, in Scritti, I, cit., pp. 77 ss. Dedica un'ampia analisi alla "*funzione sociale*" della proprietà disciplinata dalla Costituzione, S. Rodotà, *Il terribile diritto*, Bologna, 2013, p. 315 ss., secondo il quale una problematica particolarmente complessa, posta dall'art. 42 Cost., è costituita dall'individuazione dei limiti imposti all'attività legislativa dal riferimento esplicito alla funzione sociale. Tale questione va approfondita, anzitutto, dal punto di vista del sindacato sull'attività legislativa. L'illustre Autore afferma che "*una volta prese le mosse dal rilievo che il legislatore non è del tutto libero nello scegliere le modalità del suo intervento in materia di proprietà privata, ma deve farlo in modo da rendere concretamente operante la funzione sociale, diviene legittimo il controllo da parte della Corte costituzionale*", la quale ha condotto tale operazione su parametri non sempre pacifici. Sul tema si veda T. Pasquino, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà tra codice civile e Carta costituzionale*, in M. Tamponi, E. Gabrielli (a cura di), I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale, Napoli, 2006, pp. 33-49, la quale ragiona sul significato da attribuire alle due locuzioni *riconoscere e garantire*, cui fa espresso riferimento l'art. 42 Cost., sostenendo che la tutela del privato non si esaurisca nella sola appartenenza del bene al suo titolare, ma sia suscettibile di essere estesa anche ad altre forme di godimento. Altra rilevante manifestazione della predetta "riqualificazione" delle norme di Diritto privato, alla stregua di una lettura di esse conforme alla Costituzione, si rinviene nell'ambito disciplinare dei rapporti di famiglia, "*laddove alla famiglia c.d. legittima si è affiancato un altro modello, quello della c.d. famiglia di fatto ... su questo tema è noto che, a tutt'oggi, nel nostro ordinamento non vi è stato alcun formale riconoscimento legislativo della convivenza* more uxorio *... pur tuttavia, non si può fare a meno di rilevare come, quanto meno sotto il profilo del rapporto genitori-figli, il riconoscimento della rilevanza della locuzione "società naturale" di cui all'art. 29 Cost. e di quella di "diritto al rispetto della vita familiare" di cui all'art. 8 Cedu abbiano avuto il loro peso*". Così T. Pasquino, *Note sparse sull'incidenza della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti europee sul sistema del Diritto privato*, cit., p. IX ss. Si rinvia, per un approfondimento sul punto, a T. Pasquino, *Le convivenze civili tra norme e prassi giurisprudenziale: non solo una questione di genere*, in S. Scarponi (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Padova, 2014, p. 141 ss.

[118] Così C. Pasquinelli, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, cit., pp. 160 ss., la quale rileva che sarebbe un errore ritenere che la dimensione necessariamente assiologica propria del testo costituzionale valga a sottrarlo alla "*complessità normativa dell'ordinamento e lo ponga al di fuori del materiale giuridico cui il giudice quotidianamente attinge per identificare, partendo dalle astratte categorie civilistiche, la regola applicabile al caso concreto*". L'A., con riferimento al tema della responsabilità del legislatore, evidenzia che il richiamo al regime aquiliano consentirebbe di far fronte a rischi derivanti proprio da un'eccessiva compressione della discrezionalità legislativa. L'A. ritiene, altresì, che l'opera di selezione dei danni risarcibili, che definisce i contorni della clausola generale di responsabilità, permetterebbe di superare "*i timori di una over-litigation*", derivanti dall'affinità strutturale di vicende dannose, dipendenti dall'emanazione di leggi generali ed astratte, con la categoria dei *mass torts*. Riscontra similitudini tra la struttura dell'illecito legislativo e quella dei *mass tort*, V. Roppo, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito del legislatore)*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1999, p. 119, il quale pone in luce il fatto che la legge illecita, a causa delle sue fisiologiche caratteristiche di astrattezza e generalità, è dotata di una "*capacità offensiva sterminata a cui fa riscontro una sterminata platea di danneggiati e quindi, potenzialmente, un altrettanto sterminata marea di pretese risarcitorie*".

Si è osservato che, ove i giudici di legittimità avessero inteso richiamare la forma di risarcimento, *ex* art. 2058 cod. civ., ciò avrebbe dovuto tradurre un obbligo di ripristino, non già della situazione materiale antecedente alla lesione, bensì di quella che si sarebbe verificata se la lesione non ci fosse stata, con la conseguenza che – ai fini del risarcimento – gli stessi giudici avrebbero dovuto tenere conto delle vicende modificative della realtà materiale da ripristinare che, in ogni caso, già si sarebbero prodotte [119].

Avendo la Suprema Corte precisato che il rimedio concesso era destinato a spiegare effetti solo per il futuro, in cosa dovrebbe consistere la "*riparazione in forma specifica*"?

Il rimedio, *ex* art. 2058 cod. civ., ha assunto "*una posizione residuale, del tutto conforme alla scarsa attenzione riservata dal legislatore*" [120] che, avendolo introdotto all'interno del codice del 1942 con "*poca convinzione*", ha indotto la dottrina a non dedicargli l'importanza che, invece, avrebbe meritato [121].

Le più recenti elaborazioni giurisprudenziali hanno contribuito a sviluppare una nozione più concreta dell'istituto. Hanno, in larga parte, avuto ad oggetto la definizione del campo applicativo della misura, oltre che l'analisi dei suoi rapporti con il rimedio del risarcimento pecuniario [122].

La Corte di cassazione ha ripetutamente affermato che il risarcimento in forma specifica è applicabile anche alle obbligazioni contrattuali [123], quale specifico rimedio alternativo al

---

[119] Con riferimento agli effetti propri dell'art. 2058 cod. civ. si veda Cass. civ. 9 aprile 1980, n. 2281, in *Giust. civ. Mass*. 1980, fasc. 4.

[120] Così C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit. p. 797.

[121] Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 798, il quale, infatti, afferma che "*in ogni caso il superamento di una tradizione che sin dal diritto romano ignorava, almeno sul terreno della disciplina espressa, la riparazione in natura del danno, avrebbe richiesto qualcosa di più della scarsa menzione che si rinviene nella Relazione al codice*".

[122] In proposito, P. Rescigno, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, p. 609, il quale evidenzia come le due forme di risarcimento, pur nella loro reciproca autonomia, abbiano un denominatore comune, costituito da un danno, da intendere quale *deminutio* del patrimonio, sicché i rimedi in parola vanno commisurati proprio alla perdita subita.

[123] Si veda Cass. civ. 17 giugno 2015, n. 12582, in *Ced Cassazione*, rv. 635890. Depone, prioritariamente, in tal senso la *Relazione al codice civile*, n. 802, che afferma, non senza qualche ambiguità, che "*al pari del creditore nelle obbligazioni ex contractu il danneggiato, in quelle per fatto illecito, ha diritto innanzitutto alla reintegrazione in forma specifica della situazione patrimoniale anteriore: questa norma è consacrata nel primo comma dell'art. 2058*". Nell'ambito della responsabilità da inadempimento, è bene precisare che il risarcimento in forma specifica va opportunamente distinto dall'esecuzione in forma specifica. Già nel vigore del codice del 1865, la dottrina si è avveduta della diversità dei due istituti. Si veda sul punto S. Romano, *Il così detto risarcimento del danno in forma specifica*, cit., p. 35 ss.

Altra parte della dottrina si è poi soffermata sui rapporti tra art. 2058 cod. civ. e condanna all'adempimento. Tale ultimo rimedio, nei contratti con prestazioni corrispettive, si sostanzierebbe – ma la questione è dibattuta – in una condanna proprio al risarcimento in forma specifica. Cosi C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 809, il quale, ponendo, invece, in luce le differenze tra risarcimento in forma specifica ed esecuzione in forma specifica all'interno della responsabilità "contrattuale", evidenzia che "*l'accostamento*", nei contratti a prestazioni corrispettive, tra la condanna all'adempimento e quella al risarcimento in forma specifica "*e la questione se essi coincidano – che è sembrato strano a molti, non fu ignoto alla vecchia dottrina*", tra cui D. Mandrioli, *Risarcimento in forma specifica*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I. p. 370 ss., contrario a tale assimilazione, ma sulla base di un ragionamento condotto con riferimento alla sistematica del codice del 1865, che pare non poter essere più riproposto. Sul punto sempre C. Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del dirit-*

risarcimento per equivalente pecuniario [124].

Anche i rapporti tra le due tipologie risarcitorie sono stati oggetto di interventi da parte dei giudici di legittimità.

Sempre il Supremo Collegio ha precisato che, se è vero che il risarcimento del danno per equivalente è destinato a realizzare la reintegrazione del patrimonio del creditore (attraverso la dazione di una somma di denaro pari al valore della cosa o del servizio, oggetto della prestazione non adempiuta) [125], cosi, configurandosi come forma tipica di ristoro del pregiudizio, dal suo canto, il risarcimento in forma specifica, diretto al conseguimento dell'*eadem res* dovuta, mira ad assicurare una forma ben più ampia di ristoro del pregiudizio, "*dato che l'oggetto della pretesa azionata non è costituito da una somma di danaro, ma dal conseguimento, da parte del creditore danneggiato, di una prestazione del tutto analoga, nella sua specificità ed integrità, a quella cui il debitore era tenuto in base al vincolo contrattuale*" [126].

I contributi, offerti dalla Suprema Corte, sul contenuto e sui limiti del rimedio in forma specifica agevolano le conclusioni che si intendono sottoporre.

La Corte di cassazione, con la sentenza n. 8878/2014, ha escluso che per "*riparazione in*

---

to italiano, in *Europa dir. priv.*, 1999, p. 842, il quale, pur precisando che l'esatto adempimento non può essere considerato nient'altro che risarcimento in forma specifica, attesa la corrispondenza in natura all'interesse violato, ritiene che sia "*bene precisare che ciò non basta a rendere di pari contenuto tale risarcimento con quello per equivalente domandato*" unitamente alla risoluzione del contratto. Ciò che, invece, accomuna, come anticipato, le due tipologie di risarcimento è – sempre a giudizio dell'Autore – "*l'identità di valore*" che "*presuppone identità del danno … o, se si vuole, l'identità di interesse*". In senso contrario alla accennata assimilazione si veda F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 645, il quale rileva che il risarcimento in forma specifica, realizzando l'interesse del creditore "*solo mediante una prestazione diversa, anche se funzionalmente succedanea, rispetto a quella dovuta … si distingue dall'azione di adempimento e quindi dall'esecuzione forzata in forma specifica, ed è possibile solo se è possibile la diversa prestazione*". Pone in luce le differenze tra azione di adempimento e risarcimento in forma specifica anche C.M. Bianca, *La responsabilità*, Milano, 1994, pp. 186 ss. Alle medesime conclusioni cui giungono Gazzoni e Bianca, perviene anche T.A.R. Milano (Lombardia), 3 dicembre 2013, n. 2681, in *Foro amm.*, 2013, 12, p. 3657.

[124] Si veda Cass. civ. 17 giugno 2015, n. 12582, *cit.*; in tal senso anche Cass. civ. 20 ottobre 2014, n. 22223, in *Giust. civ. Mass.*, 2014 nonché in *Ced Cassazione*, rv. 633201, la quale afferma che, essendo il risarcimento del danno in forma specifica una tipologia – più ampia ed onerosa per il debitore – di ristoro del pregiudizio dallo stesso arrecato, "*costituisce una mera emendatio libelli, consentita anche in sede di precisazione delle conclusioni, la richiesta di risarcimento per equivalente avanzata in corso di giudizio, nonostante nell'atto introduttivo dello stesso fosse stato domandato il risarcimento in forma specifica*".

[125] In proposito, Cass. civ. 26 maggio 2014, n. 11662, in *Resp. civ. previd.*, 2014, 3, p. 996, che, con riferimento al coordinamento delle due tipologie di rimedi, in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli, ha stabilito che la domanda di risarcimento del danno subito, quando abbia ad oggetto la somma necessaria per effettuare la riparazione, va qualificata come di risarcimento in forma specifica. Da ciò ne deriva il potere del giudice di rigettare la domanda e condannare il danneggiante al risarcimento per equivalente, e, cioè, "*alla corresponsione di una somma pari alla differenza di valore del bene prima e dopo la lesione, allorquando il costo delle riparazioni superi notevolmente il valore di mercato del veicolo*".

[126] In termini, Cass. civ. 22 gennaio 2015, n. 1186, in *Guida al diritto*, 2015, 17, p. 67, che specifica che diretto corollario di tali affermazioni, sul piano processuale, è che la domanda di risarcimento per equivalente, laddove sia stato richiesto ab origine, in giudizio, il risarcimento in forma specifica, integra una mera riduzione della domanda se non una distinta modalità attuativa del medesimo diritto fatto valere. La giurisprudenza amministrativa si è pronunciata anch'essa nel senso della alternatività tra le due forme di risarcimento. Sul punto si veda T.A.R. Napoli (Campania), 7 dicembre 2015, n. 5687, in *Redaz. Foro amm.*, 2015, p. 12.

forma specifica" [127] possa intendersi il ripristino dello *status quo ante* e la rivitalizzazione del diritto del cittadino al voto (diritto consumato e costituente un "*fatto concluso*"). Dopo aver richiamato il *decisum* dei giudici delle leggi, ha ritenuto "*pienamente satisfattiva*", per il cittadino-ricorrente, la pronuncia di incostituzionalità (*medio tempore* intervenuta) in quanto di per sé ripristinatoria della legalità costituzionale.

Tale ultima affermazione si espone ai rilievi svolti sulla effettiva portata dell'art. 2058 cod. civ. e ad un'ultima considerazione.

Accertata, infatti, giudizialmente l'avvenuta lesione in passato del diritto di voto, la "*riparazione*" disposta dalla Corte costituzionale (integrata, ad avviso dei giudici di legittimità, dalla precedente declaratoria di incostituzionalità della legge) non sembra che potesse essere considerata "*pienamente satisfattiva*": in effetti, cristallizzato il danno per il passato e riconosciuta l'irreversibilità del pregiudizio materiale (*id est*, il mancato esercizio del diritto di voto conformemente alla Costituzione), una riparazione in senso proprio può configurarsi solo *pro futuro*. Non a caso, al riguardo, premesso il riconoscimento di un necessario ristoro del pregiudizio subito dal cittadino, è stato posto l'interrogativo: "*si apre una (e quale) tutela agli elettori che in passato abbiano visto compresso il loro diritto di voto?* [128]".

La risposta più coerente e immediata appare solo quella prospettata dalla possibilità che il danno sia risarcito per equivalente. Tale risposta, a ben vedere, potrebbe risultare potenzialmente di portata devastante per le finanze pubbliche (giacché, accertata la violazione del diritto di voto, l'unica forma di ristoro per tutti i *cives* lesi, realmente configurabile, sarebbe proprio e soltanto quella per equivalente pecuniario, "*seppur simbolico ma moltiplicabile per decine di milioni di elettori ... una sorta di indennizzo Pinto al cubo*" [129]), ma è l'unica che, oltre a risultare logica, appare certamente in linea con il dato di diritto positivo.

Resta il fatto che, con la sentenza n. 8878/2014, non sia stata colta l'opportunità di far definitiva luce sul rapporto giuridico intercorrente tra il cittadino e lo Stato-legislatore, in ipotesi patologiche del tipo delineato (cioè, di lesione di un diritto costituzionale) e, conseguentemente, sulla fonte della responsabilità proprio a carico dello Stato-legislatore. Neppure è stata colta l'occasione di chiarire il reale contenuto dell'obbligo riparatore che, più che in forma specifica, andava (se proprio v'era necessità di prevederlo, a fronte di una domanda di accertamento e non anche di condanna) configurato solo per equivalente, seppure con le pericolose e non auspicabili conseguenze di una siffatta ricostruzione.

---

[127] È il caso di evidenziare – ove si accedesse alla tesi che fonda la responsabilità del legislatore sull'inadempimento di una obbligazione – che il rimedio *ex* art. 2058, prospettato di fatto nella pronuncia in parola, "*è applicabile anche alla materia contrattuale*", come afferma Cass. civ.. 29 maggio 1995, n. 6035, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, 1107 (in senso conforme, Cass. civ. 17 giugno 2015, n. 12582, cit.).

[128] Così C. Consolo, *L'antefatto della sentenza della Consulta n. 1/2014: l'azione di accertamento della "qualità" ed "effettività" del diritto elettorale*, cit., p. 1426.

[129] In tali termini C. Consolo, *L'antefatto della sentenza della Consulta n. 1/2014: l'azione di accertamento della "qualità" ed "effettività" del diritto elettorale*, cit., p. 1426.

JUS CIVILE

CARLO GRANELLI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Pavia

"LA GIURISPRUDENZA È FONTE DI DIRITTO?": INTRODUZIONE AD UN INCONTRO DI STUDI*

1. – Non mi nascondo che la formulazione del tema oggetto dell'odierno incontro di studio – *"La giurisprudenza è fonte del diritto?"* (formulazione, peraltro, doverosamente corredata da un punto interrogativo) – potrebbe sollevare qualche, non illegittima, perplessità.

Una siffatta formulazione – si potrebbe eccepire – appare, quanto meno, di taglio più giornalistico che scientifico.

Quel che è certo è che essa si pone in netto, plateale contrasto con le chiare indicazioni che ci provengono dalla tradizione giuridica continentale: quella che affonda le proprie radici nel fenomeno delle codificazioni liberal-ottocentesche.

Invero, quello di eliminare la necessità della mediazione del ceto dei giuristi nell'interpretazione ed applicazione del diritto – e, in particolare, quello di sottrarre ai giudici qualsiasi potere discrezionale al riguardo – costituiva obiettivo dichiarato della Rivoluzione francese. Siffatto atteggiamento – è noto – era, sul piano politico, frutto di una non immotivata diffidenza dei rivoluzionari nei confronti dei giudici, che sotto l'*ancien régime* avevano dimostrato non marginali difficoltà a distinguere fra interpretazione e creazione del diritto (talora finendo addirittura con lo sterilizzare la portata innovativa di norme che pure il potere politico aveva introdotto); e, sul piano ideologico, era giustificato sulla base della dottrina della divisione dei poteri, che voleva completamente separate la funzione di *creazione* del diritto, attribuita in via esclusiva al potere legislativo, e quella di *applicazione* del diritto, attribuita invece al potere giudiziario: separazione che avrebbe potuto realizzarsi solo se i giudici fossero stati ridotti – per usare la ben nota espressione di Montesquieu – al ruolo di "*bouche qui prononce les paroles de la loi*", di "*être inanimé*", di meccanico operatore, privo di qualsiasi margine di discrezionalità creativa, di un sistema normativo integralmente determinato dal potere legislativo. Tanto più che solo così si sarebbe potuta assicurare la *prevedibilità delle decisioni giudiziarie* e, con essa, la *certezza del diritto*.

Per realizzare siffatti obiettivi ed attuare detti principi, più che utile, addirittura necessario appariva che la disciplina privatistica fosse dal legislatore organizzata in "codici", connotati dai caratteri della *chiarezza,* della *coerenza* (= non contraddittorietà) e della *completezza*: e ciò,

---

* Relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "La giurisprudenza fonte del diritto?", svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 30 settembre 2016, in occasione della presentazione dei due volumi degli "Scritti giuridici di Andrea Belvedere", Padova, 2016.

proprio al fine di renderne automatica – meccanica, appunto – l'applicazione da parte di un giudice privato di qualsiasi margine di discrezionalità.

Peraltro, su una strada analoga si era già mosso – è noto – il *Landrecht* prussiano del 1794, che mirava a fissare in oltre 16.000 disposizioni minutissime e dettagliate la regolamentazione di tutte le situazioni di fatto che si pensava la vita potesse proporre. Federico Guglielmo II, nel promulgarlo, aveva tentato di "chiudere il cerchio" – da un lato – vietando espressamente ai giudici di "permettersi un qualsiasi, anche se pur minimo allontanamento nei confronti delle prescrizioni chiare ed intellegibili della legge"; e – da altro lato – disponendo che, nell'ipotesi (invero ritenuta marginale) in cui una fattispecie concreta non avesse trovato puntuale riscontro nelle disposizioni codicistiche, così come nell'ipotesi in cui queste ultime si fossero rivelate incomplete, contraddittorie od oscure, il giudice avrebbe dovuto rimettere la questione ad un'appositamente costituita "Commissione Legislativa" per riceverne un'interpretazione vincolante: in tale contesto, l'unico tipo di interpretazione ammissibile appariva – evidentemente – quella *autentica*.

In un'ottica di tal fatta, chiedersi – come fa il titolo del nostro incontro – se "*la giurisprudenza è fonte del diritto?*" potrebbe apparire addirittura provocatorio.

Solo che il ruolo del giudice quale appena tratteggiato appartiene più alla retorica illuministica – costituendo espressione di un'impostazione ideologica volta ad esaltare il monopolio legislativo statuale – che alla concretezza dell'esperienza giuridica.

In realtà, l'illusione di leggi "auto-applicative" – di norme, cioè, così chiare, complete, non contraddittorie da renderne l'applicazione puramente automatica, meccanica – è ben presto svanita di fronte all'evidenza dei fatti: la prassi si è, invero, subito incaricata di dimostrare che praticamente nessuna disposizione legislativa – anche codicistica – si sottraeva all'esigenza di "chiarimenti" da parte della giurisprudenza; che i casi non contemplati dal legislatore – o perché da quest'ultimo trascurati o perché neppure ipotizzabili all'epoca del suo intervento – non erano, di certo, eccezionali; che la necessità di adattare le regole legali, pur immutate nella loro formulazione letterale, all'evolversi delle esigenze pratiche e della sensibilità sociale diveniva sempre più sentita più ci si allontanava dal tempo dell'intervento legislativo.

Da sempre quindi – al di là delle enunciazioni dal chiaro sapore ideologico – le corti hanno, in concreto, svolto un ruolo creativo del diritto.

2. – Ma non è certamente a tale dato fisiologico che intende far riferimento il titolo del nostro incontro, quando invita ad interrogarsi se – oggi – "*la giurisprudenza è fonte del diritto?*".

Tale ultimo interrogativo è piuttosto sollecitato dal fatto che, specie a partire dalla metà del secolo scorso, si è verificata tutta una serie di eventi che – *visti nel loro reciproco interferire* – sembrano aver seriamente rimesso in discussione la linea di demarcazione fra attività di creazione ed attività di applicazione del diritto.

Profilo, quest'ultimo, qualche anno addietro addirittura balzato all'onore delle cronache,

quando sia la Camera dei Deputati che il Senato della Repubblica hanno sollevato davanti alla Corte costituzionale conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato con riferimento alle note decisioni giurisprudenziali che avevano definito il c.d. "caso Englaro", denunciando che, attraverso detti provvedimenti, l'Autorità giudiziaria avrebbe, in realtà, "esercitato attribuzioni proprie del potere legislativo, comunque interferendo con le prerogative del potere medesimo", avendo "creato una disciplina innovativa della fattispecie, fondata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento vigente con alcuno dei criteri ermeneutici utilizzabili"; per tal via realizzando "il radicale sovvertimento del principio della divisione dei poteri" in violazione degli artt. 70, 101, comma 2°, e 102, comma 1°, della Costituzione: in altre parole, l'Autorità giudiziaria avrebbe "proceduto all'auto-produzione della disposizione normativa", attraverso l'adozione di un "atto sostanzialmente legislativo", così realizzando "la trasformazione del giudice in legislatore".

3. – Quali gli eventi che concorrono a riproporre oggi il problema della linea di demarcazione tra, da un lato, interpretazione/applicazione e, da altro lato, creazione del diritto da parte della giurisprudenza?

Il primo dato è senz'altro costituito dal moltiplicarsi delle fonti del diritto privato.

Innanzitutto, l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ha avocato a sé, così sottraendola al codice civile, l'enunciazione dei principi fondamentali dei rapporti interprivati (dai diritti di libertà a quelli della persona, dalla famiglia alle successioni, dalla salute alla cultura, dalla proprietà all'impresa, dal rapporto di lavoro all'assistenza, ecc.): principi fondamentali – è noto – ben diversi, quando addirittura non opposti, rispetto a quelli consacrati nel codice civile.

Poi il dilagare, disordinato e turbolento, di tutta una legislazione di settore – talora di derivazione comunitaria – ha finito, in pratica, con il sottrarre al codice la disciplina di molte delle materie di più palpitante e conflittuale attualità nella vita economica e sociale del Paese (dai rapporti di lavoro a quelli di consumo, dalle locazioni urbane ai patti agrari, dalla *privacy* alla parità di genere, dal divorzio alle unioni civili, dall'interruzione volontaria della gravidanza alla procreazione medicalmente assistita, dal credito alla finanza, ecc.): legislazione di settore che – da un lato – si pone spesso in una dichiarata prospettiva di contrapposizione o, comunque, di superamento dell'impostazione codicistica; e che – da altro lato – risulta redatta con una tecnica normativa che solo eufemisticamente potremmo definire approssimativa, in cui le formulazioni testuali, sovente mutuatarie dei gerghi propri delle materie regolate, sono di non facile comprensione, si susseguono in modo disordinato, assumono dimensioni abnormi, si contraddicono, ecc., sicché spesso, appena approvata una legge, si pone la necessità di emendarne il testo per correggere errori, colmare lacune, eliminare incoerenze, ecc.

Infine, l'inarrestabile espandersi di una normativa – disorganica, incompleta ed in costante evoluzione – di derivazione extrastatale (convenzionale o comunitaria) ha finito con il permeare di sé gran parte delle materie privatistiche, con principi e tecniche normative non esattamente in linea con quelli che ci aveva tramandato la tradizione codicistica.

Il moltiplicarsi delle fonti – questo è un secondo dato – ha "caricato" la nostra giurisprudenza ordinaria di compiti prima sconosciuti o non conosciuti nelle attuali dimensioni: da quello di coordinare le previsioni codicistiche con regole e principi di ispirazione diversa, costringendo ad operazioni ermeneutiche ormai tanto consuete da aver assunto una denominazione corrente ("*interpretazione costituzionalmente orientata*", "*interpretazione conforme*", ecc.) a quello di effettuare un controllo sulla stessa legittimità degli atti del legislatore ordinario (attraverso il rinvio degli stessi alla Consulta, ove si nutrano dubbi in ordine alla loro compatibilità con le previsioni costituzionali; ovvero attraverso il più drastico meccanismo della "disapplicazione", ove sussista un contrasto con la normativa comunitaria).

Sempre il moltiplicarsi delle fonti – e questo è un terzo dato – ha, a sua volta, determinato il moltiplicarsi delle Corti.

Alla giurisprudenza ordinaria si sono venute infatti affiancando, prima, la giurisprudenza costituzionale, poi – per ricordare solo quelle di maggior incidenza – la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Il che ha imposto quello che è stato efficacemente definito come il "*dialogo*" *fra le Corti*.

Dialogo reso necessario, innanzitutto, dall'incidenza che, sulla legittimità costituzionale di una norma interna, può avere l'interpretazione che la Corte di Strasburgo fornisce delle norme CEDU; non meno che dalla vincolatività, per il giudice domestico, dell'interpretazione dalla Corte di Lussemburgo fornita ai Trattati ed agli atti normativi dell'Unione.

Dialogo che, in concreto, gioca però un ruolo non marginale anche nell'evoluzione del diritto interno, quale applicato dalle corti: del *jus quo utimur*, per usare la nota locuzione latina.

Così, da ultimo, ad es., mentre l'Italia si preparava alle recenti ferie estive, la nostra Suprema Corte – portando alle estreme conseguenze gli esiti di un dialogo fin qui sviluppatosi fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di accessibilità ai dati identificativi della partoriente che abbia dichiarato di non voler essere nominata – ha statuito (Cass., 21 luglio 2016, n. 15024) che "il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica" debbono ritenersi comunque accessibili *alla sua morte*, quand'anche la stessa, in vita, si fosse sempre dichiarata contraria alla rimozione dell'anonimato; così sostanzialmente "superando" il testuale disposto dell'art. 93, comma 2°, del c.d. codice *privacy* – di un provvedimento normativo, dunque, relativamente recente – ove il legislatore aveva previsto che, laddove rendano identificabile la madre, gli stessi non possano divenire accessibili, se non "*decorsi cento anni* dalla formazione del documento".

A ciò si aggiunga – e questo è un dato ulteriore – che il proliferare delle fonti ha segnato una sorta di distacco dalla tecnica normativa propria della tradizione codicistica: tecnica imperniata sulla descrizione, ad opera del legislatore, di una "fattispecie" – cioè, sulla descrizione di un fatto astratto – al cui verificarsi lo stesso legislatore ricollega un determinato effetto giuridico. Al giudice non resta che ricondurre il fatto concreto – il "caso" – sottoposto alla sua attenzione alla corrispondente fattispecie astratta delineata dal legislatore (c.d. giudizio sussuntorio) ed applicare ad esso il trattamento previsto dalla norma. Il che, limitando l'autonomia valutativa del giudice, garantisce una ragionevole prevedibilità della sua decisione.

Non è questa però – è a tutti noto – la tecnica normativa adottata, ad es., dalla nostra Carta costituzionale, che, in linea di massima, si articola nell'enunciazione di "*principi*" (cioè, di regole prive di fattispecie) o "*valori*": centralità della persona, dotata di "diritti inviolabili" solennemente proclamati, ma non tipizzati; eguaglianza morale e giuridica fra i consociati; doveri inderogabili di "solidarietà politica, economica e sociale"; "funzione sociale" della proprietà; "utilità sociale" dell'iniziativa economica privata; ecc. "Principi" e "valori" – per di più – nessuno dei quali è "assoluto", ma che debbono trovare un necessario contemperamento con altri e diversi "principi" e "valori", pur essi dotati di rilevanza costituzionale.

Di fronte a norme di tal fatta, il giudice – sia costituzionale che ordinario – non può avvalersi del tradizionale metodo della *sussunzione*, ma deve inevitabilmente rivolgersi a quello del *bilanciamento*, in forza del quale un valore è destinato a prevalere o soccombere a seconda dell'interesse al quale, nel caso concreto, si trova contrapposto. Metodo, quello del bilanciamento dei diversi interessi costituzionalmente rilevanti, che – implicando un elevato margine di soggettività valutativa – finisce inesorabilmente con l'incidere negativamente sulla prevedibilità delle decisioni giudiziali.

Un discorso in qualche misura analogo può ripetersi, *mutatis mutandis*, anche con riferimento al diritto dell'Unione, dichiaratamente edificato proprio a presidio di taluni "principi" e "valori": tutela del mercato, libertà della concorrenza, protezione del consumatore, libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali, condivisione dei valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, ecc. Diritto, quello dell'Unione, che – anche per la sua frammentarietà ed il ricorso ad una tecnica normativa ben lontana da quella cui ci aveva abituato il codice – sembra fatto apposta per esaltare il ruolo dell'interprete. Per tacere della posizione del tutto peculiare assunta, al riguardo, dalla Corte di Giustizia, che – per il carattere vincolante delle proprie decisioni – ha finito con l'assurgere, in buona sostanza, a fonte di interpretazione *autentica* del diritto comunitario: interpretazione autentica svolta però – questo è il punto – *in sede giudiziale*.

Ancora un dato merita di essere segnalato.

Una volta sospinta ad operare non più solo con il metodo della sussunzione, ma anche con quello del bilanciamento degli interessi, la nostra giurisprudenza ha finito con il superare anche la propria tradizionale ritrosia ad avvalersi delle (peraltro, relativamente poco numerose) previsioni codicistiche non costruite attorno ad una "fattispecie": le c.d. "*clausole generali*" (buona fede, correttezza, solidarietà, illecito, ecc.).

A determinare una siffatta resistenza – è noto – ha a lungo concorso anche un pregiudizio di carattere ideologico, nella misura in cui dette previsioni "aperte" (per così dire, "in bianco") si prestavano ad essere lette come espressione dell'epoca – autoritaria ed interventista – in cui il nostro codice è stato elaborato. Come dimostrato plasticamente, ad es., dal fatto che – nell'unica disposizione codicistica (l'art. 1175) in cui, nel testo originario, si faceva riferimento "ai principi della solidarietà" – il richiamo era non già "ai principi della solidarietà" *tout court*, bensì "ai principi della solidarietà *corporativa*".

E l'utilizzo che, nel periodo del nazional-socialismo, la giurisprudenza tedesca aveva fatto delle clausole generali contemplate nel BGB giustificava più di una cautela.

Cambiato il clima culturale – e trovata alle clausole generali una diversa copertura ideologica, talora addirittura a livello di Carta costituzionale – la nostra giurisprudenza ha modificato radicalmente il proprio atteggiamento.

È a tutti noto, ad es., che – ritenendo che l'*obbligo di buona fede oggettiva* costituisca "espressione di un generale *principio di solidarietà sociale*, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica" (art. 2 Cost.) – le corti hanno preso a far sempre più ampio ricorso alla clausola generale di "buona fede" non solo per la soluzione di problemi non specificamente affrontati dal legislatore, ma addirittura (attraverso la figura dell'"*abuso del diritto*") per "correggere" regole (ritenute) non più adeguate all'evolversi delle esigenze sociali o della coscienza collettiva.

4. – Il discorso potrebbe – anzi, dovrebbe – proseguire ancora a lungo.

Credo, però, che il compito – che mi ero ritagliato, specie a beneficio dei non addetti ai lavori – di mera introduzione all'odierno incontro di studi possa ritenersi ampiamente esaurito e che sia giunto il momento di cedere la parola agli illustri ospiti, che ringrazio per aver voluto accettare l'invito a cimentarsi con un tema tanto attuale, quanto impegnativo.

JUS CIVILE

GIORGIO DE NOVA

Professore emerito di diritto civile – Università di Milano

LA GIURISPRUDENZA FONTE DEL DIRITTO? *

SOMMARIO: *1. La giurisprudenza della Cassazione fonte di norme sul contratto: limiti oggettivi e soggettivi. – 2. La prevedibilità delle future decisioni giudiziarie. – 2.1. Lo stato di informazione. – 2.2. Le convenzioni che influiscono sulla prevedibilità. – 2.2.1. La grande dicotomia: decidere riconducendo il caso alla fattispecie descritta dalla norma, o invece decidere in base a principi che esprimono valori. – 2.2.2. Decidere in base ai precedenti. – 2.3. Una considerazione conclusiva.*

1. – Chiediamoci se e come la giurisprudenza italiana attuale della Corte di Cassazione sia fonte del diritto del contratto in generale.

Alcuni brevi premesse sono opportune.

Nell'esaminare i precedenti giudiziari come fonte del diritto italiano, Pizzorusso scrive: «*il concreto funzionamento del precedente come fonte di norme giuridiche si concreta, non tanto nei casi in cui esso più strettamente aderisce ad una disposizione prodotta da una diversa fonte (soprattutto se si tratta di fonte scritta, recente e ben formulata), quanto nei casi in cui attraverso l'operazione interpretativa si viene a creare, o quanto meno ad individuare, una norma almeno testualmente nuova*» [1].

La giurisprudenza è dunque fonte del diritto se ed in quanto è creativa.

Ma quando la giurisprudenza può dirsi creativa?

Se la giurisprudenza interpreta una fonte scritta, è stato opportunamente ricordato, «*dal punto di vista logico è impossibile decidere se l'interprete crea o scopre il significato che attribuisce alla norma* (…) *poiché il senso della norma ci si appalesa solo attraverso l'uso degli strumenti interpretativi*» [2].

Siamo invece certamente di fronte a casi in cui la giurisprudenza è creativa quando essa elabora una norma nuova senza trarre fondamento da norme scritte.

Alcuni esempi tradizionali, per meglio chiarire.

La giurisprudenza, già a partire dagli ultimi anni di vigenza del codice del 1865, statuisce (sulla scorta di una ben nota costruzione dottrinale) che se l'accordo si è formato sul presuppo-

---

* Relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "La giurisprudenza fonte del diritto?", svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 30 settembre 2016, in occasione della presentazione dei due volumi degli "Scritti giuridici di Andrea Belvedere", Padova, 2016.

[1] A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, 2° ed. *Commentario del cod. civ. Scialoja – Branca – Galgano*, Bologna – Roma, 2011, 707, nota 6.

[2] P.G. MONATERI, in *Alpa, Guarneri, Monateri, Pascuzzi, Sacco*, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1999, 502.

sto, non esplicitato in contratto, di una obiettiva situazione, e questa viene meno per circostanze non imputabili alle parti, il contratto è risolubile (la c.d. presupposizione) [3].

Si tratta di una norma nuova, con la sua fattispecie e i suoi effetti, che non trova fondamento espresso in una norma scritta in tema di risoluzione del contratto.

La giurisprudenza statuisce da tempo che se un soggetto tollera che altri si comporti come suo rappresentante produce effetti nei suoi confronti il contratto rappresentativo con il terzo che confidi senza sua colpa nell'apparente legittimazione del falso rappresentante (la c.d. rappresentanza apparente [4] o, per utilizzare il linguaggio che Belvedere preferisce, la «apparenza di rappresentanza» [5)].

Anche in questo caso si tratta di una norma nuova, con la sua fattispecie e i suoi effetti, che non trova fondamento espresso in una norma scritta in tema di rappresentanza.

È una norma giurisprudenziale in tema di contratto in genere la estensione, in caso di contratti collegati, dell'invalidità, dell'inefficacia della risoluzione dall'un contratto all'altro [6]: anche in questo caso non vi è una norma di legge di appoggio (salvo invocare, per la nullità, l'art. 1419 [7)].

Chiediamoci ora se l'attuale giurisprudenza della Corte di Cassazione sia, nel senso detto, creativa dell'attuale nostro diritto contrattuale di parte generale.

In questi anni recenti non mi pare che la giurisprudenza italiana abbia creato molte nuove norme contrattuali, nel senso ora detto.

Una recente norma giurisprudenziale può rinvenirsi nella statuizione secondo cui non produce ulteriori effetti un contratto o una sua clausola che contrasti con una norma imperativa entrata in vigore dopo la sua conclusione (la c.d. nullità sopravvenuta) [8].

Se si vuole, si può rinvenire una nuova norma giurisprudenziale sul contratto in genere nella statuizione secondo cui se viene meno l'interesse del creditore alla prestazione il contratto si risolve [9]: ma qui siamo vicini all'interpretazione dell'art. 1463 e della nozione di impossibilità sopravvenuta.

---

[3] Da ultimo Cass. 4 maggio 2015, n. 8867; Cass. 23 ottobre 2014, n. 22580.

[4] Da ultimo Cass. 2 marzo 2016, n. 4113; Cass. 27 gennaio 2015, n. 1451.

[5] A. BELVEDERE, *Scritti giuridici*, Padova, 2016, 642.

[6] Da ultimo Cass. 1 ottobre 2014, n. 20726.

[7] Come fa ad esempio Cass. 6 luglio 2015, n. 13888.

[8] Per la nullità sopravvenuta di una fideiussione *omnibus* stipulata prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 1938, con riferimento a debiti sorti dopo l'entrata in vigore della nuova norma v. Cass. 9 febbraio 2007, n. 2871.

Per l'applicazione della nuova disciplina dell'usura a contratti stipulati anteriormente, con riferimento alla parte di rapporto non esaurita v. Cass. 22 aprile 2000, n. 5286; Cass. 17 novembre 2000, n. 14899; Cass. 11 gennaio 2013, n. 600.

Per la nullità di una clausola compromissoria prevista nello statuto a seguito dell'entrata in vigore del d. lg. 17 gennaio 2003, n. 5, v. Cass. 17 febbraio 2014, n. 3665.

[9] Così ad esempio Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in un caso in cui due coniugi avevano prenotato una vacanza in albergo e uno dei coniugi era morto il giorno prima della progettata vacanza.

Certo vi sono stati numerosi interventi della Cassazione in tema di contratto in genere che si caratterizzano per la loro novità rispetto al passato. Così in tema di rilevabilità d'ufficio della nullità, e della eccessività della penale, e delle eccezioni, in tema di abuso del diritto, di causa in concreto, di responsabilità precontrattuale o addirittura extracontrattuale per contratto "sconveniente".

Ma si tratta di statuizioni che non tanto pongono nuove norme contrattuali, quanto attribuiscono poteri al giudice di intervento censorio sul contratto, da esercitare volta a volta nel decidere il caso concreto.

Ed in questa direzione merita di essere sottolineata la circostanza che anche quando la Corte Suprema è chiamata a dirimere un contrasto tra le sezioni semplici, si perviene talora a decisioni che non sciolgono il contrasto dettando una norma contrattuale, ma rinviano ancora una volta ad una decisione caso per caso. Emblematiche, in questo senso, sono due recenti decisioni delle Sezioni Unite.

Con sentenza 6 marzo 2015, n. 4628 le Sezioni Unite affrontano il tema della ammissibilità del cd. preliminare di preliminare, formula il seguente principio di diritto «*in presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento.*

Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare.

La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale».

In definitiva, è il giudice di merito che dovrà accertare, caso per caso, se si sia in presenza di un preliminare di preliminare ammissibile, oppur no.

Altro esempio è dato da Cass. Sez. Un. 6 maggio 2016, n. 9140, che ho già ricordato nella mia relazione ai Lincei di questo giugno come esempio tipico di sentenza che lascia in realtà aperta la questione per cui era stata investita. Tale decisione, infatti, al quesito se la clausola *claims made* nelle assicurazioni della responsabilità civile sia valida e sia vessatoria *ex* art. 1341, 2° comma cod. civ., ha così statuito: «*nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d.*

clausola claims made mista o impura) non è vessatoria; essa, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata».

Commenta ora, icastico, Ugo Carnevali [10]: «*il pallino torna (...) ai giudici del merito*».

È chiaro che una impostazione siffatta riduce la capacità della giurisprudenza ad essere fonte del diritto.

Vi è poi un duplice limite oggettivo, che non può essere trascurato, quello quantitativo e quello temporale.

Il limite quantitativo è palese.

Nel 2015 la Corte di Cassazione ha pronunciato 26.200 sentenze e ordinanze: un numero incompatibile con lo svolgimento di una vera funzione di fonte del diritto.

Quanto al limite temporale, in una situazione – qual è la nostra – in cui le fonti scritte mutano con estrema rapidità (Guido Rossi a Venezia nel novembre dell'anno scorso ha parlato di un diritto societario diventato ormai come una biblioteca di Babele [11)] e le sentenze si formano con notevole lentezza, la conseguenza è che la giurisprudenza «fornisce (semmai) risposte valide per il passato, assai più che per l'avvenire»: sono parole di Rordorf [12].

Vorrei infine considerare un ulteriore limite alla funzione creativa della nostra giurisprudenza, spesso trascurato. La nostra giurisprudenza deve in più casi soggiacere a decisioni altrui.

Noto è il vincolo al precedente della Corte di Giustizia comunitaria sulla interpretazione dei trattati, secondo quanto statuito dalla stessa Corte di Giustizia UE a partire dalla sentenza Cilfit [13] e riconosciuto anche dalla nostra Corte di Cassazione, che parla di «*valore "normativo" delle pronuncie interpretative della Corte comunitaria*» [14].

Non si tratta, tuttavia, dell'unico caso in cui sussiste una circolazione obbligatoria del giudicato straniero. Si ritiene, infatti, che l'art. 7.1 della Convenzione di Vienna, statuendo che «*in the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application*», imponga al giudice interno di tenere conto

---

[10] U. CARNEVALI, *Commento a Cass. Sez. Un. 6 maggio 2016, n. 9140*, in *Contratti*, 2016, 765.

[11] G. ROSSI, *Competizione regolamentare e contrattualizzazione del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 5 ss..: «è così che il diritto societario è diventato, mi sia concesso il riferimento a un magnifico racconto di Jorge Luis Borges "*La biblioteca di Babele",* di sapore kafkiano, dove ogni libro è autonomo, ma informe e caotico e alla fine la biblioteca "illimitata, periodica e infinita" è inutile».

[12] RORDORF, *Stare decisis*: *osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano,* in *Foro it.,* 2006, V, 285.

[13] Corte di Giustizia UE, 6 ottobre 1982, causa C – 283/81. Di recente Corte di Giustizia UE, 15 settembre 2005, causa C– 495/03, Intermodal Transports BV c. Staatssecretaris van Financiën.

[14] Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842. Nello stesso ordine di idee Cass. Sez. Un. 24 maggio 2007, n. 12067.

dei precedenti stranieri sulla convenzione [15].

Altri vincoli del giudice italiano a decisioni altrui (anche non giurisdizionali) possono essere identificati.

È imminente la scadenza del termine (27 dicembre 2016) per il recepimento della Direttiva 2014/104/UE relativa alle azioni per il risarcimento del danno per illeciti antitrust.

L'art. 9.1 della Direttiva così dispone: «*Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'art. 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza*».

Con la recezione della Direttiva si andrà dunque oltre il principio giurisprudenziale attuale, per cui nella causa *follow on* di risarcimento del danno da illecito antitrust gli accertamenti dell'Authority costituiscono "prova privilegiata", ed il giudice adito dovrà dare per accertato l'*an* dell'illecito anticoncorrenziale, e concentrarsi sul tema (peraltro assai arduo) del *quantum* del risarcimento.

In conclusione, se guardiamo al contratto in generale, ed alla giurisprudenza della Cassazione (il discorso sarebbe diverso se guardassimo alla giurisprudenza di merito ed ai singoli contratti), a me pare che la funzione di fonte del diritto svolta dalla giurisprudenza sia soggetta a notevoli limiti e a notevoli vincoli, alcuni oggettivi, altri derivanti dall'impostazione adottata.

2. – Perché la giurisprudenza sia fonte del diritto, è necessario che le sue decisioni siano dotate di una (sia pur relativa) stabilità.

Ciò pone il problema della prevedibilità delle future decisioni giudiziarie [16].

Per valutare in qual misura siano prevedibili le future decisioni giudiziarie occorre accertare quale sia lo stato di informazione e quali siano le convenzioni.

2.1. – Occorre, si è detto, accertare quale sia lo stato di informazione [(17)], innanzitutto in relazione alle norme da applicare, e alle decisioni assunte in passato.

Al fine di prevedere l'esito di un giudizio futuro il giurista suole verificare come quel caso sia stato deciso in passato. Se quel caso è stato deciso molte volte in un certo modo, in base allo

---

[15] Sul tema E. FERRANTE, *Homeward trend o interpretazioni autonome? Un bilancio della giurisprudenza italiana sulla Convenzione di Vienna*, in *Contr. e impresa/Europa*, 2016, 23 ss. secondo il quale nelle pronunce italiane sulla CISG si è andata affermando l'idea di uno *stare decisis* sovranazionale.

[16] Riprendo qui una parte delle considerazioni svolte in DE NOVA, *La prevedibilità delle future decisioni giudiziarie,* in corso di pubblicazione sulla *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*.

([17]) «Il giudizio sulla probabilità di un evento dipende non solo dall'evento (e dal soggetto) ma anche dallo stato di informazione»: DE FINETTI, *Teoria delle probabilità,* Milano, 2005, p. 10.

stesso principio o alla stessa norma (diremo poi meglio della distinzione tra principi e norme) appare ragionevole prevedere che anche questa volta quel caso sarà deciso in quel modo.

Occorre però innanzitutto considerare che non è facile dire quando si può affermare di avere a disposizione un numero adeguato di precedenti significativi: per ricordare un ammonimento di De Finetti [18] secondo cui non è ben chiaro quando un «non mucchio» diventerà «un vero mucchio».

Noi giuristi conosciamo le "massime consolidate", ma ricordiamo anche l'ironico scritto di Carnelutti, che parlava al riguardo di "comodità del giudicare", [19] e soprattutto dobbiamo tenere conto della circostanza che questo modo di procedere non giova se si tratta di un caso nuovo, e non giova se le sentenze che sono state pronunciate sul nostro caso sono tra loro diverse, il che accade molto di frequente.

Ciò detto, cominciamo con l'osservare che oggi assistiamo ad un fenomeno in qualche modo paradossale: è estremamente agevole raccogliere i dati, ma poi è molto difficile identificare il principio o la norma deputata alla soluzione del caso, e identificare le sentenze che possono costituire un precedente.

Bastano poche parole per convincere di ciò.

Quanto alla identificazione dei principio o della norma deputata alla soluzione del caso, è acquisita l'osservazione che oggi si vive in un mondo globalizzato e complesso [20].

Si è in presenza di una pluralità di livelli delle fonti, con la conseguente difficoltà di identificare la fonte "spazialmente rilevante" (una fonte sovrannazionale? una fonte comunitaria? una fonte nazionale? una fonte straniera o una fonte domestica?).

Si è in presenza di un frequente susseguirsi di interventi normativi sulla medesima materia, con la conseguente difficoltà di identificare qual è la disciplina applicabile *pro tempore* (per restare ad un esempio italiano, è addirittura difficile rispondere ad una domanda che dovrebbe essere banale, e cioè: qual è la norma applicabile all'anatocismo nel 2014? e nel 2015? e nel 2016?).

Quanto alla identificazione delle sentenze che possono costituire un precedente, si è già detto che neppure il frequente intervento della Suprema Corte alle pronunce a Sezioni Unite, *ex* art. 374, 2° comma cod. proc. civ., in presenza di una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, risolve ogni dubbio.

Lo stato di informazione presenta dunque, per quanto detto sin qui, rilevanti profili di indeterminatezza.

---

[18] DE FINETTI, *op. cit.,* pag. 570.

[19] CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare),* in *Riv. dir. proc.,* 1949, I, pag. 41.

[20] A fine maggio si è tenuto a Messina un convegno dal titolo significativo: «*Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*».

2.2. – 2.2.1. – Muovo da una prima convenzione che riguarda il metodo che si segue nel decidere: decidere riconducendo il caso alla fattispecie descritta dalla norma, o invece decidere in base a principi che esprimono valori.

Farò un esempio, per mettere a fuoco la dicotomia.

Il caso da decidere è se la caparra confirmatoria possa essere ridotta dal giudice. Se la decisione è in base alle norme, dato che l'art. 1385 cod. civ. non prevede un potere del giudice di ridurre la caparra si potrà decidere che la riducibilità è da escludere, come ritiene la Corte di Cassazione, o si potrà argomentare che la caparra è riducibile in applicazione analogica dell'art. 1384 cod. civ., che prevede la riducibilità della penale, come ritiene una dottrina: ma per farlo sarà necessario argomentare che l'art. 1384 cod. civ. non è norma eccezionale, e che tra penale e caparra sussiste analogia [21] (cosa non facile, perché altro è promettere, altro è dare, e perché la penale si fa valere quale che sia l'inadempimento, mentre la caparra si fa valere solo se l'inadempimento è di non scarsa importanza).

Se la decisione è in base ai principi che esprimono valori, si può argomentare per la «rilevabilità, ex officio, della nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa» (così Corte Cost., ordinanza 24 ottobre 2013, n. 248, e in senso conforme Corte Cost. ordinanza 2 aprile 2014, n. 77).

Qui non occorre che prenda posizione su quale sia la soluzione a mio avviso corretta. Mi basta osservare che se si segue la prima strada ogni passaggio argomentativo può essere verificato in base al sistema normativo, se si segue la seconda strada la soluzione dipende da come chi giudica intende il principio di solidarietà. E dunque la prevedibilità di una futura decisione è molto maggiore se si decide in base a norme, molto minore se si decide in base a principi [22].

2.2.2. – La seconda convenzione riguarda il decidere in base ai precedenti, e anche qui mi limito a qualche considerazione [23].

È ovvio osservare che se, superate le indeterminatezze di cui si è detto al § 2.2.1., si è in presenza di un significativo «mucchio» di precedenti sentenze univoche relative ad un caso, la previsione del contenuto di una futura sentenza su quel caso dipenderà dalla circostanza che il giudice della futura sentenza giudichi in base ai precedenti, oppure in modo indipendente. Quanto più la "convenzione" sia nel senso del giudicare secondo i precedenti, tanto più sarà agevole prevedere il contenuto della futura sentenza.

---

[21] Sul punto di recente F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno,* Napoli, 2015, 421 ss.

[22] Il tema della calcolabilità giuridica è stato sollevato da Natalino Irti, nello scritto *Un diritto incalcolabile*, che mi ha donato per gli Studi in mio onore, Milano, 2015, p. 1759 ss..

[23] Si veda CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione,* in *www.corte appello.milano.it.*

Qui rileva certamente la circostanza che in un ordinamento il precedente abbia "valore legale" (per usare un'espressione di Rordorf)[24] e non un mero valore persuasivo. Ma ancor più, a mio parere, rileva ai nostri fini la circostanza che in fatto il giudice decida sulla base dei precedenti.

Occorre poi chiarire, ai fini che ci interessano, cosa debba esattamente intendersi per "precedente".

Come osservavo anni fa[25] a me pare necessario distinguere il precedente, come *dictum* giurisprudenziale sulla questione in oggetto, dal precedente inteso come adesione della corte ad una tesi (precedente, dunque, come «dottrina della giurisprudenza»). Perché in realtà, quando nel nostro sistema guardiamo ai precedenti per prevedere il futuro atteggiamento dei giudici, guardiamo alla "dottrina della giurisprudenza". Ed infatti a questi fini ci si accontenta anche di un *obiter dictum*. Emblematico il caso Meroni: la Cassazione, con sentenza 26 gennaio 1971, n. 174 ha affermato il principio secondo cui il creditore di prestazione infungibile ha tutela aquiliana, ed anche se nel caso di specie non si ritenne al fine che vi fosse la prova di un danno risarcibile provato in giudizio, tuttavia da allora in poi, a seguito di quell'*obiter dictum*, fu ragionevole ritenere che in futuro la giurisprudenza avrebbe riconosciuto sussistere la responsabilità aquiliana anche nel caso di lesione, da parte di un terzo, di un diritto di credito: ed infatti è ciò che poi è accaduto.

È interessante notare che in una recente sentenza inglese, nel caso Dexia Crediop contro Comune di Prato[26] Mr Justice Walker, dovendo applicare il diritto italiano a contratti di *swap*, dopo aver osservato che "*there is no formal system of precedent in Italy*" (§ 133) fa poi riferimento alla sentenza a Sezioni Unite della Cassazione 3 giugno 2013, n. 13905, che ha statuito la nullità dei contratti che non prevedono il diritto di recesso dell'investitore anche quando la vendita fuori sede di strumenti finanziari sia intervenuta in esecuzione di un servizio di investimento diverso dal collocamento (§ 224).

E sulla base di tale sentenza conclude per la nullità dei contratti di swap (§ 249).

In definitiva quel che più conta è l'atteggiamento mentale dei giudici, se vi sia o non vi sia una cultura del precedente.

Ogni richiamo alla cultura anglosassone del precedente va fatta con molta cautela. Basti pensare che nei sistemi di *common law* il precedente è costruito sul fatto, e quanto più il precedente è antico tanto più è venerato, mentre nel nostro sistema il precedente è costruito sul principio di diritto, e con disagio si citano sentenze più vecchie di dieci anni.

---

[24] RORDORF, *Stare decisis*: *osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano,* in *Foro it.,* 2006, V, 284, sottolinea che il testo dell'art. 374 cod. proc. civ., introdotto dal d.lg. n. 40/2006, nel disporre che la singola sezione della Cassazione che ritenga di non condividere un principio di diritto già enunciato dalle sezioni unite è tenuta a rimettere la questione alle stesse sezioni unite, «afferma nel nostro ordinamento un (sia pur circoscritto) valore legale del precedente».

[25] DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario,* in *Contratto e Impresa,* 1986, 782.

[26] High Court of Justice [2015] EWHC 1746 (Comm) in data 29 giugno 2015.

2.3. – È sentita l'esigenza di prevedere il contenuto delle future sentenze.

L'adozione di un metodo (o, se si vuole, il ritorno ad un metodo), nel decidere, che operi riconducendo il caso alla fattispecie descritta dalla norma, e la diffusione di una cultura del precedente sarebbero rispondenti a tale esigenza.

A mio parere tra le due convenzioni che ho esaminato vi è un nesso.

Solo decidendo in base a norme si può dare adeguata motivazione, si può porre la base per una cultura del precedente.

La complessità delle fonti può comportare un maggior sforzo di identificazione della norma: ma non per questo si deve cambiare metodo, e volgersi alla invocazione dei valori.

Se poi in qualche caso ci si troverà di fronte a disposizioni normative senza fattispecie (il che può avvenire, come ho avuto occasione di segnalare tempo fa con riferimento a disposizioni di origine comunitaria [27)], sarà pur sempre possibile verificare se il caso da decidere sia riconducibile a tale disposizione, giovandosi della similitudine con il caso più rilevante che tale disposizione intende disciplinare.

[27] DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale,* in *I cinquant'anni del codice civile,* Milano, 1993, p. 235 ss.

JUS CIVILE

CARLO CASTRONOVO

Professore ordinario di diritto civile - Università Cattolica del Sacro Cuore

L'APORIA TRA *IUS DICERE* E *IUS FACERE* [*] [1]

In tempi di grande attivismo giudiziale è normale che ci si interroghi sulla natura vera della funzione giurisdizionale. Si tratta peraltro, come ci viene ricordato [2], di una 'vetusta questione'. La dottrina delle fonti del diritto che abbiamo appresa sui banchi della nostra prima preparazione giuridica ci ha insegnato che la giurisprudenza non è fonte del diritto. E così pure ci indica, con l'autorità dalla quale quella dottrina traeva forza, l'art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale, che di quella dottrina era a propria volta il frutto. Del resto, il tanto considerato liberale Codice civile svizzero, che subito al comma 2 dell'art. 1 attribuisce al giudice il potere di decidere <secondo le norme che egli stesso adotterebbe ove fosse investito della potestà legislativa>, ciò prevede solo pel caso di <mancanza di una disposizione di legge applicabile>, per poi precisare all'art. 4 che il giudice decide secondo equità solo quando sia la legge ad autorizzarlo [3]: modello al quale corrisponde grosso modo l'art. 1374 del codice civile italiano, che in materia di contratti prevede l'integrazione secondo equità ad opera del giudice, ma solo in mancanza di legge e di usi.

E anche l'art. 4 del *Code*, che obbliga il giudice a decidere anche in assenza di norma legislativa, gli attribuisce un potere creativo che però al tempo non fu inteso nel senso di associarlo all'idea di una giurisprudenza fonte del diritto.

La riprova si trova nella norma successiva del Code, l'art. 5, che fa divieto al giudice di decidere in via generale, indicando implicitamente a che cosa corrispondesse o meglio a che cosa non corrispondesse l'idea di fonte del diritto agli albori delle codificazioni moderne: sono solo le norme generali e astratte quelle alle quali va riconosciuta la natura di fonte del diritto. Dal combinato disposto, come si diceva una volta tra i giuristi e oggi viene ripetuto spesso impropriamente dai non giuristi, quel che si può trarre, al massimo, è l'idea che la giurisprudenza sia fonte del diritto solo come eccezione. Ma l'eccezione non è la regola, e anzi la conferma, la quale risulta allora quella di generale negazione della qualità di fonte del diritto alla giurisprudenza, più precisamente alla norma giurisprudenziale.

---

[*] Relazione tenuta dall'A. nell'ambito dell'incontro di studi sul tema "La giurisprudenza fonte del diritto?", svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 30 settembre 2016, in occasione della presentazione dei due volumi degli "Scritti giuridici di Andrea Belvedere", Padova, 2016.

[1] Sulla trasformazione del *ius dicere* inteso come *legem ferre* in *iurisdictio* nel significato di riespressione pura e semplice di quanto è scritto nella legge, cfr. F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, III, Roma, 1951, p. 58.

[2] R. Guastini, *Le fonti del diritto*, in Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 2010, p. 371.

[3] Cfr. *Berner Kommentar*, I, Bern, 2012, p. 748, 758.

Questa linea di diritto positivo combacia con quanto afferma Riccardo Guastini: che « la contrapposizione corrente tra legislazione e giurisdizione è largamente fondata sulla netta distinzione tra prescrizioni generali (legislative) e prescrizioni individuali (giurisprudenziali)» [4], le prime fonti le seconde non fonti del diritto.

Ma l'art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale è stato schiantato dalla Costituzione repubblicana. Nel momento in cui si è rivelato ignaro della fonte per eccellenza, esso è risultato incapace di riflettere con qualche attendibilità la struttura portante dell'ordinamento costituita dalle fonti, e perciò oramai privo di qualunque forza normativa. Di esso sul piano sostanziale si è potuto fare un più o meno attendibile restauro integrandolo con le fonti indiscutibili, ma sul piano formale deve ritenersi abrogato, in particolare perché eleva al rango primario delle fonti la legge ordinaria, la quale fonte primaria non è più.

Quanto alla natura del potere giurisdizionale, tuttavia, anche la nuova fonte preminente non sembra ammettere dubbi circa la funzione servente e secondaria di esso rispetto alla legge, nel momento in cui proclama che <i giudici sono soggetti soltanto alla legge> (art. 101, co. 2), ove l'esclusione di altre soggezioni ribadisce ed enfatizza quella essenziale alla legge, rispetto alla quale la giurisdizione risulta immaginata come potere subordinato, se non sul piano del valore, in quello della necessaria consequenzialità rispetto alla fonte legislativa. In questo senso suona addirittura l'idea che se ne trae da uno scritto notoriamente inteso come volto a magnificare l'attività del giudice in un ordinamento di *common law* come quello statunitense, quello che il giudice Cardozo dedicò alla natura della giurisdizione. In esso per definizione ci si aspetterebbe che il *judge made law* fosse esaltato fino al punto di farne il nucleo identitario dell'ordinamento. Invece l'autore inquadra *in limine* il tema in una struttura dell'ordinamento che più kelseniana non potrebbe essere: « la costituzione prevale sulla legge ordinaria, ma quest'ultima, se è conforme alla costituzione, prevale sul diritto giudiziale. In questo senso – egli continua- il diritto giudiziale è secondario e subordinato alla legge» [5].

Questo, però, significa soltanto che la decisione giudiziale non può andare contro la legge, ma non ne viene messa in dubbio la natura di fonte del diritto che notoriamente la sentenza ha negli ordinamenti di *common law*, la quale è tale salvo che contrasti con una norma di legge vigente e rimane tale fino a quando una norma di legge non la contraddica. Qualora lo stesso modello fosse applicabile ai sistemi di legge scritta, volendo riferirci a titolo esemplificativo a una vicenda legislativa recente, se fosse vero che la c.d. legge Balduzzi, operando l'inquadramento della responsabilità del medico nell'art. 2043 c.c. , ha inteso mettere fine alla giurisprudenza che qualificava quest'ultima come effetto di un contatto sociale qualificato in grado di dar vita a un'obbligazione senza prestazione, la fonte legale, in quanto preminente, dovrebbe ritenersi

---

[4] R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti,* in Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1998, p. 101.

[5] B.N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process,* New Haven, 1921, p. 14. Una critica disincantata di questo celebre scritto si trova in G. Gilmore, *The Ages of American Law*, New Haven and London, 1977, p. 76 s.

abrogativa della precedente giurisprudenza[6]. Proprio nel momento in cui qualifichiamo come abrogazione quella di una legge che si contrappone alla giurisprudenza, avvertiamo però l'improprietà del termine, dato che l'abrogazione nella tradizione europeo-continentale sembra riservata alla legge nei confronti di un'altra legge, secondo quanto nel nostro ordinamento suggerisce l'art. 15 disp. l. gen. E se la categoria dell'abrogazione contiene un'eccedenza di significato, e dunque per superare una giurisprudenza pur consolidata non è necessaria alcuna abrogazione, la qualifica di fonte del diritto che si intenda attribuire all'istanza giurisdizionale sembra risultarne sconfitta in partenza.

In effetti in un sistema non di precedente, come è ogni ordinamento di diritto scritto, qualunque sentenza successiva può smentire una giurisprudenza pur dominante senza incappare in un vizio di invalidità; mentre così non è rispetto alla legge, che invece va rispettata e applicata, onde la violazione di legge rende impugnabile la sentenza. Invero l'art. 360, co. 1, n. 3) in materia di ricorso per cassazione fa parola di violazione o falsa applicazione di norme di diritto, e tale dato testuale sembrerebbe lasciare aperta piuttosto che chiudere la questione se la norma in questione intenda fare riferimento anche alla giurisprudenza. Ma è proprio il prima richiamato art. 101 cost., che, nel dichiarare il giudice soggetto soltanto alla legge, in negativo significa che esso non lo è ai precedenti. E allora l'idea della giurisprudenza come fonte del diritto sembra sfumare.

Tuttavia non si può negare che relativamente al rapporto oggetto del giudizio la sentenza passata in giudicato costituisce regola per le parti, i loro eredi o aventi causa, come pure impone l'art. 2909 c.c. Questa norma, invero, prudentemente fa parola di 'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato'. Ma è altrettanto sicuro che fin quando non vi sia questo 'accertamento', il rapporto è privo della sua regola. E perciò, sempre secondo Guastini, «se si conviene che il diritto includa sia norme generali sia norme individuali, anche la giurisdizione, in quanto creazione di norme individuali, è creazione di diritto»[7]. Lo stesso autore di questa affermazione si premura tuttavia di dire che «in nessun caso si può dire che i giudici creino diritto *nello stesso senso* in cui diciamo che crea diritto la legislazione. L'espressione 'creazione di diritto' acquista due significati distinti nei due contesti, giacché produrre un testo e deciderne il significato sono attività evidentemente diverse, tanto quanto scrivere e leggere »[8]. In questo modo peròsi sovrappongono a loro volta due creatività: quella dell'interpretazione e quella della giurisdizione, le quali invece vanno tenute distinte. E invero se le due cose coincidessero, la questione che abbiamo vista essere detta vetusta circa la natura creativa o no della giurisdizione, sarebbe risolta da tempo, da quando cioè la natura creativa o la creatività concorrente dell'inter-

---

[6] Vicenda analoga si è verificata in Francia, con la legge c.d. *anti-Perruche,* che ha inteso contrapporsi alla giurisprudenza della *Cour de Cassation* attributiva di un diritto di risarcimento del danno al nato della cui malformazione il medico non avesse correttamente informato la donna gravida.

[7] Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti,* cit., p. 101.

[8] Guastini, *op. cit*., p. 401.

pretazione non ha più potuto essere plausibilmente negata. Se la questione è rimasta e ancora oggi la troviamo di fronte a noi, la ragione sta proprio nella non identificabilità della funzione creativa della giurisprudenza con la creatività dell'interpretazione [9]. Certo di quest'ultima partecipa anche la *iuris dictio*, nel momento in cui individua la norma applicabile e ne sciorina il significato. Ma la pronuncia del giudice non consiste soltanto nella lettura e spiegazione del significato della norma. Ciò che la caratterizza rispetto all'interpretazione *tout court* è il suo essere decisione, atto di imposizione di una volontà che è manifestazione di un potere [10]: quello che nessuna interpretazione per quanto autorevole come tale è in grado di avere. Questo appare chiaro agli osservatori esterni del fenomeno giuridico [11], quando colgono la specificità dell'interpretazione giuridica nel suo essere prodromica a un'applicazione, con la quale tuttavia quella non si identifica. Proprio nel momento in cui la si paragona all'interpretazione che possiamo dire pura, la sentenza manifesta il suo essere altro e in questo la sua normatività.

Si tratta però di una normatività debole. Da un lato infatti abbiamo appena visto l'ineluttabilità per le parti della decisione definitiva del giudice, dall'altro pure che le sentenze, anche quelle a sezioni unite della Cassazione, non vincolano il giudice successivo, per il quale tutt'al più hanno un valore altamente suggestivo. Significativamente lo sottolinea Josef Esser, il quale pure è uno degli autori che in Germania più ha contribuito a mettere in evidenza la natura creativa dell'interpretazione:« i precedenti non sono fonti del diritto, ma indizi per una conoscenza e una decisione giuste di fronte a indicazioni dubbie provenienti dai modelli legali di disciplina…(e) il giudice non è vincolato dai precedenti, ma solo dal diritto materiale» [12]. Da questo punto di vista si comprende infine l'affermazione riferita prima, secondo cui la negazione alla giurisprudenza della dignità di fonte del diritto corre lungo il filo della distinzione tra norme generali, legislative e fonti di diritto, e norme particolari, frutto della giurisprudenza [13], alla quale sembra doversi negare la qualità di fonte di diritto se e fino a quando non riesce ad essere vincolante neppure per se stessa [14].

In questo senso suona una non recente sentenza del Tribunale federale germanico, citata *ad*

---

[9] Esemplare in questo senso è la posizione di F. Gény, *Méthode et sources en droit privé positif*, rist., II, Paris, 1954, p. 33 s., il quale distingue due accezioni dell'espressione *pouvoir prétorien de la jurisprudence*:, la prima coincidente con l'idea creativa dell'interpretazione quando questa sia dovuta ai giudici, la seconda significante un vero e proprio potere di fonte formale del diritto; questa seconda accezione l'a. nega decisamente.

[10] V. O. v. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885, p. 6 (ed. it. ,Seregno, 2012).

[11] V., in particolare, H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, ed. it., Milano, 2012, p. 681, 687. Gadamer identifica il giurista con il giudice, parlando di una comprensione che è funzionale all'applicazione, per poi negare che l'applicazione «appart(enga) in modo essenziale e necessario alla comprensione».

[12] J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl, in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., 1972, p. 195, 196 nt. 16; K. Larenz, *Der Richter als Gesetzgeber*, in Festschr. f. H. Henkel, Berlin-New York, 1974, p. 32 s..

[13] In questo senso v. già Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, cit. , p. 59.

[14] Cerca di esserlo la Corte europea di giustizia, la quale nelle sue decisioni continua a citare i propri precedenti alla maniera dei giudici anglosassoni. Ma il contesto normativo entro il quale si muove la CEG non consente di accreditare le proprie decisioni come fonti di diritto (cfr. C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 227 s., 235). Altra cosa è che la Corte se ne serva come espressione di continuità e di razionalità del sistema.

hoc da Karl Engisch, secondo la quale non è conciliabile con la divisione dei poteri che il giudice «abbia a risolvere il suo compito di reperire il diritto, in caso di necessità, anche al di là della legge in maniera tale da reperirlo mediante atti di volontà in base a punti di vista di opportunità, invece di ricorrere al semplice sviluppo di un principio di diritto» [15]. Per Engisch: «un problema è poi stabilire… la funzione della legislazione da un lato e dell'applicazione del diritto dall'altro... il ruolo che l'applicazione del diritto assume o deve assumere nei confronti della legge [16]» . E continua: «Io sono piuttosto dell'avviso che l'intero problema non sia ancora definitivamente risolto e che, come tutti i problemi di fondo, non si potrà mai risolverlo in modo definitivo» [17] Egli fa balenare un'idea di soluzione: «Ci si dovrebbe…chiedere se non si sia formato un diritto consuetudinario, che autorizza il giudice ad attribuire al testo di legge, distaccandosi dalla volontà del legislatore storico, un senso attuale, razionale, conforme allo scopo» [18]. Da qui il passo verso l'affermazione che, allora, il diritto giudiziale possa ritenersi diventare fonte di diritto nella forma della consuetudine, il passo sembrerebbe breve. Taluno ha parlato infatti di 'vincolatività presuntiva dei precedenti' [19]. Ma proprio a questa affermazione Esser reagisce, negando al precedente la dignità di fonte del diritto [20]. Egli parla anzi di errore a proposito dell'idea che attribuisce al diritto giurisprudenziale il rango di diritto consuetudinario [21].

Questa precisazione rende giustizia a quella che appare una naturale distinzione tra consuetudine e giurisprudenza anche nel caso in cui si possa parlare di giurisprudenza costante; ma si tratta di spiegarla. Ora la consuetudine è regola di diritto sostanziale che disciplina la condotta dei consociati, i quali traggono convincimento della sua normatività dal fatto di continuare ad osservarla [22]; mentre della giurisprudenza diventata consuetudine i consociati non osserverebbero la norma materiale che di volta in volta è oggetto di quest'ultima, ma casomai attribuirebbero normatività alla regola che riconosca la giurisprudenza come fonte del diritto. La differenza si può inquadrare nella diversità tra norme d'azione e norme di qualificazione; e a me sembra che solo le prime possano costituire consuetudine. E poiché riconoscere una fonte di diritto è una questione di qualificazione, parlare di un riconoscimento consuetudinario non ha senso.

Nonostante questa precisazione, sembra che la domanda circa la natura della funzione giurisdizionale sia condannata a una risposta di doppia verità, la quale peraltro non sarebbe nuova nelle cose del diritto, se addirittura affligge alla radice la questione dell'interpretazione, posta di

---

[15] BGH, JZ 54, p. 155 (cit. da K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it., Milano, p. 254).

[16] K. Engisch, *Introduzione*, cit., p. 147.

[17] Engisch, *op. cit*., p. 150

[18] Engisch, *op.loc. cit*.

[19] M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, p. 258 s., cit. da Esser, op. cit. p. 195.

[20] *Vorverständnis*, cit., p. 195, 196, nt. 16.

[21] *Vorverständnis*, cit, p. 196: «rechtsirrige Vorstellungen von "richterlichem Gewonheitsrecht"». Sulle posizioni di Essere di Kriele, v. G. Zaccaria, *La giurisprudena come fonte di diritto*, Napoli, 2007, p. 11 s., 14 s.

[22] G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, I, 10, Leipzig 1893, p. 18.

fronte all'alternativa tra teoria soggettiva e teoria oggettiva. Dice infatti in proposito Larenz[23] che «ciascuna delle due teorie contiene una parte di verità, onde nessuna delle due può essere accolta senza limitazioni». Infatti in maniera analoga Guastini dà risposta al nostro problema distinguendo due piani di discorso: quello statico, nel quale la giurisprudenza, come istanza applicativa della norma di legge, proprio per questo non è fonte ma una sorta di canale di distribuzione di una normatività che sgorga *aliunde*; quello dinamico, nel quale la normatività della giurisprudenza non può essere negata, solo che si accetti la normatività della regola individuale contenuta nella sentenza[24]. E però viene fatto di pensare che se la giurisprudenza, diversamente dalla legge, soddisfa il canone della normatività solo su uno dei due piani, il confronto con quella che da sempre è ritenuta la fonte del diritto per eccellenza la situa fuori dal novero delle fonti. Questa conclusione diventa inesorabile se pensiamo al giudice penale, astretto come Prometeo al principio di legalità, che sembra negare definitivamente ogni velleità a una qualche idea di giurisprudenza creativa.

Ma se l'interpretazione non è pura parafrasi, nel momento in cui dà contenuto all'atto decisorio fa sì che quest'ultimo non possa essere considerato di mera applicazione. E questo accade anche nel diritto penale. Quando si dice che le stesse categorie fondamentali del diritto penale, come causalità, dolo, colpa, concorso nel reato «possono subire nella prassi processuale adattamenti o forzature»[25], sembra disinnescarsi definitivamente l'idea di una giurisprudenza come *bouche qui prononce les paroles de la loi*. Questa celebre frase montesquieiana[26] viene richiamata normalmente per rilevare la distanza che corre tra l'idea tradizionale e l'idea moderna di interpretazione. Ma non si deve dimenticare che in origine (e qui cadiamo nel paradosso della teoria dell'interpretazione che pur essa ha bisogno dell'interpretazione ai fini della sua formulazione) l'affermazione traeva significato e si innestava nella teoria della separazione dei poteri[27]; onde era precisamente alla sentenza del giudice che l'autore intendeva negare significato creativo. Invece l'innesto dell'interpretazione nella funzione decisoria supera il piano di semplice attualizzazione di un significato, e dà ragione della funzione creativa della giurisprudenza: il giudice che filtra nella sentenza un'interpretazione che è inevitabilmente incrementativa di senso rispetto alla legge configurando il rapporto che corre tra le parti, aggiunge normatività nuova all'interno della cornice preesistente costituita dalla legge. Gadamer parla, in proposito, di fun-

---

[23] K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, III, Berlin-Heidelberg-New York, 1975 p. 303: *jeder der beiden Theorien liegt eine Teilwarheit zugrunde; daher kann keine ohne Einschränkung akzeptiert werden*.

[24] Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 101.

[25] G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, p. 77; e v. Zaccaria, *op. cit.*, p. 26 s.

[26] Montesqieu, *De l'esprit des lois*, XI, 6, ove pure si legge che <i giudizi devono essere certi (*fixes*) a tal punto da essere 'un testo preciso della legge'».

[27] Cfr. per tutti F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, III, Roma, 1951, p. 58 s., il quale peraltro sembra identificare indebitamente la funzione creativa della giurisdizione, la quale si pone sul piano della norma, con la (possibile) natura costitutiva della sentenza, la quale si pone sul piano dei diritti. Dal punto di vista normativo sia la sentenza dichiarativa che quella costitutiva sono applicazione della legge.

zione creativa e integrativa del diritto ad opera del giudice, relativamente al quale aggiunge che esso «però è sottomesso alla legge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica» [28].

Questo partecipare, di un autore tanto significativo nel mutamento di paradigma relativo all'interpretazione che ha portato quest'ultima dalle sponde della pura dichiaratività a quelli della sua natura creativa, dell'idea che nega alla giurisprudenza la prerogativa di fonte del diritto ci illumina circa il piano sul quale si situa questa idea. Esso è bensì originariamente un piano normativo, come abbiamo indicato all'inizio, ma da questo si è trasposto su un piano culturale generale onde proprio per questo è difficile superarlo nonostante che, come pure abbiamo visto, lo stesso ordinamento, quello italiano per quanto ci riguarda direttamente, mostra di non essere più identificabile per questo aspetto con l'art. 1 disp. l. gen. E' la tradizione dello stato borghese liberale che, nel teorizzare la tripartizione dei poteri, ha potuto qualificare come 'invisible et nulle' [29] la giurisdizione. Tanto forte è stata questa tradizione che lo stesso Carl Schmitt [30], che dello Stato liberal- borghese non può dirsi un cantore, la accredita come ovvia. E certo se ne coglie anche il significato importante di bastione della legalità, eretto bensì a protezione della libertà individuale ma espressione di un garantismo più ampio perché duplice: uno rivolto al cittadino, l'altro allo stesso giudice, di ambedue ergendosi ad usbergo la legge: onde nel momento in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, è di questa servitore e non può trascenderla violando la libertà individuale, che dalla legge è appunto garantita. Le due libertà, del giudice e dell'individuo sono legate a doppio filo [31]: in quanto fondate sullo stesso segno della legge, il giudice non può violare la seconda senza avvertire che allora anche per la propria libertà suona la campana. Dunque libertà del cittadino e libertà del giudice, ambedue sotto la legge perché è questa che nel limitarle, come pure è necessario alla corretta convivenza, le difende all'esterno contro ogni indebita intrusione. Così la giurisdizione che intende salvaguardare la propria libertà deve necessariamente limitarla entro i confini che la legge le assegna, confini che sono quelli dell'incremento di significato normativo del dato legislativo che filtrato dalla decisione giudiziale diventa regola del caso concreto. Sta qui, come dicevo prima, la differenza rispetto all'interpretazione *tout court*, la quale è bensì sviluppo e aggiunta di significato, ma non è normativa fino a quando non sia adottata dalla giurisprudenza.

E se per la legge *stat pro ratione voluntas*, per il giudice, al contrario, *stat pro voluntate ratio*: la decisione si legittima non come puro atto di volontà, ma come volontà che manifesta un

---

[28] Gadamer, *Wahrheit*, cit., p. 680 s.

[29] Montesquieu, *op. loc. cit*.

[30] Dottrina della Costituzione, trad. it., Milano, 1984, p. 247, il quale di fronte all'idea di Montesquieu, che qualifica la giurisdizione come un potere – non potere (*invisible et nulle*), commenta: «rimane quindi di vero interesse soltanto la distinzione tra legislativo ed esecutivo».

[31] Schmitt, *op. cit*., p. 210., il quale significativamente, di seguito alla frase «solo finché ci si attiene al carattere generale della legge, i giudici sono indipendenti», afferma che «l'antico principio dello Stato di diritto *nulla poena sine lege* presuppone una norma generale».

rationabile obsequium, non ad altro se non alla legge. Certo c'è stata una stagione nella quale la *ratio* rinvenuta dal giudice come *ratio legis* era considerata talmente forte da potersi opporre alla stessa legge: e fu precisamente la stagione che precedette la codificazione e l'affermarsi della struttura tripartita dei poteri dello Stato. Ludovico Antonio Muratori [32] ricorda come il cardinal De Luca raccomandasse ai giudici di «anteporre la stessa ragione alla legge», che però, intesa come *ratio legis* da contrapporre alla lettera della legge [33] era diventata, come dice Muratori, causa di una «giurisprudenza arbitraria nei giudici più che in addietro». Si tratta del risvolto negativo dell'idea corrente nella stagione del diritto comune, secondo la quale i testi del Digesto non potevano considerarsi fonti legislative nel senso moderno del termine, ma che tali essi diventavano mediante la mediazione giudiziale [34]. Perciò il codice fu teorizzato prima, e si instaurò poi, come fonte antitetica alla giurisprudenza, l'unico in grado di eliminarne o almeno ridurne i 'difetti' [35] secondo la terminologia del Muratori, e infine adottato con l'ordine impartito ai giudici di trovare in esso la soluzione del caso concreto: il giudice deve trovare nella legge la regola da adottare nella decisione e non può addurre a scusa, pena la violazione del suo dovere di pronunciare, *il silenzio, l'oscurità o l'insufficienza della legge* , come prevede l'art. 4 *Code civil*.

Il giudice deve dunque fare capo necessariamente alla legge, per scoprirne eventuali lacune o maldestrezze o incongruenze, ma proprio perché non può sottrarsi all'obbligo di decidere sviluppa quella 'riformulazione progressiva' (*Fortbildung*) e anche integrazione che rende possibile al sistema di funzionare, pena il ritorno inconcepibile al *référé législatif*. Il giudice 'servo della legge' [36], come pure è stato detto con espressione forte, potrà essere stato teorizzato, ma è lontano dalla storia quanto l'idea di un legislatore onnipotente. Non è stato certo un caso che alla fine dell'ortodossia dell'*exégèse* e della pandettistica in Europa siano fioriti Gény [37] e la *Freirechtslehre* così come il realismo giuridico negli Stati Uniti dopo Cristopher Columbus Langdell [38]. E facendo perno in particolare sull'incompletezza della legge, da non confondersi con

---

[32] *Dei difetti della giurisprudenza*, Milano, 1958, p. 116 s.

[33] P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, p. 168, ricorda come mediante il richiamo alla *caus*a o *ratio legis* gli interpreti medievali si aprissero la strada per il superamento della legge intesa nei suoi limiti testuali, e come l'invito alla *ratio* fosse contenuto già nella Glossa accursiana. Peraltro già dei Romani era l'idea che *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (Celsus, D. 1,3,17)

[34] Esser,Vorverständnis, cit., p. 192.

[35] Cfr. F. Gény, *Méthode et sources en droit privé positif*, rist., II, Paris, 1954, p. 15 s.

[36] Come lo epiteta Grossi, *op. cit*., p. 168.

[37] Quest'autore, *Méthode et sources*, cit., p. 35, tuttavia, come abbiamo visto, nega alla giurisprudenza il valore di fonte formale del diritto, argomentando dal divieto, contenuto tra altre fonti nell'art. 5 *Code civil*, rivolto ai giudici di formulare norme generali con pretesa di applicazione a fatti diversi da quelli oggetto della controversia decisa. Gény, *op. cit*., p. 38, reputa che in caso contrario si instaurerebbe un sistema di precedente, del tipo di quello riconosciuto nel Regno Unito e negli Stati Uniti, che egli reputa del tutto estraneo alla tradizione francese.

[38] Su questo padre della Harvard Law School, fedele all'idea della scientificità del discorso sul diritto e della riducibilità di quest'ultimo a sistema; e sul realismo giuridico che si rivoltò contro di esso all'insegna di un pluralismo consapevole della frammentarietà dell'esperienza, v. G. Gilmore, *The Ages of American Law*, cit. , p. 42 s.

lacunosità [39], Oskar von Bülow [40] tolse definitivamente al giudice la qualifica riduttiva di portavoce del legislatore.

Abbiamo detto prima che, al di là del profilo di diritto positivo la negazione alla giurisprudenza della qualifica di fonte del diritto va colta sul piano culturale, ove a un certo punto della storia i difetti della giurisprudenza sono apparsi troppi e insopportabili e di questa hanno suggerito il declassamento da fonte di diritto quale sicuramente era prima della codificazione. Accertato che il vincolo normativo che rifletteva questo assetto delle fonti escludendone la giurisprudenza è oramai perento, possiamo chiederci se pure sul piano culturale si possa dire maturata una nuova prospettiva di superamento plausibile della precedente. Avvizzita un po' o addirittura appassita la codificazione, e le leggi non brillando né per la loro fattura né per il rispetto che dovrebbero incutere, sull'onda di una ognora crescente idea della natura non meramente riproduttiva dell'interpretazione possiamo dire che la questione relativa alla giurisprudenza, e in particolare se essa sia fonte di diritto o no, è naturalmente riaperta. Lo testimonia la compresenza in dottrina di risposte positive e negative a questa stessa domanda [41] e alla difficoltà di ogni autore, di qua e di là del fronte, di attenersi coerentemente all'idea sostenuta.

Da un lato anche il più ortodosso cultore della scansione tradizionale delle fonti del diritto non può negare che la rappresentazione dell'ordinamento sia come intero sia nelle sue partizioni non può essere ridotta al dato legislativo [42]. D'altra parte nei sistemi di legge scritta la giurisprudenza non si spiega se non mediante il riferimento a un dato positivo costituito dalla legge, dalla quale ogni decisione trae giustificazione e prima ancora valore: in questo senso la giurisprudenza è essenzialmente interpretazione e applicazione di norme che la precedono e ne costituiscono oggetto necessario di ricognizione. Il punto di mediazione teorica, che voglia essere il riflesso della consapevolezza e del dibattito attuali, può allora fissarsi attendibilmente nell'idea che la giurisprudenza è fonte del diritto, ma lo è, come prima abbiamo affermato in quanto fonte secondaria. Volendo esemplificare, questo significa che la giurisprudenza non ha il potere di coniare nuove situazioni soggettive, com'è accaduto o può sembrare sia accaduto quando essa ha accreditato in termini generali la *chance* come occasione la cui perdita ad opera di altri genera responsabilità nei confronti di questi ultimi [43] o il diritto all'integrità del patrimonio [44].

---

[39] La lacuna, secondo la definizione di Engisch (*Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 217 s) e di Larenz (*Methodenlehre*, cit., p. 358), è l'ammanco di una disposizione, in contrasto con il disegno voluto dal legislatore; l'incompletezza è una qualità connessa al linguaggio (A. Belvedere, *Scritti giuridici*, I, San Giuliano milanese, 2016, *passim*, parla di vaghezza, che con l'interpretazione si riduce ma non si elimina) nel quale da ogni parola si diparte una raggiera di significati, tra i quali all'interno del giudizio la scelta è orientata (anche) dalla prospettiva del caso concreto. In questo senso Bülow, *op. cit*., p. 30, chiama la legge 'un frammento di profezia terrena' (così l'ed. it., cit., p. 32).

[40] *Gesetz und Richteramt*, cit., spec. p. 28 s.

[41] Cfr. B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Frankfurt a. M., 1973, p. 457 s.

[42] V. per tutti K. Larenz, *Der Richter als Gesetzgeber*, cit.,, p. 42 s.

[43] Cfr. C. Castronovo, *Vaga* culpa in contrahendo: *invalidità responsabilità e la ricerca della* chance *perdut*a, in *Europa dir. priv*., 2010, p. 32 s., con riferimento all'idea espressa in Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*,

Può, invece, la giurisprudenza, nel concretizzare una clausola generale, qualificare come meritevole di tutela un interesse che nel caso concreto si adduca a fondamento di una tutela prevista dalla legge.

Dunque la giurisprudenza si esplica nel fornire tessuto alla struttura essenziale costituita dalla legge. Se vogliamo usare un'immagine, il rapporto tra legge e giurisprudenza si può descrivere nei termini di quello tra l'ordito e la trama. Se si va alla definizione di questi due concetti, essi calzano infatti perfettamente al rapporto che intendiamo descrivere. L'ordito si definisce come «tutti quei fili destinati a formare la lunghezza del panno che si ha da tessere sul telaio»; e la trama è «il complesso dei fili che, attraversando l'ordito, costituisce il ripieno di una tessitura» [45]: essa, con un accostamento che può apparire iperrealistico, si assomiglia alla nervatura e ai muscoli che si aggregano intorno alla struttura ossea. La giurisprudenza non può prescindere dall'ordito della legge, salvo che sia quest'ultima ad autorizzarla a farne a meno; essa, come afferma Esser [46], non ha un autonomo ambito o territorio normativo. Egli ne conclude che la giurisprudenza non è fonte di diritto; ma questo contrasta con l'idea che l'autore stesso perora, di una giurisprudenza che è integrativa della legge anche quando non si tratta di colmarne lacune [47].

Per scendere al livello del nostro diritto positivo, se si vuole prendere atto pianamente di questa funzione incrementativa del diritto vigente che la giurisprudenza ha, quando la Cassazione [48], non per colmare una lacuna, ma solo per confermare un criterio giurisprudenziale di liquidazione del danno alla persona in ossequio al principio di eguaglianza troppo chiaramente violato per la frequenza e numerosità dei casi che se ne discostano, dichiara violazione di legge la decisione non conforme, nonostante questo contrasti con la nostra cultura dei rapporti tra legge e giurisprudenza non fa che standardizzare la *Konkretisierung* della disciplina del risarcimento nel danno alla persona. E negare forza normativa a questa 'determinazione concretizzante' significa porsi contro il principio di realtà [49]. La non applicazione di questo indirizzo interpretativo di fonte giurisprudenziale perciò, diversamente da quanto afferma la Cassazione, non va qualificata in termini di violazione di legge cioè di non «conformità della valutazione equitativa del

---

1986, I, 390, secondo cui la *chance* «è anch'essa un bene patrimoniale (…) la cui perdita produce un danno attuale e risarcibile (purché) ne sia provata la sussistenza».

[44] Cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III, Milano, 2006, p. 110 s., 127 s.

[45] F. Palazzi, *Novissimo dizionario della lingua italiana*, alle voci.

[46] *Vorverständnis*, cit., p. 196 s.

[47] *Op. ult cit*., p. 197.

[48] Cass. 7 giugno 2011, n. 12408: «la Corte di Cassazione ritiene che sia suo specifico compito, al fine di garantire l'uniforme interpretazione del diritto (che contempla anche l'art. 1226 cod. civ., relativo alla valutazione equitativa del danno), fornire ai giudici di merito l'indicazione di un unico valore medio di riferimento da porre a base del risarcimento del danno alla persona» (n. 3.2.1).

[49] Lo stesso vale per altre esperienze giuridiche nazionali. In Germania, ad esempio, la giurisprudenza ha adottato la regola secondo cui l'eccessiva onerosità che costituisce, a tenore del § 251 (2), il limite del risarcimento in forma specifica, è costituita da un costo che superi del 30% circa il valore del bene danneggiato (cfr. Jauernig, *BGB*, XV, München, 2014, *sub* § 251,3.

danno (non patrimoniale) alle disposizioni di cui all'art. 1226 c.c. e art. 2056 c.c., comma 1», bensì come violazione della norma giurisprudenziale che identifica in certe tabelle prestabilite il criterio di conformità alle norme di legge richiamate. La ripulsa che istintivamente ha investito la formulazione della Cassazione[50], favorita dallo stesso schermarsi di quest'ultima dietro la formula della violazione di legge[51] dopo avere insinceramente chiamato «operazione di natura sostanzialmente ricognitiva» l'ordine di rifarsi alle dette tabelle, può essere imputata alla nostra abitudine – e prima abbiamo parlato di cultura- di identificare il diritto con la legge[52]. Abitudine che è stata addirittura enfatizzata nella precisazione che la Cassazione ha ritenuto di fare in una sentenza recentissima, con le parole che « il valore delle tabelle milanesi riconosciuto dalla sentenza n. 12408 del 2011 va inteso… non già nel senso …che le dette tabelle ed i loro adeguamenti siano divenute esse stesse in via diretta una normativa di diritto, che occorrerebbe necessariamente qualificare all'interno della categoria delle fonti per come regolata … dall'art. 1 preleggi…bensì nel senso che esse integrino i parametri di individuazione di un corretto esercizio del potere di liquidazione del danno non patrimoniale con la valutazione equitativa normativamente prevista dall'art. 1226 c.c»[53]. Dopo aver fatto il passo, la Cassazione si ritrae di fronte all'idea di essersi proclamata fonte di diritto. Mentre, coerentemente e senza sotterfugi, avrebbe dovuto riconoscere la forza normativa del criterio adottato in funzione di concretizzazione della norma di legge. Il diritto, dobbiamo forse ancora impararlo, si veste della fonte che di volta in volta gli appartiene[54].

Ma la sentenza, pur della Cassazione, non è la legge: e però, se altri giudicati riterranno che diversa debba essere la regola, potranno affermarlo altrettanto legittimamente perché, come continua a prescrivere l'art. 101 cost., « i giudici sono soggetti soltanto alla legge».

Lo stesso deve dirsi in materia di rapporti tra Corte europea di giustizia e giudici nazionali. Una volta chiarito che in base al Trattato o ai Trattati nessuna norma induce a pensare al principio del precedente, le decisioni della CEG potranno essere state corredate da quest'ultima del

---

[50] V. per tutti F. Busnelli, *La liquidazione del danno alla persona nella r.c.a. tra legge, giurisprudenza e tabelle valutativa*, in *Assicurazioni*, 2011, p. 596 s.

[51] La Cassazione cerca di rendere ancora più delicato il suo intervento, precisando che «occorrerà che il ricorrente si sia specificamente doluto in secondo grado, sotto il profilo della violazione di legge, della mancata liquidazione del danno in base ai valori delle tabelle elaborate a Milano» (n. 3.2.6).

[52] Correttamente, invece, Cass. 2 maggio 2015, n. 10263, aderendo a Cass. n. 12408/2011, qualifica la mancata osservanza delle tabelle come 'violazione di norma di diritto … ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

[53] Con la conclusione che allora «la natura delle tabelle così ricostruita esclude … che esse, una volta deliberate, assumano il valore di normativa di diritto in via diretta, in quanto esse non sono espressione di una fonte di produzione di norme di diritto» [Cass. 10 maggio 2016, n. 9367 (n. 3.4, 3.5)].

[54] In questo senso mi sembra suoni l'affermazione di Zaccaria (*La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., p. 54), che «ritorna forse attuale la formula lockiana … per la quale i poteri sono veramente plurali, collocati in ambiti diversi e l'uno non dipende dall'altro». A ognuno di questi poteri, però, va riconosciuto il livello suo proprio. Concludere perciò che tutto si risolva in una «scelta tra diversi livelli di normatività e vincolatività», nel quale «l'uso stesso delle fonti diviene un problema squisitamente ermeneutico« (*op. cit*., p. 52), finisce con il dissolvere lo Stato di diritto nell'imponderabilità dell'interpretazione.

diritto al risarcimento del danno[55] per violazione del diritto unitario inteso come diritto interpretato e applicato dalla stessa CEG, ma ciò non incide sulla portata formale delle sue decisioni: queste ultime faranno stato all'interno del giudizio nazionale che ha portato al rinvio alla CEG e alla sua decisione, ma non al di fuori di esso (art. 267 TFUE). Proprio il ripiego sul risarcimento del danno nei confronti degli Stati la cui giurisprudenza devìa da quella della Corte di Lussemburgo sta a testimoniare che il vincolo di precedente non sussiste e dunque, per dirla con Cardozo[56], che il giudice europeo *può* con questo meccanismo, da esso stesso inventato, imporre la sua giurisprudenza, ma *non ne ha il diritto*: il suo è un mero potere, una manifestazione di forza priva del crisma giuridico che apparentemente manifesta.

[55] Su questa 'invenzione' della CEG, v. *Eclissi*, cit., p. 245 s., 276 s.

[56] *The Nature of Judicial Process*, cit., p. 129.

JUS CIVILE

NATALINO IRTI

Professore emerito di diritto civile – Università di Roma La Sapienza

MORALITÀ DELL'ANALISI LINGUISTICA*

1. – Andrea Belvedere ha compiuto gli studî universitarî qui, a Pavia, laureandosi sotto la guida di Alfredo Fedele. Nome caduto in ombra, il Fedele, ma degno di ricordo per finezza di tratto e di ingegno: un suo saggio del 1943 sull'invalidità del negozio giuridico ne dà prova sicura e persuasiva. La genealogia universitaria – che, nel nostro caso, è anche continuità di metodo e di stile scientifico – ci conduce da Fedele al suo maestro Mario Allara. Potremmo risalire ancora più indietro nel tempo, fino al maestro palermitano di Allara, Giuseppe Messina, acutissimo indagatore dell'interpretazione contrattuale; e al suo nome ci arrestiamo come di lontano iniziatore e caposcuola.

Belvedere è, e sa di essere, in questa genealogia, in una catena di pensiero, che si svolge nel tempo, e passa da maestro ad allievo, il quale a sua volta si farà maestro, e consegnerà ad altri il lascito del passato (è la traditio costitutiva, appunto, della tradizione). Sostiamo su questo svolgimento di idee.

Allara, giurista ignaro di filosofie generali e di teorie del linguaggio, si restringeva nello studio del testo legislativo. Non al modo della vecchia esegesi, o dei commentatori pratici, ma per penetrarlo e svelarlo nella sua struttura logica. Donde un metodo di scomposizione e ricomposizione degli istituti, che venivano, per così dire, aperti e richiusi, divisi in elementi e ricondotti a unità. Si trattava di un metodo strutturale, sciolto da sfondi storici e da vincoli teleologici. Nessun rilevo alla genesi e agli scopi perseguiti dal legislatore, ma lo studio del 'come è fatto', degli elementi raccolti nel nesso logico di un organismo. La 'struttura' di un istituto giuridico, nella visuale di Allara, non è una cosa fra le cose, un fatto tra i fatti, ma un insieme di parole, che vanno interpretate e sistemate.

Non a caso nel 1953 Uberto Scarpelli, teorico del positivismo logico e dell'analisi del linguaggio, ha cura di segnalare Mario Allara come "uno dei giuristi moderni più interessanti per il metodologo", e di lodarne l'implacabile rigore nell'enunciare ed applicare i criterî di studio. Giudizio, che, di là a trent'anni, lo stesso Scarpelli avrebbe rinnovato, ricordando Allara come suo maestro universitario in diritto civile, "nobile terra feconda di giuristi" ed esprimendo gratitudine per il "severo addestramento nella dimensione normativa, dimensione, se non unica, co-

---

* Relazione di presentazione dei due volumi degli "*Scritti giuridici di Andrea Belvedere*", Cedam, 2016, tenuta dall'A. in occasione dell'incontro di studi sul tema "*La giurisprudenza fonte del diritto?*", svoltosi presso l'Università degli Studi di Pavia il 30 settembre 2016.

La pubblicazione avviene per gentile concessione della *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*

munque primaria e tipica nel lavoro del giurista". Metodologo inconsapevole, Allara, che, al pari di altri giuristi, praticava una **filosofia implicita**, tutta risolta nel concreto esercizio del proprio lavoro. Ad Allara, ed a suoi allievi più ligî e ortodossi, ma di certo non a Belvedere, può muoversi solo rimprovero di aver rotto il rapporto con il linguaggio comune dei giuristi, costruendo una terminologia che, scomparsi gli autori, si è chiusa in sé stessa come in una gabbia inaccessibile e incomprensibile.

2. – Se questa è la linea genealogica, il cammino di scuola, che conduce da Allara a Fedele, e poi da Fedele a Belvedere, è anche da gettare lo sguardo al più largo orizzonte culturale di quegli anni, ossia del periodo di intensa formazione del nostro festeggiato, ormai giunto da Pavia a Torino.

La filosofia implicita di Allara era ormai divenuta **filosofia esplicita**. Declinata l'egemonia dell'idealismo crociano e gentiliano, si porgeva nuova attenzione alla logica delle scienze fisiche e naturali. Proprio a Torino, per iniziativa di Ludovico Geymonat, e concorso di Nicola Abbagnano e Norberto Bobbio, si costituì un 'Centro di studi metodologici', che, accogliendo l'indirizzo del Circolo di Vienna, collocava al centro dell'indagine scientifica l'analisi del linguaggio: del linguaggio-oggetto, su cui costruire e sistemare il meta-linguaggio della scienza, così distinguendosi il linguaggio del quale si parla e il linguaggio con il quale si parla. Non si dà più problema di verità, assolute e immutabili, ma soltanto di rigore metodologico.

Codesto fu il programma neo-illuministico o positivistico, a cui non restarono estranei gli studî giuridici. È del 1950 il 'manifesto' lanciato da Bobbio col saggio 'Scienza giuridica e analisi del linguaggio', pubblicato – si noti – non su una rivista di filosofia teoretica, ma su un periodico militante di diritto e procedura civile. Così, il metodo in concreto praticato dai giuristi guadagnava la nobiltà di una metodologia filosofica; e cessava del tutto il 'complesso di inferiorità', da sempre avvertito dai giuristi nei confronti degli studiosi di scienze fisiche e naturali.

Andrea Belvedere, che Fedele aveva tratto con sé da Pavia a Torino (e fu poi felice occasione del nostro incontro e di comune lavoro nel triennio 72 – 75), si formò in quella genealogia ed entro codesta cultura, ed anche vi aggiunse assidua e fruttuosa consuetudine di rapporti con Uberto Scarpelli, il quale, passato il Bobbio ad altra Facoltà, teneva cattedra di filosofia del diritto. Compianto e stimatissimo amico, Uberto Scarpelli, a cui si debbono pagine fondamentali, intonate, non soltanto a strenuo rigore di concetti, ma anche a passione civile e respiro etico-politico. Scarpelli è tra gli 'autori' di Belvedere, che a lui dedica un saggio del 2004 (raccolto nel primo volume di questo dittico) insieme penetrante e affettuoso, vivace di autonomia e grato nel fondo dell'animo.

3. – Nella cultura torinese di quegli anni, – in una 'città filosofica' come la chiameranno Pietro Rossi e Carlo Augusto Viano, tracciando la geografia del pensiero italiano – e propriamente

nel 1977, nasce il libro di Belvedere su 'Il problema delle definizioni nel codice civile': tema, non ignoto a talune e rade voci della dottrina italiana, che l'autore rivive entro il neo-positivismo logico e l'analisi del linguaggio. Dove il concetto di 'definizione' è essenziale: stabilire il significato o i significati di termini linguistici (o, per dirla con Rudolf Carnap, formulare, per mezzo di altri termini, le condizioni di applicazione di un termine) è, da un lato, garanzia di precisione scientifica e coerenza argomentativa, e, dall'altro, segno di lealtà dialogica. Non a caso, gli studî di scienza politica avevano ripreso fervido slancio, sul finire degli anni Cinquanta, con il libro di Giovanni Sartori intorno a 'Democrazia e definizioni'. E che altro, a ben vedere, è il lavoro del giurista se non assiduo esercizio definitorio, uno scendere continuo dai segni linguistici ai significati, reali o logici che siano? Soltanto il nebbioso irrazionalismo o l'intuizionismo misticheggiante possono fare a meno di definizioni, e consegnarsi a un oscuro gergo di iniziati e per iniziati.

La teoria e l'esercizio delle definizioni assumono, nel campo della scienza giuridica, una particolare fisonomia. L'oggetto dell'indagine è costituito, non da cose o fatti, ma da un linguaggio, da quell'insieme di parole con cui uomini comandano ad altri uomini; e codesto linguaggio è denso di definizioni, nelle quali il legislatore, quasi riflettendo su se stesso, descrive istituti, elenca requisiti, enuncia significati di termini normativi. Ne nasce così l'arduo rapporto tra definizioni legislative e definizioni scientifiche, interne ed esterne, trovate e costruite: un rapporto, su cui Belvedere indugia con piena misura di sottilità classificatoria e destrezza argomentativa (e basti qui rammentare, fra altre, la densa e perspicua 'voce', che al 'linguaggio giuridico' egli dedica nell'ultimo 'Digesto'). E sempre nell'onesto proposito di dilucidare, a sé ed al lettore, la trama logica e semantica delle norme.

Poco o nulla si avverte, da impazienti e rozzi critici, la serietà morale, e la disciplina interiore, che anima l'analisi del linguaggio, lo scrupolo di distinguere precisare definire, la coerenza nel trarre dalle proposizioni originarie le ulteriori e subordinate. E codesta serietà morale, codesto stile di rigore, troviamo in tutte le pagine di Belvedere, nella sua sobrietà di parole e nella secchezza della trama sintattica. Il libro sulle definizioni súbito si collocò con grande rilevo nella letteratura analitica, che aveva già dato contributi illuminanti intorno al concetto di persona giuridica (da Floriano d'Alessandro a Francesco Galgano a Paolo Zatti), ed altri ne promosse e suggerì, così da assumere il rango di un vero e proprio classico.

4. – I due volumi di 'Scritti giuridici', pur stretti nella fedeltà alla lezione di metodo appresa in giovinezza e dunque sempre ritrovandosi in unità di pensiero, tuttavia offrono al lettore un cammino, o forse tre momenti, che possono ricostruirsi ciascuno con tratti di diversa fisionomia.

Il primo momento, o **stagione dei fondamenti**, si consegna al libro sulle definizioni ed a saggi esplicativi o applicativi di minore respiro. È la stagione torinese, in cui Belvedere compie le scelte costitutive della propria identità di giurista, costruisce lo stile della prosa, prende posizione sugli interrogativi essenziali del diritto.

Il secondo momento, svoltosi a un dipresso tra la fine degli anni Settanta e gli Ottanta, è la **stagione ideologica**, la stagione del confronto tra definizioni e 'visioni del mondo', le quali, manifestando credenze e progetti per il tramite necessario del linguaggio, determinano significati di parole, introducono nuovi termini tecnici, o imprimono tonalità valutative o persuasive a termini già in uso. Appartengono a questo periodo i saggi (sempre raccolti nel primo volume) che, ancora una volta e sotto diverso profilo, svelano la profonda onestà scientifica di Belvedere, il quale non nasconde, né a sé né ai lettori, la connessione fra linguaggio giuridico e visioni del mondo. Il medesimo spirito indurrà Belvedere a scrivere, di là a qualche anno, una frase di esemplare e scomoda sincerità: "In ogni caso non deve essere occultata la matrice soggettivista di questa nozione [ossia dei 'valori']. Non esistono valori 'oggettivi', sia nel senso che non si ha un valore se non c'è chi – un individuo o milioni di persone – lo riconosca come tale, sia nel senso che ciò che costituisce un valore per qualcuno può non esserlo per altri. E massimo è il tasso di soggettività quando si tratti di effettuare una graduatoria tra valori pur condivisi".

Il terzo momento, consegnato al secondo volume degli 'Scritti', potrebbe chiamarsi **stagione pragmatica o sperimentale**, non già nel senso di un grezzo e inatteso praticismo, ma perché il 'Glossario' del Trattato di diritto privato, diretto da Gianni Iudica e Paolo Zatti, trae Belvedere sul campo dei singoli istituti e chiama il metodo analitico a un concreto e specifico esercizio. Sfilano così le 'voci' sull'atto giuridico, sulle nozioni di documento, forma, frode, legittimazione, rappresentanza. Saggi eccellenti, in cui Belvedere offre la propria personale e raffinata misura: se si danno scrittori generosi e larghi di novelle e romanzi, e letterati più schivi e racchiusi nel giro di una pagina solitaria o di un elegante elzeviro, ebbene Belvedere rientra tra questi ultimi, fra i giuristi non dirò avari, ma certo gelosi del proprio ingegno e della propria prosa. Quasi ci si stupisce di trovare nel secondo volume oltre cinquanta pagine intorno all'anatocismo bancario, fenomeno che di per sé ha scarsi tratti di finezza e che Belvedere nobilita con sviamenti analitici su usi e argomentazioni dei giuristi.

5. – I due volumi – oltre mille pagine in istampa – offrono una rara immagine di coerenza interna e di fedeltà metodologica. Belvedere è sempre se stesso, non sente la lusinga delle mode, non cede a ignobili transazioni intellettuali. Il metodo analitico ha di certo presentato limiti e rischî, esaurendosi talvolta in algide ricognizioni di significati, in stucchevoli elenchi di usi linguistici. È il rischio di una metodologia, che rimanga sempre teoria del metodo e mai si faccia concreto esercizio di metodo (quasi una mappa geografica che non serva ad alcun viaggiatore o una dichiarazione di poetica che mai diventi scrittura di poesia). Gli è che il metodo analitico ha già dato tutto ciò che ai nostri studî poteva dare.

Ma la pagina di Belvedere è sempre fresca e ariosa, mossa e vivace. Il metodo analitico si allarga dal codice civile alle leggi speciali, dal diritto civile al diritto penale, dai temi classici della tradizione fino al rapporto di causalità e al diritto monetario. E in tutti lascia un'orma di precisione, di finezza argomentativa, di ordine mentale.

Torna qui la serietà morale del metodo analitico, la 'cifra' umana e scientifica di Andrea Belvedere. Il libro del 1977 sulle definizioni si apre con il famoso monito di Javolenus, "Omnis definitio in iure civili periculosa est", e certo l'antico giurista non poteva presagire che di lì a qualche secolo si sarebbe giunti alla definizione delle definizioni, traendone addirittura un generale metodo di studio. Belvedere ha affrontato il cammino 'periculosus', così denso di insidie intellettuali e morali, di rischî di esangue analisi e di freddezza interiore. E ne è uscito nobile vincitore, mostrando il volto più serio e austero, più fruttuoso e alto, del metodo analitico. E attestando, nella lunga operosità di giurista e nel magistero accademico, che il mondo del diritto è mondo del linguaggio, della parola precisa e definita, e non dell'in-forme 'realtà' o del torbido irrazionalismo.