

ROBERTO CALVO

*L'equità nel diritto civile*

*(studio sull'attualità della sentenza celsina "ius est ars boni et aequi")\**

*Sommario:* 1. Il valore metastorico della formula «ius est ars boni et aequi». – 2. Diritto, giustizia ed equità. – 3. L'irragionevolezza delle norme imponenti gerarchie interpretative. – 4. L'argomento naturalistico. – 5. Il plusvalore etico del diritto privato. – 6. Il diritto civile tra tecnica e politica. L'esempio della presupposizione. – 7. Il fatto come base di legittimazione delle regole. – 8. Gerarchie aformali. – 9. L'equità nel diritto «vivente». – 10. Autonomia privata, equilibrio contrattuale e giustizia commutativa. – 11. (*Segue*). Il problema della penale iniqua. – 12. Giurisdizione d'equità e giustizia «crepuscolare».

1. *Il valore metastorico della formula «ius est ars boni et aequi».*

Sentenziava Celso che «il diritto è l'arte del buono e dell'equo»<sup>(1)</sup>. La fortunata definizione colpisce nel segno perché è utile a svelare – contro la pedagogia formalistica teorizzata dalla dottrina pura del diritto – che il fondamento equitativo delle regole positivamente

---

\* Relazione tenuta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino il 31 gennaio nell'ambito del ciclo di lezioni "Emilio Betti".

(1) D., 1, 1, 1: il tema è stato di recente indagato a fondo da F. GORIA, *La definizione del diritto di Celso nelle fonti giuridiche greche dei secoli VI-IX e l'anonimo sulla strategia*, in «Aequitas». *Giornate in memoria di P. Silli*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006, p. 275 ss. Bisogna segnalare che nel diritto romano classico equità non assumeva il significato etico solo più tardi attribuito al termine dalla filosofia morale cristiana, ma esprimeva il principio di *iustitia*, intesa come uniforme trattamento dei cittadini da parte della magistratura. *Aequum* era dunque un sinonimo di *iustum*: cfr. H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, München, 1982, p. 210; M. KASER e R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl., München, 2003, p. 35; W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, trad. it., Padova, 2002, p. 148. Quanto ai rapporti tra formula celsina e identificazione del diritto nei tre *praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) v. F. GALLO, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica*, in *Diritto e storia*, 4/2005, *passim*. I nessi tra giustizia e religione sono presi in considerazione da P. KRÜCKMANN, *Einführung in das Recht*, Tübingen, 1912, p. 131; e da V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Camerino, 1880, p. 18 s.

sancite non costituisce una mera ambizione del legislatore illuminato, ma si eleva a imprescindibile argomento di validità del *ius positum*.

Arte significava talento o profonda sapienza nella creazione e applicazione delle regole <sup>(2)</sup>. Più in generale, la stessa tecnica legislativa si eleva a dignità di arte <sup>(3)</sup>. L'avvicinamento non è eterodosso o irriverente. Arte è qui intesa non solo come manifestazione di eleganza e di stile nell'elaborazione del pensiero del potere deliberante e nella sua traduzione in un sistema ordinato, ma anche come insieme di regole e insegnamenti, radicati nella tradizione e sottoposti sempre alla prova di resistenza dei fatti, funzionali alla tessitura armonica dell'universo normativo <sup>(4)</sup>.

Si può così dire: l'equità compenetra il diritto; il diritto senza equità è come un corpo che non si lascia vibrare dall'anima; il valore sostanziale del diritto è ravvisabile quando realizza un ordine sociale giusto <sup>(5)</sup>. Nel rigore logico imposto dal suddetto finalismo l'antiformalista ravvisa l'autorità sostanziale della legge <sup>(6)</sup>.

Ora, la difesa del diritto equo rappresenta un impegno per la libertà assodato che il diritto non è un «ordine cieco», ma è «ordine cosciente», ossia un ordine ancorato ai valori della umanità, tolleranza, coerenza e giustizia <sup>(7)</sup>.

In quest'ordine d'idee svetta il pensiero di Montesquieu il quale ritenne imprescindibile la ricerca dei rapporti di equità preesistenti alla legge positiva che li determina <sup>(8)</sup>.

<sup>(2)</sup> G.M. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino, 2000, p. 8; O. CONDORELLI, *Equità e diritto*, in *Annali Sem. giur. Univ. Catania*, 1934, p. 293; H. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 209.

<sup>(3)</sup> Nello stesso senso v. G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1780), I, Napoli, 1998 (rist.), p. 125; F. SCLOPIS, *Della legislazione civile. Discorsi*, Torino, 1835, rist. a cura di Pene Vidari (1996), p. 3. Anche F. CARNELUTTI, *Scienza o arte della legislazione?*, in *Dir. econ.*, 1960, p. 824, riconobbe che «se la legislazione è arte, la *scienza della legislazione* si risolverebbe in *scienza dell'arte* [...]. Il vero è che l'arte è l'ultima fase di un processo, che comincia con la scienza, prosegue con la tecnica e, infine, mette capo all'arte» (corsi originali); cfr. pure ID., *Arte del diritto*, Padova, 1949, p. *passim*; ID., *Arte del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III, p. 130 s.; S. EMME-NEGGER, *Gesetzgebungs-kunst*, Tübingen, 2006, *passim*; B. MERTENS, *Gesetzgebungs-kunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht*, Tübingen, 2004, *passim*; H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, Heidelberg, 1982, p. 223.

<sup>(4)</sup> F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture*, Bologna, 2009, 37 ss.; F. GALLO, *La ridefinizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in *Europa dir. priv.*, 2009, pp. 640 e 657.

<sup>(5)</sup> L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, III, Padova, 1965, p. 1080.

<sup>(6)</sup> J. DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, MDCCV, p. xvij.

<sup>(7)</sup> F. GALLO, *La ridefinizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, cit., p. 659, il quale giustamente osserva che «Tutto il diritto, sia legislativo che consuetudinario, deve rispondere ai criteri del *bonum et aequum*, il che mette necessariamente in gioco la valutazione umana»; M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, Torino, 1972, p. 25 s.; H. SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, Heidelberg, 1982, p. 33 s.; P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2006, p. 85.

Di fronte all'ingiustizia tradotta in norma l'interesse – autentico pilastro dello Stato moderno – alla certezza delle regole deve cedere il passo alla ragionevolezza del diritto forgiato dalla mente umana <sup>(8)</sup>. Non deve sfuggire che il diritto equo va inteso con senso pragmatico: esso, infatti, non si adegua a specifici indirizzi filosofici o ad un *ethos* trascendentale ma, sull'abbrivio della ragione ponderante, assicura il saggio bilanciamento degli interessi in gioco dando a ciascun uomo il suo senza sottrarre quanto spetta agli altri <sup>(10)</sup>. Equità significa ricerca d'equilibrio tra situazioni antagonistiche; significa, in altre parole, anteporre il valore della dignità umana a tutto il resto perché quel valore rappresenta il punto di partenza e d'arrivo dell'indagine intorno alle connessioni tra interessi discordanti <sup>(11)</sup>.

Viene alla luce la seguente sequenza logica: *a*) la legge è tenuta a rispettare i diritti naturali (ossia i diritti innati e non «posti») dell'uomo e deve nello stesso tempo piegarsi di fronte agli ideali di equità allo scopo di evitare che il *summum ius* degradi in *summa iniuria*; *b*) i giudici devono tuttavia applicare la legge scritta senza sostituire il proprio arbitrio a quello dei parlamenti.

È interessante correlare – seguendo l'esempio di Zachariae – il discorso sull'equità a quello in materia di presunzioni e onere della prova. Con riguardo alle presunzioni emerge un invito a favore del loro utilizzo ragionevole e non smodato. Sul versante del contraddittorio processuale il legislatore dovrebbe, di massima, guardarsi dal riconoscere al giudice il potere di completare, lasciandosi trasportare da considerazioni paternalistiche, le lacune probatorie imputabili alla parte su cui ricade l'onere della prova.

Il legalismo appena abbozzato corre allora lungo la direzione che conduce al postulato secondo cui tanto maggiore è la discrezionalità del giudice, tanto più grave è il rischio della imprevedibilità delle decisioni. Ciò non significa equiparare il giudice al «funzionario» dello Stato; si vuole soltanto dire che in quest'ambito il potere discrezionale va conferito e usato con circospezione e lungimiranza, ossia con la piena consapevolezza degli equilibri <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(8)</sup> C.L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1748), trad. it., I, Milano, 1989, p. 148.

<sup>(9)</sup> G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, trad. it., Torino, s.d. (ma 1958), p. 117.

<sup>(10)</sup> G.M. CHIODI, *op. cit.*, p. 43.

<sup>(11)</sup> G.M. CHIODI, *op. cit.*, pp. 80 e 90.

<sup>(12)</sup> K.S. ZACHARIAE, *La scienza della legislazione* (1806), trad. it., Napoli, 2010, p. 84 ss.

Il diritto diventa ricerca incessante di giuste misure e proporzioni tra l'«io» e gli «altri» e cioè tra bene individuale e bene comune; spezzando questo dialogo d'armonie e consonanze si arriva sempre alla detronizzazione della funzione sociale del diritto privato. Per racchiudere l'intima essenza di queste riflessioni in una formula si può dire che come non c'è spazio per un diritto senza società, nel quale regni incontrastata la legge del più forte, così non c'è diritto in una società che annichilisce l'uomo sacrificando costantemente l'individuo allo Stato.

Sarebbe però imprudente confondere i piani del discorso capovolgendo le gerarchie dei valori, relativi a beni della vita apparentemente equipollenti, nell'intento di piegarli alle dottrine asservite alla sete di dominio dell'uomo sull'uomo, come potrebbe accadere allorché l'esaltazione del benessere collettivo diventasse un'arma per imporre ideologie illiberali, innalzate a dogma da coloro i quali, succubi della brama d'onnipotenza annebbiante la mente dei tiranni, aspirano a incarnare le funzioni di custodi infallibili del sommamente giusto<sup>(13)</sup>. Una volta ammesso che il diritto equo esige la condizione di sottomissione della libertà personale alla libertà collettiva si è ad un passo dalla rupe del diritto degenerato (ovvero, del *de profundis* del diritto), il quale sottraendo all'essere la propria individualità accosta la nozione di *ius* alla protezione dei «connazionali» (o, peggio ancora, dei «connazionali» della stessa razza)<sup>(14)</sup>, protezione acclamata dalle ideologie antindividualistiche (di lì il riferimento alla «Gemeinschaftsideologie»)<sup>(15)</sup> postulanti l'inesistenza dei diritti del singolo nei confronti dello Stato a causa della loro asserita inconciliabilità con la «volksgenössischen Rechtsstellung»<sup>(16)</sup>.

In questo clima di tensioni sociali il contratto perdeva la sua natura di strumento d'autodeterminazione per assumere i panni del congegno che doveva concorrere alla realizzazione dell'interesse superindividuale pianificato dall'autorità costituita<sup>(17)</sup>. Gli indelebili segni del tempo rendono immortale il senso d'inquietudine e di profondo smarrimento che s'avverte volgendo lo sguardo alle laceranti esperienze antilegalitarie del Novecento acco-

---

<sup>(13)</sup> Cfr. B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München, 1988, spec. p. 42 ss.; L. RAISER, *Il compito del diritto privato* (1977), trad. it., Milano, 1990, p. 11 ss.

<sup>(14)</sup> Cfr. L. RAISER, *op. cit.*, p. 13.

<sup>(15)</sup> B. RÜTHERS, *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, in *Juristenzeitung*, 2006, p. 53 ss., spec. p. 55.

<sup>(16)</sup> B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, cit., p. 43.

<sup>(17)</sup> L. RAISER, *op. cit.*, p. 87.

munate dall'ingiusta devitalizzazione della sfera d'azione individuale <sup>(18)</sup>. Quelle esperienze rafforzano la convinzione che il diritto si trasforma in «antidiritto», e cioè nel suo esatto opposto quando la norma positiva neghi la ragione e l'individualità <sup>(19)</sup>.

Sarebbe però altrettanto azzardato indulgere alle richieste del liberismo radicale, che esaltano le dottrine dell'uomo isolato o dell'uno contro tutti. La vocazione alla ragionevolezza del diritto privato suggerisce l'uso di meccanismi correttivi che fissino, grazie alla «energia dignitosa della solidarietà» <sup>(20)</sup>, le necessarie barriere all'uso smodato dei diritti soggettivi. È difatti vero che «l'individuo non esiste e non prospera se non esiste e non prospera la società» <sup>(21)</sup>.

L'«arte» del giusprivatista deve essere d'ausilio alla razionalizzazione di bisogni eterogenei, per garantire l'equilibrio dei poteri pubblici e privati, per evirare la mortificazione della personalità quando essa vada incontro all'annientamento figlio del prepotere esercitato dalle istituzioni o dall'egoismo dei singoli <sup>(22)</sup>. Volendo citare alcuni esempi, diremo che quell'estro creativo, sospinto dalla genialità pratica, è stato all'altezza delle aspettative e della tradizione plurisecolare quando ha consegnato al diritto vivente la teoria della presupposizione o del fondamento negoziale, quando ha attenuato il vincolo tra colpa e imputabilità tramite la responsabilità oggettiva allacciata alla semplice creazione del rischio <sup>(23)</sup>, ed ancora quando l'*ars iuris civilis* è scesa in campo nella lotta contro le clausole vessatorie e la tirannia del potere monopolistico <sup>(24)</sup>. Il legame che esiste tra questi istituti esprime la nota distintiva del diritto privato nella misura in cui riesce a garantire che la libertà d'iniziativa del singolo spezzi la libertà altrui, piegando all'interesse del più forte l'individualità del consociato economicamente <sup>(25)</sup>.

In quest'ordine d'idee non basta il rispetto delle regole formali sulla produzione introdotte dalla fonte primaria per affermare che il diritto scritto è il risultato del legittimo e-

---

<sup>(18)</sup> L. RAISER, *op. cit.*, p. 29.

<sup>(19)</sup> L. RAISER, *op. cit.*, p. 45.

<sup>(20)</sup> C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, Roma, 1902, p. 5; v. anche M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, cit., p. 31, il quale rammenta che «non c'è società senza individualità».

<sup>(21)</sup> C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 4.

<sup>(22)</sup> L. RAISER, *op. cit.*, p. 58 s.

<sup>(23)</sup> Cfr. J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, 1929, p. 557.

<sup>(24)</sup> C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 12.

<sup>(25)</sup> L. RAISER, *op. cit.*, p. 63.

esercizio della *potestas legis edicendi* <sup>(26)</sup>, ma occorre altresì accertare che la norma così posta si adegui all'argomento di ragione che è tradito quando essa rappresenti – alla luce dei valori universali da cui scaturisce il patto politico-sociale sanzionato dalla legge essenziale dello Stato – un torto legale <sup>(27)</sup>.

Tanto per intenderci, sarebbe ingiusto un sistema di regole che allo scopo d'assicurare la libertà di autodeterminazione dell'individuo si disinteressasse delle fratture sociali create dall'uso abusivo di questa libertà a danno dei più deboli, asserviti di fatto all'illimitata supremazia dei pochi <sup>(28)</sup>. Altro discorso è quello che concerne la scelta dei mezzi utili al raggiungimento del citato traguardo. In estrema sintesi, due sono le possibilità: o si circoscrive l'intervento del legislatore all'area della concorrenza perché si è convinti che la «dittatura da contrattato» trovi terreno fertile proprio là dove manchi un'efficace politica antimonopolistica <sup>(29)</sup>, oppure a fianco della disciplina preordinata al controllo delle concentrazioni diventa essenziale integrare i *tria praecepta* associando al «*suum quique tribuere*» l'indispensabilità della tutela, invocata dai soggetti economicamente deboli, attraverso una legislazione che prediliga – e, come ben noto, questa è la tesi che ha avuto il sopravvento – la reazione alle clausole uniformi allocanti il rischio dell'affare secondo criteri sommamente iniqui <sup>(30)</sup>.

La legge scellerata tradisce l'aspirazione alla giustizia ed equità del diritto privato, che dovrebbe costituire il motivo conduttore della produzione normativa in modo da garantire attraverso decisioni altrettanto giuste la pace sociale e l'armonica convivenza tra interessi conflittuali <sup>(31)</sup>. Di qui il verdetto d'inattualità della giurisprudenza concettuale e avalutativa,

<sup>(26)</sup> Cfr., in luogo di molti, V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2004, p. 54 ss.

<sup>(27)</sup> È dunque vero che occorre «guardare in faccia la realtà, riconoscendo l'assurdità insita nel ritenere che la forma procedurale abbia in se stessa una forza sanante o rigeneratrice, atta a rendere giuridicamente accettabili prescrizioni malvagie o insensate»: F. GALLO, *La ridefinizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica. conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, cit., p. 673; v. anche G. CASSANDRO, *Lezioni di diritto comune*, I, Napoli, 1982, p. 125 ss.; A. DONATI, *Giusnaturalismo e giuspositivismo nella interpretazione della norma giuridica*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, I, Milano, 2006, p. 97 ss.

<sup>(28)</sup> H.C. NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 2. Aufl., Köln-Berlin-München-Bonn, 1961, p. 37 s.

<sup>(29)</sup> W. GRUNSKY, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, Berlin-New York, 1995, p. 12 s.

<sup>(30)</sup> C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 12; H. WEITNAUER, *Der Schutz der Schwächeren im Zivilrecht*, Karlsruhe, 1975, pp. 42 e 62.

<sup>(31)</sup> G. VON HOYNINGEN-HUENE, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, München, 1978, p. 36; P. KRÜCKMANN, *Einführung in das Recht*, cit., *loc. cit.*; R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 9. Aufl., München, 2005, p. 8.

esaltatrice dello sterile purismo delle categorie giuridiche organizzate tramite un raffinato verticismo concettuale (sostanziantesi nella «parte generale» che diventa il cardine di tutto il sistema)<sup>(32)</sup>, neutro sotto il profilo teleologico.

Le disuguaglianze sociali e le disparità di potere fra imprenditore e lavoratore, tra grande produttore e piccolo commerciante restano fenomeni perlopiù sottovalutati dal liberalismo ottocentesco, che tratta i protagonisti del traffico giuridico come pari<sup>(33)</sup>. Su questa strada il diritto tende a isolarsi nella sfera del «neopurismo», laddove il lavoro di giurista anziché trarre il proprio antifatto dall'esperienza pratica si autoalimenta dalla fonte della speculazione. In verità, tale fonte rischia di provocare uno iato tra il mondo del diritto e la materialità delle cose la quale dovrebbe costituire l'imprescindibile punto di riferimento del legislatore<sup>(34)</sup>. Bisogna sempre tenere a mente che il libro dei fatti non può essere trascurato da chi compone le «opere» legislative.

Possiamo approssimativamente affermare che il legislatore si trova sovente stretto tra due assi: da un canto s'affaccia pretesa dei ceti dominanti di poter contare su statuti adatti a realizzare il proprio tornaconto; dall'altro incalza il bisogno d'assicurare non solo a ciascuno il suo (difendendo le legittime *chance* di realizzare la personalità di ognuno compatibilmente con l'esigenza di non violare la personalità altrui), ma altresì la messa a punto di meccanismi capaci d'attenuare l'asprezza del meccanismo sinallagmatico quando rischi d'incrinare l'assolutezza della dignità umana. Questo discorso non sfocia nella scelta di campo tra giustizia commutativa e distributiva, ma incoraggia casomai la reazione del sistema quando diventino attuali i pericoli cagionati dalla nudità dell'esistenza abbandonata a se stessa. Un esempio del rappresentato temperamento è offerto dall'art. 36, comma 1°, Cost.: il lavoratore subordinato ha diritto a una retribuzione commisurata alla quantità e qualità di lavoro prestato, fermo restando il distacco dai criteri saldati all'inflessibile equilibrio tra presta-

---

<sup>(32)</sup> Cfr. A. RIEG, *Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX<sup>e</sup> siècle*, in *Arch. phil. dr.*, 1968, p. 32.

<sup>(33)</sup> C. JOERGES, *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, Heidelberg, 1981, p. 18; F. LUCARELLI, *Modelli privatistici e diritti soggettivi*, Padova, 1990, p. 9; W. ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, Neuwied-Darmstadt, 1972, p. 59; v. anche V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, p. 8.

<sup>(34)</sup> P. PERLINGIERI, *Scuole tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 4.

zioni corrispettive allorché la somma di danaro che ne consegue sia insufficiente ad assicurare a sé e ai suoi familiari le minimali esigenze esistenziali <sup>(35)</sup>.

Qui non c'è spazio per l'arido relativismo <sup>(36)</sup>: di fronte all'universalità dei valori avvolgenti le costituzioni democratiche, che s'intrecciano al caposaldo della dignità umana nel suo incessante fluire dal nulla all'essere, la legge positiva non può trincerarsi a ridosso dell'asserita onnipotenza del legislatore, perché questa inclinazione formalistica s'infrange contro l'obiezione che così risuona: l'autorità normativa, non essendo padrona assoluta della legge, non può far dire ad essa qualsiasi cosa, sino a trasformare la giustizia in ingiustizia, il sistema in «antisistema» <sup>(37)</sup>. Se è vero che neppure la Costituzione è un dogma immutabile <sup>(38)</sup>, è altrettanto vero che all'incessante evoluzione del tessuto sociale fa da contrappeso la fissità dei valori che vivono costantemente nell'uomo al riparo dalle mode e dai mutamenti del tempo e del costume. Non si tratta di fare l'apologia del conservatorismo <sup>(39)</sup>; si vuole soltanto riconoscere l'assolutezza dei valori costitutivi la personalità umana.

Dalla prospettiva che ora interessa concetti (ricchi di suggestioni ideologiche) come libertà di pensiero, libertà testamentaria e contrattuale in uno con la legittimazione della proprietà privata, non sono formule prive di contenuto o note scritte su un pentagramma cui manca la tonalità, ma forgiato i «mattoni» dell'ordinamento economico-liberale <sup>(40)</sup>.

Una considerazione a sé merita la successione *mortis causa*, innescata da un fatto naturale implicante l'«estinzione» della persona fisica <sup>(41)</sup>, sostanziantesi in una vicenda attributivo-traslativa per effetto della quale il patrimonio del *de cuius* viene offerto (se si tratta di successione a titolo universale) o *ipso iure* assegnato (in caso di successione a titolo particolare) a terzi, chiamati a subentrare nella sua titolarità. La morte dell'individuo importa che il suo patrimonio unitariamente inteso rimanga per un certo periodo senza soggetto, vale a

---

<sup>(35)</sup> Cfr., in luogo di molti, G. GHEZZI e U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, 3ª ed., Bologna, 1995, p. 238; I. PICCININI, *Equità e diritto del lavoro*, Padova, 1997, p. 139 ss.

<sup>(36)</sup> Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968, 4ª ed.), trad. it., Milano, 1970, p. 202.

<sup>(37)</sup> Cfr. G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., p. 233 s.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 154.

<sup>(38)</sup> M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, cit., p. 29.

<sup>(39)</sup> Al riguardo v. i giusti rilievi di J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, cit., p. 244 ss.

<sup>(40)</sup> H. SCHLOSSER, *Zivilrecht für 100 Jahre? – Das janusköpfige Bürgerliche Gesetzbuch*, in ID. (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch 1896-1996*, Heidelberg, 1997, p. 10; v. inoltre P. FAHR, *Inhaltskontrolle, Transparenzgebot und § 8 AGBG*, München, 1999, p. 65 s.; G. HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, München, 1982, p. 10.

<sup>(41)</sup> V. N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, p. 154 s.

dire entro un cono d'ombra destinato ad «illuminarsi» grazie al subentro nella titolarità asurgente a vicenda immancabile. Fuor di metafora, l'effetto ultimo della successione è per l'appunto preordinato a oltrepassare l'anzidetto stato di transitorietà riannodando il patrimonio ereditario alla persona designata dal testatore oppure individuata dallo statuto sulla successione intestata<sup>(42)</sup>. Sicché la morte costituisce il logico antecedente della successione, che dà ad essa la spinta propulsiva<sup>(43)</sup>. Ne consegue che la vocazione ereditaria e l'acquisto del patrimonio si attuano necessariamente, costituendo vicende correlate alla morte della persona fisica<sup>(44)</sup>. Ogni consociato ha dunque almeno un successibile che non può non esserci.

Restano eccezionalmente fuori della vicenda successoria i diritti indissociabili dal loro titolare. Si tratta di posizioni soggettive talmente inerenti al *dominus* che non possono sopravvivergli; ne viene che in situazioni del genere diritto e persona si compenetrano così intensamente da rendere inseparabile la loro riduzione a unità<sup>(45)</sup>.

Non è senza significato che l'ordinamento, attraverso la disciplina sui poteri cautelari del chiamato *ante* accettazione (art. 460 c.c.)<sup>(46)</sup> e sull'eredità giacente (artt. 528 ss. c.c.), garantisca la tutela provvisoria del patrimonio relitto; si tratta di amministrazioni con finalità conservativa promosse nell'interesse di colui che lo acquisirà per effetto della vocazione testamentaria (artt. 587 ss. c.c.) o legittima (*ex* artt. 565 ss. c.c.).

---

<sup>(42)</sup> È stato scritto con tono suadente che «L'effetto successorio non consiste nello stabilire una possibilità di pretendere né nel riconoscere a taluno la qualità astratta di destinatario di giudizi normativi, ma nel congiungere un diritto preesistente ad una persona determinata, cioè nell'assumere questa a centro di imputazione di quello. Diritto e persona del successore sono i poli, tra cui l'effetto si svolge: in quanto tali, esso deve trovarli, concretamente determinati, nello stadio della fattispecie generatrice»: N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 110 (v. anche *ivi*, p. 125).

<sup>(43)</sup> L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 1, Napoli, 1959, p. 41; R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, p. 8 s. È allora vero – come scrive N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, cit., p. 178 – che «Il testamento non ha l'ufficio causale della morte: esso è fattispecie minore o secondaria, poiché enuncia il modo in cui deve svolgersi l'effetto, ricollegato alla fattispecie primaria o maggiore».

<sup>(44)</sup> R. NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, cit., p. 34.

<sup>(45)</sup> A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, Padova, 2007, p. 7.

<sup>(46)</sup> Detta disposizione, tra l'altro, là dove stabilisce che i chiamati all'eredità sono legittimati ad esercitare le azioni possessorie a tutela dei beni relitti senza bisogno di materiale apprensione degli stessi, obbedisce all'esigenza che nel periodo tra la delazione e accettazione il patrimonio caduto in successione non sia lasciato indifeso contro gli spogli e le turbative. In applicazione di siffatta regola si ritiene che i predetti chiamati possano anche proseguire il giudizio possessorio iniziato dal proprio dante causa: Cass., 8 aprile 2002, n. 4991, in *Arch. civ.*, 2003, p. 230.

Orbene, un ordinamento giuridico che si disinteressasse di limitare nel tempo l'evocata *vacatio patrimonii* finirebbe con il creare fratture politico-economiche di rilevante entità, perché dischiuderebbe le porte alla trasmutazione delle cose lasciate dal defunto in *res nullius*, suscettibili d'occupazione. Si aprirebbe così una sorta di lotta alla conquista dei beni relitti, fonte di *caos* socioeconomico e d'ingiustificate cause d'arricchimento generico<sup>(47)</sup>. Le lacerazioni prodotte dall'adombrata eventualità renderebbero sommamente ingiusto il sistema successorio così impostato. Per aggirare la temuta degenerazione vale il già evocato principio secondo cui nessuna persona fisica può impedire che alla sua morte il patrimonio venga assegnato ad un terzo; in effetti, tale divieto evita il permanere *sine die* del disordine e dell'instabilità cagionati dalla presenza d'ingenti patrimoni senza soggetto. Insomma, un successore ci deve necessariamente essere proprio allo scopo d'impedire la deriva sopra descritta<sup>(48)</sup>.

La persona capace d'agire (art. 591 c.c.) è libera, tramite testamento, di prestabilire l'assetto del proprio patrimonio per il tempo in cui avrà cessato di vivere. Tale libertà è espressione dell'autonomia negoziale in materia di negozi *mortis causa* (art. 587 c.c.); essa è assoluta perché s'esprime non solo nella *pars costruens* (è chiara l'allusione alla volontà istitutiva), ma anche in funzione *destruens* essendo sempre legittimato il testatore a ritornare sui suoi passi modificando o revocando le disposizioni antecedenti sino al momento della morte (art. 679 c.c.).

Attraverso il negozio di ultima volontà il disponente sceglie i successibili assecondando i propri intendimenti: ad esempio, può nominare un solo erede universale, oppure istituire due o più chiamati in una frazione aritmetica (la metà, un terzo, ecc.) del patrimonio (art. 588, comma 1°, c.c.)<sup>(49)</sup>. Nello stesso tempo il testatore ha facoltà d'attribuire beni de-

<sup>(47)</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 37ª ed., Padova, 1997, p. 808. In proposito A. FALZEA, *op. loc. cit.*, ha scritto che «È interesse della comunità giuridica – *interest rei publicae* –, che le situazioni di interesse rimaste prive di un interessato vivente si acquisiscano ad un altro interessato vivente. Su questo interesse della comunità giuridica è innestato il ramo del diritto dedicato alle successioni».

<sup>(48)</sup> È stato osservato da L. CARIOTA FERRARA, *Le successioni per causa di morte*, I, 1, cit., p. 57 s., che «non si può dire che manchi alcun legame tra diritti ereditari e soggetto (chiamato) durante la *vacatio*: un legame vi è. Esso è *mediato*, perché frattanto l'erede ha il diritto a farli propri (diritto al diritto), cioè un diritto che ha quelli per oggetto. Pertanto, vi è un soggetto, almeno mediato di quei diritti che quindi non possono dirsi *sic et simpliciter* diritti o beni senza soggetto come avverrebbe se si trattasse di *res nullius*» (corsivi originali); v. anche L. BARRASSI, *Le successioni per causa di morte*, 2ª ed., Milano, 1944, p. 22; C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime*, Torino, 1959, p. 1.

<sup>(49)</sup> C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1948, p. 9.

terminati a titolo di legato, fermo restando che l'assegnazione di cose specificamente individuate integra gli estremi della vocazione universale quando la partizione in natura sia illustrativa dell'intento di realizzare il riparto per quote (art. 588, comma 2°, c.c.) <sup>(50)</sup>.

Orbene, i rilievi che precedono dimostrano in qual misura la pretesa dell'essere umano di gestire liberamente il proprio patrimonio sia indispensabile per completare la personalità nel suo continuo ed incessante divenire; è difatti fuori discussione che i tratti distintivi dell'«io» possono altresì trovare piena concretazione mediante l'esercizio discrezionale del potere di disposizione dei diritti sulle cose. Il negozio giuridico diventa pertanto strumento d'affermazione dell'individualità; appurato questo, non si può alla fine disconoscere che ci stiamo occupando di libertà le quali inevitabilmente finiscono con l'assumere rilievo deontologico ai sensi dell'art. 2 Cost. <sup>(51)</sup>.

Serve osservare, per avvicinarsi viepiù al tema di queste pagine, che negare la libertà testamentaria genererebbe l'effetto di comprimere, tra l'altro, il diritto di proprietà sulla base dell'assunto – davvero eterodosso – che il *ius in re* dovrebbe estinguersi con la morte del *dominus*. È pur vero che l'imputazione di diritti dissaldati dall'impiego di risorse ricavate dal proprio lavoro potrebbe rappresentare una conseguenza dal discutibile risvolto etico fomentatrice di disuguaglianze e di rendite di posizione <sup>(52)</sup>; tuttavia, sottrarre al proprietario il diritto di pianificare la sua successione tramite il potere che si esprime nell'autodeterminazione scevra da condizionamenti esterni avrebbe un effetto ancor più devastante, perché si tradurrebbe – come avvertimmo – in una forma d'odioso ed illiberale ostacolo al completo sviluppo dell'individualità.

Seguendo le esposte tracce si arriva a toccare un nodo cruciale: proibire la successione tra privati significherebbe non solo scoraggiare l'iniziativa individuale, ma anche sacrificare lo spirito di guadagno e risparmio; un sistema che s'adeguasse alle immaginate logiche finirebbe, osserverei quasi inevitabilmente, con il devitalizzare gli incentivi per il lavoro

---

<sup>(50)</sup> C. GANGI, *op. loc. cit.*

<sup>(51)</sup> Il punto è ben colto da M.C. TATARANO, *Il testamento*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 16.

<sup>(52)</sup> P. RESCIGNO, *Una breve premessa*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio dagli istituti classici al patto di famiglia*, a cura di Delle Monache, cit., p. 94.

produttivo favorendo l'arida dispersione della ricchezza <sup>(53)</sup>. È infatti evidente che i consociati sarebbero disincentivati al consumo moderato in previsione di necessità future e all'impiego socialmente utile delle proprie energie produttive se la loro ricchezza dovesse dissolversi con l'estinzione della persona fisica <sup>(54)</sup>.

Per arricchire il quadro si tenga a mente che la sistemazione per testamento o per legge del patrimonio lasciato dall'ereditando serve non solo in funzione attributiva d'utilità, ma assume anche rilievo in termini di ordine pubblico economico siccome allo scopo di garantire il subentro nei rapporti attivi e (segnatamente) passivi diventa necessità impellente che il vincolo obbligatorio sopravviva alla morte della parte, a meno che la natura del rapporto non giustifichi una diversa conseguenza <sup>(55)</sup>. La garanzia generica *ex art. 2740 c.c.* esige la ricongiunzione tra patrimonio e titolarità, in assenza della quale la massa dei creditori rischierebbe la deprivatione della garanzia stessa a causa della dispersione dei beni relitti. Da qui l'interesse di tutelare i creditori in maniera da permettere loro d'agire contro il successore a titolo universale impedendo che la morte porti alla generalizzata estinzione dei vincoli obbligatori.

## 2. Diritto, giustizia ed equità.

Il diritto ingiusto, iniquo, irragionevole, è dunque una contraddizione lampante perché l'equità «è il diritto e tutto il diritto; il diritto è equità ed esclusivamente equità» <sup>(56)</sup>. Costituisce infatti una persuasione dalle antichissime radici che il *ius* non possa vivere ove si

---

<sup>(53)</sup> G. BONILINI, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Autonomia negoziale tra libertà e controlli*, a cura di Fucillo, Napoli, 2002, p. 68; S. CICCARELLO, *Persona e successione ereditaria*, Napoli, 1994, p. 89; M. GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 1998, p. 26 s.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 809.

<sup>(54)</sup> M. D'AMELIO, *Dell'apertura della successione, della delazione e dell'acquisto dell'eredità*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio e Finzi, Firenze, 1941, p. 2.

<sup>(55)</sup> Si rifletta sul rilievo che è ragionevole che determinate relazioni giuridiche non possano continuare oltre la vita della parte: la mente corre ai vincoli di natura fiduciaria, ai diritti intimamente legati al bisogno individuale e alle prestazioni infungibili di fare: cfr. C. GIANNATTASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime*, cit., p. 5 s.; G. GROSSO e A. BURDESE, *Le successioni. Parte generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1977, p. 16 ss.; P. PERLINGIERI e G. MARINARO, *Principi e limiti*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 6<sup>a</sup> ed., Napoli, 2007, p. 915 s.; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 11<sup>a</sup> ed. (rist.), Napoli, 1995, p. 561.

<sup>(56)</sup> G.M. CHIODI, *Equità*, cit., p. 11.

recida il cordone ombelicale che lo lega alla giustizia, la quale – lasciandoci attrarre dai magnetismi della metafora – assurge a *mater iustitiae* <sup>(57)</sup>.

L'equità è indissociabile dalla giustizia costituendone la sua naturale virtù così come, per contrappunto, il bene è antitetico al male e la dissennatezza e l'irrazionalità sono nemiche irriducibili della ragionevolezza e dell'equilibrato esercizio del potere. È il caso d'insistere sul fatto che l'accennato fondamento metastorico del diritto come arte del buono e dell'equo, assieme ai valori etici racchiusi in tale definizione, pongono il sigillo all'idea che il diritto privato snaturi la propria vocazione quando per mano del legislatore poco illuminato o di giudici imprudenti si trasfigurino in mezzo di prevaricazione o di dominio <sup>(58)</sup>.

Questa contraddizione sfugge al positivismo giuridico, mentre è senz'altro ravvisata dalla giurisprudenza dei valori che mette in guardia dalle trappole illiberali nelle quali, come si diceva, può cadere il formalismo giuridico quando cede il passo agli orientamenti convertenti il giudice in funzionario e il legislatore in fedele esecutore della *Weltanschauung* totalitaria <sup>59</sup>. L'arma dell'equità, unita al criterio della ragionevolezza in un tutt'uno che prende le forme della giustizia universalmente valida <sup>(60)</sup>, consente al giudice di cogliere, attraverso l'attento bilanciamento degli interessi antagonisti coinvolti nel moto perpetuo tra tesi e antitesi, le impressioni, i sentimenti e i valori della società del suo tempo, per armonizzarli alle direttive e ai programmi contessenti le trame della legge fondamentale <sup>(61)</sup>.

Da quanto precede affiora che l'equità – vera e propria quintessenza del diritto – deve ispirare sia il lavoro del legislatore, sia quello delle corti. Il diritto decretato non può infatti essere dissaldato dalle esperienze applicative della giurisprudenza pratica; l'equità deve allora riverberarsi sia sulla fase – per così dire – ascendente, volta alla formazione delle regole scritte, sia su quella discendente, preordinata alla loro attuazione. Ragionando secondo questa prospettiva ne viene che il *ius* diventa arte del buono e dell'equo quando la ragione

---

<sup>(57)</sup> V. PIANO MORTARI, *Aequitas e ius nell'umanesimo giuridico francese*, Roma, 1997, p. 148.

<sup>(58)</sup> L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 5.

<sup>(59)</sup> G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., p. 232; su questo tema v. B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, cit., *passim*.

<sup>(60)</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*, nota a Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1150.

<sup>(61)</sup> P. RESCIGNO, *L'errore sulla nazionalità del coniuge*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 950.

valutante, rischiarata dai raggi dell'assiologia costituzionale e della difesa dei valori preesistenti alla *Grundnorm*, segni la strada e del potere sovrano e del diritto «vivente» <sup>(62)</sup>.

Il dialogo tra magistrato e legislatore – riguardo al quale la dottrina si trova in una posizione mediana, che le consente di fungere da elemento coesivo tra autorità normativa e potere giudicante – deve essere permeabile all'argomento naturalistico, che diffida dell'onniscienza del legislatore stesso e della completezza della legislazione <sup>(63)</sup>. Il valore che si esprime nella certezza delle regole positive non rappresenta in sé e per sé l'alfa e l'omega dello Stato di diritto. Prova ne sia che dinanzi all'ammissione della fallibilità dei parlamenti e in opposizione al metodo della sussunzione, professato di chi accosta l'ordinamento giuridico a una specie di struttura gerarchica entro la quale sono incastonabili le norme positive disciplinanti in modo esaustivo la totalità delle vicende umane, l'interprete deve anteporre all'arbitrio del legislatore i valori coeterni dell'equità e ragionevolezza per non correre l'azzardo di agire *contra aequitatem iustitiae et contra bonum* <sup>(64)</sup>.

### 3. *L'irragionevolezza delle norme imponenti gerarchie interpretative.*

In questa cornice il legislatore, nell'esercizio dell'attività creativa di regole generali e astratte (*Gesetzgestaltung*), dovrebbe ispirarsi alle direttive del *pactum societatis*; dopo di che spetta ai giudici applicare (*Gesetzanwendung*) le leggi in modo conforme alle norme di principio espresse nelle tavole dell'ordinamento. In caso di lacuna tocca all'interprete trarre dal sistema le direttive generali atte a risolvere il caso dubbio. Ne consegue che dal raffronto di esperienze e conoscenze il magistrato è tenuto ad anteporre il dover essere all'essere, i valori sorreggenti il sistema alle regole di dettaglio, le proposizioni essenziali della scienza giuridica <sup>(65)</sup> alle norme particolari, sì da assicurare la sopravvivenza degli ideali cui aspirò il Costituente <sup>(66)</sup>.

<sup>(62)</sup> Cfr. A. PALAZZO, *L'interpretazione della norma civile*, in A. GIULIANI, A. PALAZZO e I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, spec. p. 28 s.

<sup>(63)</sup> J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 2. Aufl., Tübingen, 1964, p. 63.

<sup>(64)</sup> Cfr. V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, p. 149.

<sup>(65)</sup> Ossia, le idee da cui «si trae l'incominciamento o la base de' nostri giudizi»: F. SCLOPIS, *Della legislazione civile. Discorsi*, Torino, 1835, rist. a cura di Pene Vidari (1996), p. 19.

<sup>(66)</sup> Cfr. A. GIULIANI, *Intervento*, in A. GIULIANI, A. PALAZZO e I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, cit., p. 15.

Nella ricerca della regola che serve a plasmare l'ordinamento del caso concreto mal si confanno i criteri gerarchici, rispondenti alla logica formale, previsti negli artt. 12, comma 1°, prel. <sup>(67)</sup>, e 1362, comma 1°, c.c. <sup>(68)</sup>. Entrambe le disposizioni presuppongono il primato dell'interpretazione letterale avallato dalla massima *in claris non fit interpretatio*. Dalla gerarchia normativa dei canoni ermeneutici riusciamo a scorgere i postulati illuministici – portati alle estreme conseguenze dal normativismo oltranzista – accreditanti un'autentica venerazione per il diritto scritto, cui si assegnava la capacità d'esprimere compiutamente la *recta ratio* dell'ordine precostituito.

L'argomento *a priori*, che condiziona (pur su fronti d'impari estensione) ambedue le disposizioni, è imposto dalla diffidenza verso il libero discernimento del giudice nella ricerca della *recta ratio*. Quella diffidenza nasceva da un fraintendimento, perché la previa identificazione del bisogno motivante l'intervento del legislatore non conduceva all'applicazione di una norma *contra legem*, ma significava trovare la regola che più si addicesse alla soluzione della disputa grazie al dialogo fecondo tra giudice e *ius* come arte del buono e dell'equo nell'universo dei principi generali e delle linee-guida del sistema.

Non v'è dubbio che incatenare il giudice alla verità lampante del dettato legislativo significa considerarlo alla maniera – oramai datata – di un burocrate che echeggia né più né meno la volontà del legislatore cui è vincolato tramite il *medium* del diritto positivo <sup>(69)</sup>. Ma non pare meno vero che questa spiegazione rischia da un lato d'indebolire l'insegnamento che spezza – attraverso un procedimento d'oggettivazione – il nesso di discendenza della legge scritta dal potere sovrano, dall'altro di ricadere in esperienze antidemocratiche che tramite analoghi trascinamenti sulla riva del diritto «degenerato» asservirono – è il caso di ripeterlo – la «vecchia» legge scritta all'ideologia imperante (è chiara l'allusione alla *NS-Weltanschauung*) <sup>(70)</sup>.

---

<sup>(67)</sup> P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi*, cit., p. 275 ss.

<sup>(68)</sup> N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 723 ss.

<sup>(69)</sup> A. GIULIANI, *Dialogo e interpretazione nell'esperienza giuridica*, in A. GIULIANI, A. PALAZZO e I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, cit., spec. p. 6.

<sup>(70)</sup> Cfr. B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, cit., p. 40 s.

Il passaggio dallo Stato signorile – sclerotizzato dal sistema dei privilegi – a quello fondato sulla tripartizione dei poteri ha avuto come immediato effetto la compressione della discrezionalità magistratuale, surrogata dalla soggezione della giurisdizione alle inflessibili regole scritte dagli organi legislativi <sup>(71)</sup>. Sennonché, gli enunciati esprimono una norma che è sempre il frutto del ragionamento dell'interprete, diramantesi lungo le coordinate che tracciano la rotta del singolo episodio litigioso. Il precetto viene dunque estrapolato dall'enunciato per essere poi applicato all'esito dell'indagine che conferisce al fatto il più acconcio abito normativo; se ne deduce che la soluzione del conflitto d'interessi e della tutela dei beni della vita non si esaurisce nel mero accertamento della regola generale ed astratta, ma esige l'adattamento del *ius positum* alle note distintive della controversia dedotta in giudizio. Il magistrato, anche quando applica la disposizione lampante, non si limita ad accertare – alla maniera del solerte esecutore d'ordini superiori – il precetto ma, avvalendosi delle sue capacità analitiche, modella la regola del caso concreto tramite l'imprescindibile passaggio dalla fattispecie tipica ed astratta a quella unica e irripetibile. L'interpretazione, che precede l'applicazione della legge, è sempre una forza del pensiero la quale, manifestandosi nei limiti contrassegnati dalla fattispecie astratta, è opera di creazione espressa nella singola decisione. L'interpretazione è allora sintesi di facoltà razionali che non può annullare la creatività dell'interprete <sup>(72)</sup>. Anche la legge chiara e inequivocabile va inserita nel sistema di valori lueggianti dalla Carta; quell'incastonatura richiede il coordinamento tra frammento e sistema che astrae dall'argomento – prediletto dal giuspositivismo statualistico – grammaticale o letterale <sup>(73)</sup>.

Beninteso, una cosa è applicare il diritto in senso stretto altra è riempire di contenuti la clausola generale; la discrezionalità dell'interprete aumenta in modo inversamente proporzionale alla minuziosità del dettato normativo.

Qui affiora una questione. Il giudice, abbandonati i logori panni di bocca parlante della legge messigli addosso da una nota allegoria dell'illuminismo giuridico <sup>(74)</sup> – poi colti-

<sup>(71)</sup> Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 168.

<sup>(72)</sup> M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, cit., p. 25.

<sup>(73)</sup> Cfr. I. FERRANTI, *Interessi permanenti nel diritto privato europeo ed etica contemporanea*, in A. PALAZZO e I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, p. 242 s.

<sup>(74)</sup> Se è vero che Montesquieu è il padre dell'allegoria, è anche vero che egli fece ad essa ricorso per giustificare la separazione dei poteri pubblici. Difatti, Montesquieu riconobbe che rientra tra i doveri istituzionali del

vata dalla ortodossia della scuola dell'esegesi – indossa nel moderno Stato liberale le più adatte vesti d'autorità legittimata a sottoporre la regola scritta al setaccio dei valori costituzionali e dei principi generali, nel tentativo di verificare costantemente la rispondenza del dato normativo specifico al fondamento legittimante la sua validità metastorica.

Attraverso il descritto procedere, dalla logica della sussunzione si approda alla dottrina della giurisprudenza dei valori e del prudente discernimento, che impone il continuo raffronto tra *Sein* e *Sollen*, ossia tra regola e ideali di equità e ragionevolezza <sup>(75)</sup>. In altre parole, il giudice sottostà alla determinazione del potere deliberante; ma questo dovere d'ubbidienza non implica che la giurisdizione debba svolgere al ruolo di megafono della *Weltanschauung* parlamentare. All'opposto, significa che il prefigurato vincolo alimentato dalla capacità – derivante dall'uso della ragione – di separare il vero dal falso permette, dopotutto, d'assicurare la perfetta armonia delle sentenze con la massima universalmente valida che considera il *ius* come *ars boni et aequi* <sup>(76)</sup>, e che attribuisce alla giurisprudenza il compito di sceverare il giusto dall'ingiusto, l'equo dall'iniquo, il ragionevole dall'irragionevole e così via <sup>(77)</sup>.

Volendo tirare le somme del discorso, diventa francamente inevitabile il superamento della visione imperativistica della norma positiva, postulante – sulla base dell'angusta relazione causale tra fatto e precetto – la sua validità grazie alla pura osservanza delle forme <sup>(78)</sup>. Al contrario, bisogna interpretare le regole (modellanti tanto la legge statale quanto l'atto d'autonomia privata) osservando giudizi di valore che non dipendano dall'adespota concezione del giusto e dell'equo del singolo magistrato, ma siano invece compenetrati dai principi del sistema. Questi ultimi, ben lungi dalla meccanica assimilazione della regola a semplice fatto, dischiudono le porte del mondo giuridico all'accettazione dei comandi là dove la comunità riconosca ad essi un contenuto di giustizia utile a tradurre in pratica l'ideale della dignitosa esistenza umana svincolata dalle esecrabili catene della sopraffazione usate siste-

---

magistrato il decidere, in ipotesi di statuti incerti, conformemente allo spirito della legge (*Lo spirito delle leggi*, cit., p. 225).

<sup>(75)</sup> Cfr., in luogo di molti, F. KÜBLER, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe, 1975, p. 52 s.

<sup>(76)</sup> G. VON HOYNINGEN-HUENE, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, cit., p. 1.

<sup>(77)</sup> Da questo angolo prospettico assume particolare rilievo la definizione ulpiniana di giurisprudenza, la quale è «divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia» (D., 1, 1, 10, 2). Cfr. T. MAYER-MALY, *Rechtswissenschaft*, Darmstadt, s.d. (ma 1972), p. 120.

<sup>(78)</sup> E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1878, p. 222 s.

maticamente da poco illuminati detentori del potere economico o politico a danno di chi è impotente a difendersi <sup>(79)</sup>.

Serve aggiungere che l'accettazione dei comandi da parte dei consociati i quali ne riconoscano la coerenza all'ordine dei valori unenti i tasselli del sistema, consente di raggiungere un risultato ulteriore siccome il precetto condiviso perché ritenuto giusto è più efficace a paragone del precetto subito perché semplicemente imposto <sup>(80)</sup>.

Conviene mettere meglio a fuoco un punto, per evitare fraintendimenti. Assimilare il diritto – sulle orme della definizione celsina – all'arte del buono e dell'equo non significa che il corpo legislativo (con riguardo alla *Gesetzgestaltung*) o l'ordine magistratuale (per quel che invece attiene alla *Gesetzanwendung*), dispongano a piacere dell'estro creativo scandente i tempi del tema da cui si diramano i propositi di giustizia ed equità disgiunti da un'uniforme chiave di lettura. L'ordinamento giuridico è unico e nelle sue maglie l'interprete individua gerarchie formali e assiologiche il contemperamento delle quali dà l'intonazione sia all'attività di formazione delle leggi, sia alla susseguente applicazione.

Continuando a orientare il pensiero al diritto come *ars boni et aequi*, non può trascurarsi d'osservare che il *ius* senza ordine sistematico e sganciato dai valori aggreganti la nervatura deontologica delle norme è come una dottrina senza idee, come un giudice non equidistante, o infine come l'esistenza abbandonata a se stessa siccome staccata dalle condizioni irrinunciabili al completamento umano <sup>(81)</sup>.

Per questa strada si arriva a toccare un nodo fondamentale: dal rapporto di tensione fra garanzia dei mezzi e libertà dello scopo affiora l'essenza dello Stato di diritto. Vale a dire, nell'inseguire l'interesse personale non può il capace d'agire mettere a repentaglio il benessere degli altri consociati. L'ordinamento che tollerasse il rischio appena delineato, come una sorta di male inevitabile, non realizzerebbe i valori universali del diritto perché si manifesterebbe cedevole alla presa dell'irragionevolezza e, alla fine, dell'«io» contro «tutti».

---

<sup>(79)</sup> E. DI ROBILANT, *Direttiva economica e norma giuridica*, Torino, 1955, p. 86 ss.; M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, cit., p. 31; C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, cit., p. 12.

<sup>(80)</sup> M. ELIA, *op. loc. cit.*

<sup>(81)</sup> Giova avvertire che il diritto non deve imporre l'assolvimento di un dovere eminentemente etico o spirituale, ma deve piuttosto renderlo possibile come esercizio dei poteri individuali correlati al libero arbitrio e all'autodeterminazione servente alla concretazione della personalità umana nel suo inarrestabile essere e divenire. Detto altrimenti, il diritto è la «misura di libertà esterna, senza la quale non può esistere la libertà interna della decisione etica»: G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., p. 112; v. anche G. VON HOYNINGEN-HUENE, *op. cit.*, p. 12 s.

Com'è facilmente immaginabile, il contemperamento d'opposti interessi e la protezione di antagonistici beni della vita diventa una questione di armonia nell'arte delle scelte: spetta al legislatore prima, e al giudice poi trovare la tonalità che permetta lo sviluppo della personalità umana lontano dalle insidie e dagli odiosi trabocchetti della servitù del bisogno e della prevaricazione del più forte, del più influente o del meglio organizzato<sup>82</sup>. In questo quadro, vale la pena ripetere, formule del tipo *in claris* creano spesso solo un effetto dissonante.

#### 4. *L'argomento naturalistico.*

Ma credo si possa dire di più: quanto sin qui sostenuto non significa che il giudice sia autorizzato ad anteporre la propria idea di giustizia a quella scolpita nel testo della disposizione scritta. Per arricchire lo scenario, si rammenti che neppure la scuola del diritto libero volle emancipare il giudice dai vincoli della legge; semmai egli è autorizzato a spogliarsi dei panni fornitigli dalla dommatica concettuale e degli insegnamenti professati da coloro che riconoscono validità esclusivamente alle norme positive<sup>(83)</sup>. Affermare che l'*auctoritas* non possa offendere la *ratio* affondante le radici nel terreno dell'*aequitas* e della *veritas*, implica soltanto che il rispetto delle gerarchie formali è inadatto a ipotizzare una roccaforte inespugnabile che dà riparo all'arbitrio assoluto del legislatore o del giudice. La forza è essenziale per accreditare come giuridica una norma positiva; ma la sola forza non basta a giustificare come vera e valida la regola stessa, perché occorre che l'adempimento del precetto sia legittimato dalla sua giustizia. In breve, «l'autorità morale nelle leggi discende dalla moralità dei doveri primitivi»<sup>(84)</sup>.

La premessa invita a riflettere, in aderenza al motto *veritas non auctoritas facit legem*, che la legge scritta non è soltanto il frutto di decisioni prese a maggioranza, ma presuppone

---

<sup>(82)</sup> Nell'abbozzata costellazione non deve sfuggire il ruolo basilare della dommatica, cui spetta – come ricorda a ragione A. PALAZZO, *L'interpretazione della norma civile*, cit., p. 122 – il compito di «definire l'attualità e l'aderenza dei suoi principi e delle sue categorie ai valori costituzionali».

<sup>(83)</sup> In tal senso v., tra gli altri, E. OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923, p. 47 s., secondo cui il «nostro diritto positivo privato è dunque completo, in quanto emanazione della legge, e per virtù propria, senza che sia necessario sottintendere l'esistenza di norme complementari negative o esclusive di limitazioni, le quali abbraccerebbero la sfera di libertà. Un caso che rientri sotto questa norma negativa o esclusiva, è un caso non giuridico, per cui cioè non valgono regole di diritto, e non c'è bisogno di supporre una norma speciale che lo dica».

<sup>(84)</sup> F. SCLOPIS, *Della legislazione civile*, cit., p. 10.

l'indagine sulla natura delle cose <sup>(85)</sup>, ossia un processo di conoscenza della realtà la quale non può essere falsata dalla positività delle regole costituendo, all'inverso, l'essenziale banco di lavoro dell'attività parlamentare <sup>(86)</sup>. L'arte del giurista è appunto quella di trattare l'eguale come eguale e il diverso come diverso, scoprendo mediante l'esplorazione della materialità agevolata dalla bussola dei valori le non effimere ragioni del distinguo <sup>(87)</sup>. È stato scritto che conformare la realtà alle categorie dommatiche, asservendo quella a queste, significa creare le premesse del controllo politico-sociale e dell'ideologia del più forte <sup>(88)</sup>.

Più in generale, creare diritto non significa dare sfogo alla fantasia umana fine a se stessa, o assecondare le aspirazioni egemoniche di un'élite detentrica del potere economico o politico, ma vuol invece dire regolare i fatti affioranti dalla realtà che preesiste alla legislazione nel rispetto del valore imprescindibile della personalità <sup>(89)</sup>. Conviene ora rendere esplicito un dato sottinteso: l'argomento naturalistico assume validità euristica perché orienta la discrezionalità e degli organi legislativi, e dell'interprete, specie quando sia chiamato a riempire di contenuti le clausole generali <sup>(90)</sup>. È allora chiaro che sarebbe un'autentica iattura dar la briglia sul collo ad una giurisprudenza sfilacciata e priva d'indirizzo, subordinata all'asistemica giustizia del caso concreto così disconoscendo la funzione ordinante dei principi generali. Insomma, la nozione di *bonum* ed *aequum* per un verso non può tradire la natura dei fatti, giacché altrimenti detta nozione rischierebbe di valere solo come una categoria astratta che si presta ad essere scacciata dal mondo reale <sup>(91)</sup>, per l'altro non può fendere l'unitarietà dell'ordinamento <sup>(92)</sup>.

<sup>(85)</sup> La natura delle cose indica la logica della materia oggetto di disciplina normativa: cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò, II, Milano, 1990, p. 854. Nella stessa direzione già si muoveva F. SCLOPIS, *Della legislazione civile*, cit., p. 9 s.

<sup>(86)</sup> F. KÜBLER, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, cit., p. 30 s. Il tema è indagato a fondo da A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 129 ss.; cfr. inoltre M. ELIA, *Origini e funzione del diritto*, cit., p. 24. Contro gli eccessi del giusnaturalismo v. però i moniti di V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 18 s.

<sup>(87)</sup> L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 11.

<sup>(88)</sup> G.M. CHIODI, *Equità*, cit., p. 7 s.

<sup>(89)</sup> Cfr. G. VON HOYNINGEN-HUENE, *op. cit.*, p. 16.

<sup>(90)</sup> Cfr. N. HORN, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., Heidelberg, 2004, p. 249.

<sup>(91)</sup> G.M. CHIODI, *op. cit.*, p. 8.

<sup>(92)</sup> Cfr. G.M. CHIODI, *op. cit.*, p. 76 s.; P. PERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*, cit., p. 1149 ss.; I. PICCININI, *Equità e diritto del lavoro*, cit., pp. 84 e 224 s.; M. ROTONDI, *Considerazioni sulla funzione dell'equità in un sistema nel diritto positivo scritto*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1977, p. 678 s.; R. MARTINO, *Giudizio equitativo e «principi informativi della materia»: continua la contesa tra la Consulta e la Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 961 ss., spec. p. 978 s.; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 65 ss.; C. TENELLA SILLANI,

L'equità viene così a intersecarsi con la ragionevolezza e con gli ideali di proporzionalità, che esprimono un immanente contenuto di razionalità del diritto <sup>(93)</sup>. Eppure la duttilità delle clausole generali non può tradursi nell'attribuzione al giudice di un potere che non gli compete, ossia di correttore del diritto scritto; l'elogio dell'equità e della ragionevolezza andrebbe in tal maniera ben oltre la soglia dell'ordine pubblico costituzionale. Ecco che contro questa deriva si erge l'ostacolo della separazione dei poteri democratici (art. 101, comma 2°, Cost.). Accade allora che se la legge è equivoca delle due l'una: o il magistrato l'applica nel modo più consentaneo alle norme di principio <sup>(94)</sup>, oppure la rinvia al tribunale delle leggi <sup>(95)</sup>. Richiamando qui rapidamente un tema già affrontato, il giudice è legittimato a colmare la lacuna nella maniera più appropriata al progetto di scansare sconclusionate fratture, secondo il canone che esige parità di trattamento in assenza di una non effimera *ratio distinguendi* (arg. ex art. 3 Cost.) <sup>(96)</sup>, solo nel caso in cui la regola positiva non enunci alcuna soluzione utile a dirimere la disputa.

---

*L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, p. 364 s.; v. inoltre C. ASPRELLA, *La scure della Consulta s'abbatte sul giudizio d'equità necessario: una salutare interpretazione costituzionalmente orientata del comma 2° dell'art. 113 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 641 ss. Di diverso avviso sono: R. GUASTINI, *Equità e legalità*, nota a Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2248 ss.; M. MAFFUCCINI, *Equità del giudice e potere arbitrario tra storia e attualità: riflessioni a margine di Corte cost., 6.7.2004, n. 206 e di Cass., 11.1.2005, n. 382*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 56 ss.; G. VERDE, *Contro l'equità necessaria del giudice di pace*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 475 ss.

<sup>(93)</sup> V. PIANO MORTARI, *op. cit.*, p. 153.

<sup>(94)</sup> F. KÜBLER, *op. cit.*, p. 53.

<sup>(95)</sup> Il tema viene in particolare sviluppato all'interno della magistrale opera di J.W. HEDEMANN, *Reichsgericht und Wirtschaftsrecht*, Jena, 1929, p. 278 ss.

<sup>(96)</sup> Su questo sfondo acquistano particolare interesse le parole di A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984, p. 74 s.: «Ove cioè esiste una situazione circoscritta che presenti differenze rispetto alle altre, la norma che la considera non sarà universale nel suo contenuto ma nella sua *ratio* se e solo se risulterà pertinente, congrua rispetto ai fattori che contraddistinguono tale situazione e che in altre situazioni non si rinvergono. In tal caso, infatti, tale norma si estenderà a tutte le ipotesi in cui ricorre la sua *ratio*. Ove invece non sussistesse tale congruità, ove la norma non si estendesse a tutte le ipotesi in cui ricorre la sua *ratio*, oppure si estendesse oltre i casi in cui la *ratio* che lo giustifica ricorre, sarebbe violata appunto quella universalità che non attiene più direttamente al suo proprio contenuto, ma al rapporto fra *ratio* e contenuto, che esige (*quae desiderat*) l'estensione della norma stessa a tutte e sole le ipotesi ricomprese nella sua *ratio*. Questo rapporto fra *ratio* e contenuto è appunto di universalità, perché consiste nell'esaustiva (biunivoca) corrispondenza fra l'una e l'altro e viene meno ove anche un solo caso sia eccepito od aggiunto senza giustificazione. La questione di costituzionalità tende allora a ristabilire l'eguaglianza violata, essendo volta a valutare questa corrispondenza fra *ratio* e contenuto della norma e conducendo (in caso di accoglimento) alla eliminazione di una pluralità di categorie equipotenti, per sostituire ad esse una sola categoria, a contenuto più generale. In questo contesto, come si è accennato, la definizione tradizionale dell'eguaglianza, come pari trattamento a pari condizioni e diverso a diverse acquisita un significato più pregnante, appunto perché vale ad indicare non solo l'astratta corrispondenza tra fattispecie universale e relativa disciplina, ma anche tra fattispecie non universali e normativa che le concerne, residuando tuttavia l'esigenza di universalità e manifestandosi come necessaria corri-

### 5. *Il plusvalore etico del diritto privato.*

L'accostamento della formula celsina al diritto privato moderno persuade l'interprete a riconoscere che esso «è un'alta scuola di giustizia»<sup>(97)</sup>, in cui regna sovrana la «volontà costante e perpetua di far sì che a ciascuno sia attribuito il suo»<sup>(98)</sup>. Se l'autonomia privata deve adeguarsi – come si è tentato di dimostrare – ai valori dichiarati o sottesi dalla legge fondamentale; se il diritto soggettivo non può tramutarsi in uno strumento avalutativo di semplice attuazione del potere della volontà fine a se stesso; se la libertà d'iniziativa individuale deve essere in armonia con le norme costituzionali di principio dalle quali si apprende che la protezione della dignità umana è il cuore pulsante del sistema; se la libertà di ogni consociato e la giustizia non solo formale corrono sempre il rischio di essere annientate dall'irragionevole (e dunque iniquo) arbitrio del legislatore, dall'autoritarismo del giudice o dal prepotere della controparte, pare inevitabile – a compimento di questi cenni sommari – assegnare alla giurisprudenza dommatica il dovere di scoprire se e con quanta intensità il diritto vivente risponda ai compiti del diritto privato.

In sintesi, il diritto privato – volendo usare un'immagine – non è né mera forma né, tanto meno, palestra d'estetica concettualistica o di purismo teoretico. All'opposto, i diritti tra eguali – nel loro fluente concretarsi – esigono il ragionevole bilanciamento d'interessi contrastanti: da un lato l'interesse del singolo all'autoaffermazione che deve essere combattuto quando sia smodato o offenda i fondamentali beni della vita degli altri consociati, dall'altro lato l'interesse generale proteso verso la difesa dei valori rafforzanti le colonne della società civile. Di lì – vale la pena ripetere – l'inopportunità delle scelte sradicanti il diritto privato dal banco di prova offerto dall'impatto della norma con la totalità del reale. Se così non fosse ci avvieremmo all'epilogo del tradimento di quei compiti e valori; in altre parole, saremmo ad un passo dall'abbandono del plusvalore etico del diritto privato contro la sempre attuale definizione celsina di *ius*.

Scorrendo questo panorama si riaffaccia il tema del rapporto tra diritto costituzionale e diritto privato. L'indagine ci ha portato ad accorgerci che è meglio lasciare al proprio de-

---

spondenza fra *ratio legis* e relativa disciplina, come applicabilità di questa, senza eccezioni e senza aggiunte o privilegi, a tutte e sole le fattispecie in cui ne ricorre la *ratio*».

<sup>(97)</sup> H. WEITNAUER, *Der Schutz der Schwächeren im Zivilrecht*, cit., p. 10.

<sup>(98)</sup> *Inst.*, 1, 1, 1; D., 1, 1, 10, 1.

stino le tesi permeabili alla ferrea separazione dell'uno dall'altro o riducenti il tutto a una questione d'antagonismo che apre la strada alla formalistica prevalenza del primo sul secondo. Occorre perciò approdare al dialogo improntato alla ricerca dei valori che preesistono agli atti normativi di qualunque rango (e che sono dunque sottratti dalla disponibilità del legislatore), dai quali riusciamo a intravedere che al centro del sistema unitariamente inteso si eleva il primordiale bisogno di tutela della dignità umana <sup>(99)</sup>.

6. *Il diritto civile tra tecnica e politica. L'esempio della presupposizione.*

È così facile intendere che – come già rilevammo – se il codice civile simboleggia il fertile terreno delle libertà (rientranti nel catalogo dei *Lebenselemente*) contrattuale <sup>(100)</sup>, di proprietà e testamentaria <sup>(101)</sup>, l'intreccio degli statuti sottintesi dalla precitata triade non descrive parabole adespote ma assicura l'indissolubilità dei valori venanti le tavole della legge fondamentale. Se la protezione della personalità umana da parte del diritto costituzionale non può rinunciare ai basilari istituti patrimoniali del diritto privato stante la loro attitudine ad assicurare il libero arbitrio, tali istituti dal canto loro non possono privare di contenuti il bene giuridico posto in cima alla scala dei diritti sociali. In questo contesto mantengono intatta l'originaria carica evocativa le parole di Otto von Gierke, secondo cui «un diritto obbligatorio, che non conosce alcun più elevato angolo prospettico all'infuori della libertà e sicurezza del traffico, pone senza armi nelle mani dello smalzato commerciante l'inesperto in affari, in quelle del grosso imprenditore il piccolo borghese ed il coltivatore diretto, in quelle del capitalista l'operaio» <sup>(102)</sup>. Si avverte dunque l'esigenza di riscrivere i valori del diritto privato in antitesi alla tanto declamata neutralità politica e sociale della giurisprudenza dei concetti. Il diritto privato deve pertanto mettere a disposizione degli attori del traffico giuridico gli strumenti mirati a proteggere le vittime del prepotere <sup>(103)</sup>.

---

<sup>(99)</sup> Cfr. E. DI ROBILANT, *Direttiva economica e norma giuridica*, cit., p. 86 ss.; W. MÜLLER-FREIENFELS, "Vorrang des Verfassungsrechts" und "Vorrang des Privatrechts", in *Festschrift für F. Rittner zum 70. Geburtstag*, München, 1991, p. 423 ss. Già G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 63, definiva «l'essenza della personalità umana» come «quel principio che è il grande sottinteso del nostro sistema giuridico» (corsivo dell'a.).

<sup>(100)</sup> H.C. NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, cit., p. 18.

<sup>(101)</sup> Cfr. W. FIKENTSCHER e A. HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10. Aufl., Berlin, 2006, p. 68.

<sup>(102)</sup> O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889, ora in E. WOLF (Hrsg.), *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., 1949, p. 500.

<sup>(103)</sup> In questo scenario assumono particolare significato le parole di C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, Roma, 1902, p. 9 ss.

In linea di massima il legislatore tedesco del 1896 non si preoccupò d'introdurre disposizioni destinate a tutelare il rapporto di forze *inter partes*, perché partiva dalla convinzione che attraverso la libera manifestazione della volontà si sarebbe raggiunto il perfetto equilibrio fra prestazione e controprestazione. L'assegnamento che il dominio della volontà, grazie all'ausilio del meccanismo contrattuale, potesse autonomamente garantire la razionale distribuzione della ricchezza rendeva superflua la reazione dell'ordine civile preconstituito all'eventuale situazione d'assenza di parità contrattuale (*Vertragsparität*). Per rendersene conto è sufficiente osservare che la posizione di supremazia posseduta da chi arrogava a sé il potere di dettare le condizioni dello scambio risultava sfornita di significato *iure privatorum* in quanto aleggiava sovrana l'esigenza di scansare l'introduzione di regole alteranti il naturale equilibrio del sistema economico fondato sulla spontanea formazione della domanda e dell'offerta <sup>(104)</sup>. In breve, l'assolutezza del diritto soggettivo si esprimeva nell'irrefrenabilità del potere della volontà sulla spinta degli insegnamenti ispirati all'«io» assoluto della filosofia tedesca, accettati dalla pandettistica come assiomi <sup>(105)</sup>.

L'autonomia privata e, in senso più generale, le teorie ancorate alle politiche fedeli al *laissez faire* affrancarono l'uomo dai vincoli signorili rendendo possibile lo sviluppo del traffico mercantile ed il progresso economico. In questo quadro sarebbe stato contraddittorio trasferire alla mano pubblica la funzione – non certo invisibile – di baluardo della giustizia contrattuale che, inevitabilmente, avrebbe inciso sulle libertà invocate dall'emergente ceto borghese, la cui salvaguardia – come detto – imponeva al legislatore un atteggiamento politicamente incolore. Ciò che occorre difendere era soltanto l'astratta libertà di manifestazione della volontà, perché attraverso il libero arbitrio il mercato sarebbe riuscito a garantire l'equilibrio sociale. Viceversa, qualora l'ordinamento si fosse fatto carico della situazione di disparità fra contraenti non si sarebbe potuto evitare il fallimento del dogma – assunto al rango di valore assoluto dell'individualismo liberale – della signoria della volontà (*Willenshererschaft*), per scongiurare il quale era stata negata ogni rilevanza giuridica ai motivi che spingono il contraente a manifestare il consenso <sup>(106)</sup>.

---

<sup>(104)</sup> G. HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, cit., p. 12.

<sup>(105)</sup> L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 74.

<sup>(106)</sup> G. HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, cit., p. 121.

Scorrendo questo panorama assume valore dimostrativo il fatto che il codice civile tedesco – al di fuori delle fattispecie negoziali «amputate» dalla scure della nullità per contrarietà al buon costume (in grado di colpire i «contratti strangolatori» giacché idonei a limitare oltremodo la libertà personale o economica della parte «debole», come ad esempio accade quando un piccolo commerciante si obblighi a versare ad un grande fornitore, per un periodo di trent'anni, i proventi della propria attività) oppure in quanto integranti gli estremi del negozio usurario (§ 138, II, BGB) <sup>(107)</sup> – non solo sbarrò le porte alla ricezione di istituti giuridici destinati a correggere le storture fuoriuscenti dall'abuso della libertà contrattuale, ma (avvicinandoci al tema di queste pagine) del pari non mise a disposizione degli stipulanti strumenti adatti a adeguare il *Vertragsmechanismus* <sup>(108)</sup> alle sopravvenienze alteranti lo *status quo ante*. La premessa serve a capire le ragioni per cui ancor oggi l'interpretazione maggioritaria è dell'avviso che competa alla discrezionalità dei privati la stima dell'equilibrio dello scambio: il sistema è quindi neutrale dinanzi allo sfruttamento economico della *partie faible* o dell'individuo poco accorto, fatte salve le precitate eccezioni <sup>(109)</sup>.

---

<sup>(107)</sup> Cfr., in luogo di molti, H. BROX, *Allgemeiner Teil des BGB*, 27. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 2003, p. 164.

<sup>(108)</sup> Teorizzato da W. SCHMIDT-RIMPLER, *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts*, in *Arch. civ. Praxis*, 147 (1941), p. 130 ss., spec. p. 155 ss.; il quale – abbattuto lo Stato illiberale – ritornò sul tema con il noto saggio *Zum Problem der Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift für H.C. Nipperdey*, München-Berlin, 1955, p. 1 ss.

<sup>(109)</sup> W. VAN DEN DAELE, *Probleme des gegenseitigen Vertrages*, Hamburg, 1968, p. 3 s. Resta da considerare che nuovi argomenti al dibattito sull'equilibrio economico del contratto sono stati elaborati da un'accreditata dottrina italiana postulante la proporzionalità dei rapporti di diritto privato: cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo del contratto e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di L. Ferroni, Napoli, 2002, p. 49 ss.; ID., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 560 ss.; sulla stessa linea v. F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, spec. p. 74; F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Scritti in memoria di M. Buoncrisiano*, I, Napoli, 2002, p. 218 ss. Sui fondamenti transnazionali del principio di proporzionalità v. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, *passim*. Ma in opposizione all'accreditato insegnamento che precede affiorano le obiezioni mosse da G. OPPO, *Chiosa alla relazione del Prof. Perlingieri*, in *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, a cura di L. Ferroni, cit., p. 63 s.; altra barriera è innalzata dalla giurisprudenza di legittimità, come segnatamente emerge da Cass., 22 maggio 1990, n. 4630, in *Dvd Platinum*, Id., 26 gennaio 1987, n. 718, *ivi*, secondo cui «non può il giudice indagare sulla c.d. “giustizia intrinseca dell'affare” [...] in quanto la stessa è estranea al nostro ordinamento [...]»; nonché dal consolidato insegnamento secondo cui «In economia di mercato il giusto prezzo è il prezzo di mercato, quale si determina nelle libere contrattazioni. Può trattarsi, è vero, di una libertà solo formale, come nei casi in cui il contraente più debole subisce, di fatto, le condizioni contrattuali imposte dal contraente più forte; ma, se non intervengono specifiche norme» destinate a limitare la libertà dei privati «l'autonomia contrattuale resta in linea di principio, insindacabile e incensurabile» (F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 3ª ed., II, 1, Padova, 1999, p. 523 s.); conf. J.L. AUBERT, *Le contrat*, Paris, 1996, p. 76; J. CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les Obligations*, 21ª ed., Paris, 1998, p. 149; J. OCHSLER, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, Tübingen, 1997, p. 97 ss.; S. RODOTÀ, *Quale equità?*, in *L'equità, Atti del Convegno di studio svoltosi a Lecce* (9-11 novembre 1973), Milano, 1975, p. 52; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231, ove si legge che «L'esigenza della certezza delle nego-

Proviamo ora a calare il discorso appena imbastito nella dottrina della presupposizione. La digressione ci permetterà di toccare con mano che il diritto civile non può essere politicamente neutrale; non può in definitiva essere considerato alla stregua di una pura palestra concettuale.

Ma procediamo con ordine. Affermare che la presupposizione sia una condizione non sviluppata non significa indulgere alla sussunzione, perché l'accostamento ha una finalità prevalentemente illustrativa di come la presupposizione stessa si muova in concreto<sup>(110)</sup>. Da tale ammissione scorgiamo in controluce la vera essenza della citata dottrina, che attraverso la mistica della volontà ambisce in fondo a raggiungere un risultato di giustizia contrattuale, allo scopo di evitare che la parte pregiudicata dalle sopravvenienze o dall'alterazione dello *status quo ante* debba rispettare la parola data (*pacta sunt servanda*) nel caso in cui l'impegno sia stato preso partendo da un presupposto poi contraddetto dalla realtà fattuale (*rebus sic stantibus*).

Il punto di apparente debolezza dell'opinione consiste in ciò, che tramite lo stragemma della condizione non sviluppata si finisce con l'assegnare rilevanza giuridica al motivo: «Ogni rappresentazione, che per la parte è stata un motivo davvero decisivo, è presupposizione nel pensiero di Windscheid»<sup>(111)</sup>. A parere dell'abbozzata critica, la conoscenza maturata dal destinatario della dichiarazione del movente che si eleva ad antecedente causale della volontà costituirebbe una circostanza neutra per l'ordinamento dato che il motivo, quantunque comunicato alla controparte, non smarrisce la propria essenza di elemento *stricto iure* insignificante<sup>(112)</sup>.

Eppure Windscheid non dubitava che la presupposizione si esprimesse non già in un motivo esterno alla dichiarazione di volontà, bensì in un motivo che rimane al suo interno

---

ziazioni non consente recriminazioni e contestazioni che potrebbero minare l'affidabilità dei patti e scuotere la fiducia nella “*tenuta*” degli accordi, quand'anche stipulati correttamente. Fiducia basilare perché il mercato possa funzionare in modo ottimale. È vero che di tempo in tempo rispunta l'aspirazione illuministica a garantire “*il giusto prezzo*”, a consentire un sindacato sull'equità del singolo affare, nell'ingenua illusione di strumenti “*oggettivi*” per la misurazione del valore di beni e servizi. Ma l'attenzione viene oggi correttamente concentrata sulle modalità con le quali la negoziazione avviene, non sul contenuto dello scambio; la persona normale, cosciente e razionale, purché correttamente informata, non acconsente ad affari sconclusionati, gravemente lesivi dei suoi interessi!» (corsivi dell'a.).

<sup>(110)</sup> B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *Arch. civ. Praxis*, 78 (1892), p. 195.

<sup>(111)</sup> O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches)*, in *Arch. civ. Praxis*, 74 (1889), p. 222.

<sup>(112)</sup> O. LENEL, *op. cit.*, p. 225.

divenendo parte integrante della volontà stessa <sup>(113)</sup>. La chiosa lascia trasparire che la semplice esternazione del motivo non è di per sé sufficiente a completare l'intelaiatura della presupposizione giuridicamente rilevante, essendo a questo scopo necessario che il motivo stesso risulti percettibile alla stregua di una limitazione della volontà <sup>(114)</sup>.

Come era facile attendersi, le obiezioni di Lenel ebbero (provvisoriamente) la meglio, al punto da persuadere i redattori del codice civile tedesco a mettere al bando la dottrina predicata da Windscheid. Prima di procedere oltre conviene soffermarci sulla questione che segue. Il tema della presupposizione coinvolge due profili antitetici: quello della forza vincolante del rapporto obbligatorio e quello che si basa sui valori di giustizia contrattuale (*Vertragsgerechtigkeit*). Se così, sembrerebbero intuitive le ragioni dell'ostracismo nutrito dal legislatore del 1896 – fedele ai canoni del liberalismo classico – verso la ricezione di principi contrari alla rigorosa logica formale e alla ferrea osservanza del canone *pacta sunt servanda*, siccome attratti dalle esigenze di adeguamento *ope iudicis* del rapporto negoziale per far fronte agli eventi sopravvenuti che ne hanno turbato il primitivo assetto. La premessa invita a riflettere che la dottrina della presupposizione fu radiata da quel codice <sup>(115)</sup> in virtù della circostanza secondo cui subordinare l'efficacia del contratto al realizzarsi della finalità pratica, la quale determinò la concreta direzione della volontà del dichiarante, avrebbe favorito la conseguenza – ritenuta inammissibile – di assegnare peso giuridico al motivo con l'effetto di porlo grossomodo sullo stesso piano della condizione <sup>(116)</sup>.

Tutto ciò, giova ripetere, non solo mal si armonizzava con i valori dell'individualismo ottocentesco e della signoria illimitata della volontà simboleggianti il sostrato ideologico dei codici liberali, ma avrebbe dopotutto messo a repentaglio il bisogno di sicurezza assai av-

---

<sup>(113)</sup> B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., loc. cit.

<sup>(114)</sup> B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., p. 198. Ma in senso critico v. H. LEETZ, *Die clausula rebus sic stantibus bei Lieferungsverträgen*, Marburg, 1919, p. 9.

<sup>(115)</sup> Benché – osserviamo *en passant* – il suo ideatore fosse membro di spicco della prima commissione incaricata di redigerlo.

<sup>(116)</sup> Viene tuttavia aperta una porta alla clausola *rebus sic stantibus*: «Die Ablehnung der clausula rebus sic stantibus schließt jedoch die im Einzelfalle veranlaßte Prüfung nicht aus, ob nicht nach der Absicht der Parteien der Rücktritt wegen veränderter Umstände der einen oder anderen Partei zustehen soll» (*Mot.*, II, p. 199). Per di più, il codice contempla disposizioni particolari che richiamano – sotto taluni profili – la clausola *rebus sic stantibus* (v., ad esempio, i §§ 321 e 779 BGB), le quali – tuttavia – costituiscono norme eccezionali sottoposte di conseguenza all'interpretazione restrittiva: RGZ 50, p. 255 ss. Ma già la prima commissione (*Mot.*, I, p. 249) si era espressa nel senso che la presupposizione «ha solo la portata di un motivo impellente, che non tocca l'efficacia del negozio giuridico».

vertito nel mondo degli affari <sup>(117)</sup>. È pur vero che Windscheid non intese abiurare le tradizionali idee fedeli all'assolutezza del potere della volontà: per rendersene conto basti notare che egli non mise in dubbio che la deprivazione di significato alle circostanze tacitamente presupposte dal contraente avrebbe senz'altro rafforzato la certezza delle regole presidianti la circolazione giuridica <sup>(118)</sup>. Però lo stesso Windscheid non poté evitare di ammettere che «tale vantaggio è ottenuto attraverso un grosso sacrificio, attraverso il sacrificio che al giudice viene impedito di prendere in considerazione ciò che ritiene giusto secondo le circostanze» <sup>(119)</sup>. Né poté fare a meno di denunciare il formalismo permeante l'obiezione – sollevata con disarmante leggerezza dalla giurisprudenza di fine Ottocento <sup>(120)</sup> – a mente della quale contro l'ammissibilità della presupposizione s'innalzava l'ostacolo del suo mancato riconoscimento legislativo. In tal modo – volendo usare un'immagine – il giurista correva il rischio di dichiarare guerra ad un fantasma, con l'effetto di oscurare il rilievo mosso da chi era convinto che la presupposizione si sarebbe dovuta desumere attraverso il ricorso alle tecniche d'interpretazione del negozio giuridico <sup>(121)</sup>. Di lì la fortunata profezia: che la dottrina della presupposizione, gettata con *nonchalance* dalla porta, sarebbe prima o poi rientrata dalla finestra per approdare definitivamente al palcoscenico del diritto «vivente» <sup>(122)</sup>.

Dalle anzidette parole emergono *in nuce* i primi bagliori del passaggio dal formalismo propagandato dalla giurisprudenza concettuale alla pedagogia antinormativista accolta dalla giurisprudenza degli interessi e dei valori. Da qui si è prossimi al totale superamento delle tesi postulanti l'«asetticità» politica del diritto civile <sup>(123)</sup>.

---

<sup>(117)</sup> H. BROX, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, Karlsruhe, 1960, p. 74. Ma, in senso contrario, v. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, 1987, p. 321, il quale sottolinea come i redattori del BGB (cfr. *Prot.*, II, p. 690, ove si legge che la dottrina della presupposizione «compromette la sicurezza del traffico e perciò come base per il codice è inadatta») abbiano sottovalutato l'importanza del problema attinente alla sopravvenuta modifica delle circostanze destinate ad incidere sull'equilibrio negoziale perché abbagliati dal dogma della *Vertragstreue*, inteso quale valore supremo del sistema; cfr. altresì B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5. Aufl., Heidelberg, 1997, p. 14; M. ZIRKER, *Vertrag und Geschäftsgrundlage in der Zeit des Nationalsozialismus*, Würzburg, 1996, p. 26 s.

<sup>(118)</sup> B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., p. 201.

<sup>(119)</sup> B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., *loc. cit.*

<sup>(120)</sup> Si allude alla decisione del *Reichsgericht* datata 13 maggio 1889, in RGZ 24, p. 169 ss.

<sup>(121)</sup> B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., p. 197.

<sup>(122)</sup> B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., *loc. cit.*

<sup>(123)</sup> Altri ha tentato di ricercare il fondamento della presupposizione mettendo in luce che l'autolimitazione della volontà è virtuale (*virtuellen Vorbehalt*), non già attuale. In ogni caso tale *self-restraint* non può essere cancellato dall'universo delle cose giuridiche; esso è sempre immanente, nel senso che completa il contenuto del contratto quando concorre a determinarne lo scopo o programma pratico (a patto che la controparte non ab-

7. *Il fatto come base di legittimazione delle regole.*

Il distacco della scienza giuridica dalla sottostante realtà economica finì con l'avvento della *Interessenjurisprudenz*, che delegò al giudice la competenza a superare il divario fra norma e realtà generato dal metodo concettuale coltivato dalla pandettistica. Il mutamento fu di enorme portata giacché rese permeabile il diritto privato alla questione sociale <sup>(124)</sup>; basti pensare che il contratto venne considerato alla stregua di un «fatto» socialmente rilevante <sup>(125)</sup>.

Lungo questo percorso si accreditò l'idea che ogni protagonista del rapporto giuridico assume diritti ed obblighi secondo la ripartizione del rischio modellata dal legislatore. Tuttavia, a fronte dell'impari distribuzione dei beni e dell'alterazione del predetto criterio favorita dall'uso della libertà contrattuale a svantaggio degli esclusi dalle leve del potere economico, il diritto privato rischiava di perdere la propria vocazione di giustizia se avesse tradito la missione di tutelare i più deboli <sup>(126)</sup>.

In questo nuovo scenario gli studi giuridici furono emancipati dai postulati della virtuosa consequenzialità e ferrea autosufficienza della legge difesi dal legalismo ottocentesco <sup>(127)</sup>. La norma, dunque, è solo un criterio adattabile ad una moltitudine di casi, giammai la

---

bia espresso una volontà contraria), distaccandosi dalla nozione di semplice finalità segregata nella mente della parte. Sicché il contratto è risolvibile quando fin dall'inizio, o successivamente a causa di eventi sopravvenuti e impreveduti, si manifesti l'irrealizzabilità del suo scopo. Cfr. P. KRÜCKMANN, *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, in *Arch. civ. Praxis*, 131 (1929), pp. 9 e 60 ss.

<sup>(124)</sup> P. OERTMANN, *Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, 5. Aufl., Frankfurt a.M., 1900, p. 23. La svolta fu impressa da R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza* (1884), trad. it., Firenze, 1954, spec. p. 366, il quale addebitava alla giurisprudenza dei concetti il torto di essere attratta dal solo gusto per l'effimero estetismo senza preoccuparsi del fatto che le soluzioni proposte potessero reggere il confronto della realtà pratica. Di lì si crearono altresì le basi per la scuola del diritto libero, il cui programma fu elaborato da H.U. KANTOROWICZ (pseud. GNAEUS FLAVIUS), *La lotta per la scienza del diritto* (1906), trad. it., Bologna, 1988 (rist.), *passim*. Sul punto cfr. J. EDELMANN, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*, Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich, 1967, p. 26 ss. Nello stesso tempo in Francia si assistette all'abbandono della scuola dell'esegesi, ora soppiantata da un nuovo ordine fondato sulla funzione sociale ed antindividualista del diritto privato: cfr. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon* (1920), Paris, 1999 (rist.), *passim*, spec. p. 19, ove si legge che il diritto privato deve essere sorretto dal realismo, che consenta di eliminare dagli studi giuridici le antiquate nozioni metafisiche del diritto soggettivo. Si noti per inciso che una delle conseguenze della funzione sociale implicava l'introduzione del principio della responsabilità oggettiva per rischio d'impresa (*ibidem*, p. 33); v. anche M. CUNIBERTI, *Il «diritto sociale» nel pensiero di Léon Duguit (1859-1928)*, in *Jus*, 1995, p. 329 ss.

<sup>(125)</sup> C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 365.

<sup>(126)</sup> H. WEITNAUER, *Der Schutz der Schwächeren im Zivilrecht*, cit., p. 34.

<sup>(127)</sup> P. OERTMANN, *Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, cit., p. 22; W. ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, cit., p. 72.

decisione del caso reale. Similmente, la legge scritta non completa il diritto, ponendosi piuttosto quale «pietra da costruzione» dell'ordinamento <sup>(128)</sup>.

Nello stesso tempo scomparve la neutralità dell'applicazione della legge, che la rese insensibile agli ideali di giustizia concreta piegandola allo spirito della costruzione logica priva di eccezioni <sup>(129)</sup>. Si concretò in tal maniera il processo di «deindividualizzazione» del sistema giusprivatistico <sup>(130)</sup>. Il diritto – scrisse Heck, proseguendo il magistero del tardo Jhering – si propone uno scopo pratico, della risoluzione del conflitto fra consociati. Nessuna legge, di per sé, è in grado di soddisfare detto obiettivo essendo impossibile che il legislatore abbia potuto tenere anticipatamente conto delle per nulla pietrificate contingenze della vita concreta. Spetta quindi al giudice integrare il precetto normativo allo scopo di correggerne le immancabili lacune <sup>(131)</sup>.

Questo movimento persuase il giurista accademico ad abbandonare la logica astratta inducendolo a misurarsi con gli eloquenti concetti di *Lebensnähe* e *Rechtstatsachenforschung*. È stato così scritto un nuovo capitolo della storia del pensiero giuridico, il cui motivo ispiratore fu simboleggiato dalla funzione delle regole di rispondere ai concreti bisogni scaturenti dalla vita di ogni giorno <sup>(132)</sup>. Tutto ciò implicava il rifiuto del metodo assiomatico e deduttivo <sup>(133)</sup>; il giudice avrebbe pertanto dovuto volgere lo sguardo al «libro della vita» anziché assumere i panni del «prestigiante» di tesi <sup>(134)</sup> o del manovratore d'illusori «apparecchi» per finzioni <sup>(135)</sup>.

Insomma, il conio dei fatti e non già l'atto di autorità *ex se* forniva la base di legittimazione delle regole giuridiche <sup>(136)</sup>; quella base perdeva progressivamente di contenuto tanto più si elevava la lontananza dalla realtà dei predicati normativi <sup>(137)</sup>. I quali, isolatamente considerati, non avrebbero conseguentemente potuto offrire il punto d'appoggio

---

<sup>(128)</sup> A. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, 2. Aufl., Heidelberg, 1982, p. 11.

<sup>(129)</sup> W. ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, cit., p. 72 s.

<sup>(130)</sup> W. HALLSTEIN, *Wiederherstellung des Privatrechts*, Heidelberg, 1946, p. 9.

<sup>(131)</sup> Ph. HECK, *Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1933, p. 20 s.

<sup>(132)</sup> K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, p. 85; E. MOLITOR, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, Karlsruhe, 1949, p. 94.

<sup>(133)</sup> O. BALLWEG, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Basel, 1960, p. 15.

<sup>(134)</sup> H.U. KANTOROWICZ (pseud. GNAEUS FLAVIUS), *La lotta per la scienza del diritto*, cit., pp. 147 e 150.

<sup>(135)</sup> R. VON JHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, cit., p. 283.

<sup>(136)</sup> R. VON JHERING, *L'esprit du droit roman*, trad. fr., II, Bologna, 1969 (rist.), p. 16.

<sup>(137)</sup> J. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht*, cit., p. 86.

delle idee giuridiche, così come nessuna decisione può essere tratta soltanto dalla lettera della legge <sup>(138)</sup>. In questa nuova dimensione la legge si riduce ad occasione creativa del diritto, l'effettività del quale è ricavabile dalle relazioni della vita <sup>(139)</sup>.

Contro l'irragionevolezza del legislatore si afferma che la norma fonte del dover essere non può da sé creare il diritto reale, essendo invece tenuta ad avvicinarsi il più possibile all'oggettività dell'essere. Solo dove norma e rapporti concreti della vita fattuale, e cioè dover essere ed essere, non siano in reciproca antitesi, nasce il diritto reale. Perché «il diritto è la corrispondenza del dover essere all'essere»; quindi una unità di rapporti <sup>(140)</sup>.

Per meglio comprendere le implicazioni della raffigurata prospettiva giova muovere dal tema correlato agli eventi sovvertitori il sinallagma. Nel 1920 il *Reichsgericht* <sup>(141)</sup> accreditò il potere del giudice di correggere il contenuto del regolamento privato d'interessi al fine di ricondurlo a giustizia materiale, paralizzando in tal maniera lo squilibrio conseguente all'evento imprevisto ed imprevedibile, estraneo alla sfera di dominio delle parti. Nel caso di specie l'attore, che si era vincolato a fornire alla controparte del vapore per usi industriali, agì in giudizio contro quest'ultima pretendendo il pagamento di una somma ulteriore – relativa alla fornitura di vapore dal 1917 al 1919 – dato il sopravvenuto aumento del costo del carbone e della manodopera, che aveva radicalmente mutato il rapporto fra le prestazioni corrispettive. In via subordinata richiese l'accertamento dell'invalidità dell'obbligo di fornitura, ovvero l'aumento del prezzo in relazione alle future prestazioni. La Corte accolse la domanda di adeguamento del corrispettivo, partendo dalla premessa – tipica del metodo elaborato dalla *Interessenjurisprudenz* – secondo cui «il primo e nobile compito del giudice è, comunque, quello di soddisfare nelle sue decisioni gli imperativi bisogni della vita e di lasciarsi guidare a questo proposito dalle esperienze della vita». L'attuazione di questa funzione autorizzava dunque il giudice stesso ad intervenire con poteri correttivi all'interno del meccanismo contrattuale per fare fronte alle «insopportabili» conseguenze prodotte dagli accadimenti sopravvenuti allorché il mantenimento del contenuto originario degli accordi avrebbe implicato la violazione non solo del principio di buona fede, ma altresì dei canoni

---

<sup>(138)</sup> A. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"*, cit., p. 18.

<sup>(139)</sup> A. KAUFMANN, *op. loc. cit.*

<sup>(140)</sup> A. KAUFMANN, *ibid.*

<sup>(141)</sup> RGZ 100, p. 129.

di giustizia ed equità che devono contrassegnare l'esecuzione dei rapporti negoziali. Il collegio era ben consapevole degli elementi di novità connotanti il *dictum* e, per questo motivo, circoscrisse *obiter* la possibilità di adeguare per sentenza il contratto individuando tre presupposti consistenti anzitutto nell'accertamento che le parti intendessero dare esecuzione al rapporto, inoltre nella verifica della natura eccezionale dell'evento sopravvenuto ed infine nell'equo assetto degli interessi di ambedue gli stipulanti, non potendo il giudice limitarsi a prendere in considerazione solamente quelli della parte svantaggiata dall'evento imponderabile <sup>(142)</sup>.

Nel 1921 Paul Oertmann <sup>(143)</sup> elaborò la dottrina della dissoluzione della base negoziale, finalizzata a distinguere le circostanze sopravvenute che, sino ad allora, erano state individuate utilizzando la nozione d'inesigibilità, prima limitata alle sole ipotesi di rovina del debitore, poi estesa a quelle di *Äquivalenzstörung*. La teoria della *Geschäftsgrundlage*, consistente nell'iniziale rappresentazione del dichiarante – conosciuta e non contestata dall'altra parte – sulla persistenza o sopravvenienza di specifici fatti o eventi costituenti il fondamento della sua volontà, fu recepita dal *Reichsgericht* nel 1922 <sup>(144)</sup>, che annullò con rinvio la decisione della Corte d'appello di Dresda la quale aveva accolto la domanda di esecuzione di un contratto nonostante che fra la data dell'accordo e quella prevista per l'adempimento i prezzi del compendio oggetto di alienazione fossero raddoppiati a causa del deprezzamento del marco intervenuto fra il maggio 1919 ed il successivo mese di dicembre. A questo proposito il *Reichsgericht* argomentò che il giudice di merito avrebbe dovuto accertare se il presupposto della volontà del dichiarante, fondantesi sull'esistenza di determinate circostanze, fosse venuto meno per effetto dell'evento sopravvenuto. Quanto appena osservato significa che il mantenimento dell'equivalenza di valori fra le prestazioni corrispettive può costituire la base del contratto, la cui demolizione giustifica la risoluzione del rapporto a causa dell'imprevisto evento alterativo.

---

<sup>(142)</sup> Questi criteri, per effetto dello sviluppo giurisprudenziale successivo, hanno acquisito valore normativo: in tal senso v. B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, cit., p. 33. Il nuovo § 313 BGB ha poi tradotto in legge positiva la dottrina della presupposizione: su questo tema sia consentito rinviare al mio *La «codificazione» della dottrina del fondamento negoziale (contributo allo studio del nuovo § 313 BGB)*, in *Contr. impr. Europa*, 2004, p. 770 ss.

<sup>(143)</sup> P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, p. 37.

<sup>(144)</sup> RGZ 103, p. 328.

Ma già il precedente del 21 settembre 1920 fece proprio il principio dell'adeguamento giudiziale del contratto in caso di sovvertimento dell'equilibrio originario, mettendo nello stesso tempo in risalto il ruolo prevalentemente nominalistico assunto dalla tacita clausola *rebus sic stantibus* nel dibattito sulla rilevanza del mutamento delle circostanze economiche<sup>(145)</sup>. Quest'ultimo *dictum*, infatti, ruota intorno a due punti essenziali di riferimento: il primo – attinente al metodo – è rappresentato dalla nuova «missione» assegnata al giudice dalla cultura antiformalista nella creazione di regole destinate a risolvere efficacemente le esigenze emergenti dalla realtà dei traffici mercantili e consistenti negli articolati interessi alla conservazione del rapporto e all'adeguamento dello stesso per contrastare la sopravvenienza; il secondo è costituito dalla clausola di buona fede (§ 242 BGB) la quale richiede la ponderata modifica *ministerio iudicis* del contratto tutte le volte in cui l'esecuzione dello stesso creerebbe situazioni d'intollerabile ingiustizia a causa dei fenomeni *ab initio* non previsti, né prevedibili dalle parti. Sembra dunque confermato che la *ratio decidendi* sia da ricercare nella turbolenta (ed impersonale) alterazione dell'equilibrio sinallagmatico che rende sostanzialmente priva di tutela la pretesa all'adempimento del creditore per contrasto con le regole di etica negoziale.

#### 8. Gerarchie aformali.

La quintessenza del diritto tra pari aiuta a comprendere in qual misura le norme del codice civile e delle leggi ad esso collegate non occupino la medesima graduatoria extra-formale<sup>(146)</sup>. La norma ordinaria che dà attuazione al programma accolto dalla legge sovrana è dotata di un'importanza, accreditata dal suo *Wesengehalt* (o contenuto essenziale), sicuramente superiore al precetto fissante soltanto una regola di dettaglio, il cui capovolgimento non incrinerebbe l'ordine dei valori nel solco dei quali s'incuneano in posizione defilata le regole «minute». Al contrario, la norma incolore sotto il profilo dell'ordine costituzionale, a differenza di quella che dà l'impronta a uno specifico istituto giuridico di diritto privato generale funzionale alla concretazione della libertà d'azione assegnata al capace d'agire, è priva

---

<sup>(145)</sup> B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, cit., p. 37.

<sup>(146)</sup> In proposito E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 849, parlava di un'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico delle norme ordinarie espressioni principi generali.

dell'accennato valore aggiunto che intesse i rapporti di supremazia tra norme anziché tra fonti.

I giudici non possono trascurare tale preconstituito ordine di valori, sovvertendo *ab libitum* la relazione biunivoca di primato e subordinazione tra norme di pari livello formale, il quale rende equo il diritto tra pari nella misura in cui protegge la libera esplicazione della personalità nell'ambito dei rapporti interpretati <sup>(147)</sup>. Possiamo altrimenti riconoscere che la giustizia dei rapporti tra eguali esiste quando sia a tutti garantita la facoltà di attuare scelte consentanee alla ragionevole attuazione dei diritti personali nell'area delle libertà soggettive e dell'amministrazione del patrimonio mediante negozi tra vivi e d'ultima volontà. L'equilibrio è rotto là dove la regola di dettaglio, contro i principi generali, raffreni l'esercizio delle libertà che precedono. Il giudice, non fungendo più da amorfa cassa di risonanza della volontà parlamentare, al cospetto della raffigurata stortura – come si diceva – o adegua in via interpretativa la dissidente regola «minuta» ai valori soprastanti creando un diritto vivente che ricuce lo strappo, oppure – ove non sia percorribile tale strada – la sottopone al sindacato della massima autorità giurisdizionale interna. Quello che non può fare è chiudere ottusamente gli occhi di fronte ai nodi gordiani del sistema, così finendo con l'eludere il compito sociale del diritto privato.

#### 9. *L'equità nel diritto «vivente».*

È arrivato il momento di verificare in qual maniera la ragionevolezza e l'equità del diritto privato determinino il giudice a correggere l'oggettiva iniquità delle regole sull'abbrivio delle gerarchie normative.

Procedendo per sommi capi, l'equità assurge ad argomento usato per rimediare all'estremo rigore del diritto scritto nell'intento di differenziare la posizione del debitore corretto da quella in cui si trova l'obbligato disonesto, riconoscendo solo al primo il trattamento di favore stabilito in via d'eccezione dallo statuto normativo. L'interpretazione giudiziale dell'art. 1381 c.c. aiuta a capire il senso di queste parole.

---

<sup>(147)</sup> Cfr. W. FIKENTSCHER e A. HEINEMANN, *op. cit.*, p. 69. Su questi temi sia altresì consentito rinviare al mio *Giurisdizione di equità e gerarchie assiologiche*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 118 ss., spec. p. 124 ss.

Attraverso la fattispecie in esame il dichiarante s'impegna a indennizzare l'altra parte allorché il terzo non compia la prestazione promessa, sia essa attiva o negativa, materiale o negoziale.

L'indennizzo, a differenza del risarcimento del danno da inadempimento contrattuale, costituisce un *minus* negli stessi termini in cui l'indennità dovuta dall'amministrazione espropriante al proprietario rappresenta una prestazione monetaria che non copre il valore di mercato del bene. La radice normativa della distinzione tra risarcimento e indennizzo si ricava dagli artt. 2045 e 2047, comma 2°, c.c.: pure in queste ipotesi l'indennizzo, tenuto conto delle circostanze concrete, non deve necessariamente eguagliare l'intero pregiudizio sofferto dalla vittima. I rilievi appena esposti testimoniano che la quantificazione della somma dovuta dall'obbligato giustifica l'uso di criteri equitativi, i quali sciolgono il diritto vivente dalla morsa dell'art. 1223 c.c.

Secondo le corti il promittente assumerebbe una duplice obbligazione: in via principale è tenuto a un *facere*; in subordine alla prestazione di dare, sostanziantesi nel pagamento dell'equo indennizzo. Al fine di graduare *pro bono et aequo* le conseguenze determinate dall'inattuazione del fatto promesso la giurisprudenza ravvisa una norma non scritta preordinata, per l'appunto, a discernere l'onestà del buono dalla protervia dell'inetto. Sarebbe a dire, qualora la delusione del creditore dipenda dalla negligente condotta del debitore il quale non si è adoprato affinché il terzo realizzasse il risultato promesso <sup>(148)</sup>, l'avente titolo potrà domandare il ristoro integrale del danno ai sensi dell'art. 1223 c.c. Viceversa, se il promittente riesce a dimostrare che l'insoddisfazione dell'aspettativa serbata dal creditore consegue al rifiuto del terzo nonostante il massimo sforzo (eventualmente) profuso dal promittente stesso, questi sarà tenuto a pagare l'indennizzo secondo criteri di giustizia equitativa anche al disotto delle utilità patrimoniali percepibili dal promissario in caso di compimento della vicenda promessa <sup>(149)</sup>.

---

<sup>(148)</sup> Si badi che in casi estremi l'obbligato, tramite condotta contraddittoria, potrebbe aver ostacolato deliberatamente il raggiungimento del risultato promesso come ad esempio succede quando abbia acquistato la proprietà del bene appartenente al terzo impedendo in tal modo il trasferimento da quest'ultimo al creditore.

<sup>(149)</sup> Cass., 20 dicembre 1995, n. 12973, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 989 ss.; v. anche Cass., 24 gennaio 2003, n. 1137, *ivi*, 2003, p. 1864 ss.; nonché in *Danno resp.*, 2003, p. 728 ss., con nota di M.C. CHERUBINI, *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto del terzo*, *ivi*, p. 731 ss.,

Adesso è chiaro che la compressione del debito può essere riconosciuta solo a vantaggio dell'obbligato meritevole. L'equità come attributo del diritto privato spinge le corti a premiare il debitore che abbia dato prova d'onestà e, per contrappunto, a punire il promittente noncurante. Gli studiosi di analisi economica del diritto ravviserebbero l'emersione di un incentivo al comportamento efficiente.

Meccanismi abbastanza simili a quelli appena descritti sono utilizzati dal legislatore come strumento premiale, mirato ad assicurare il trattamento di favore alla parte «onesta ma sfortunata», la cui specchiata probità sia avvalorata dall'aver osservato nell'esecuzione del vincolo obbligatorio una condotta virtuosa.

Ai fini dell'indagine è utile muovere dall'osservazione che la nuova legge di parziale liberalizzazione delle locazioni a uso abitativo, oltre a restituire alcuni degli spazi sottratti all'autonomia privata, novera tra i propri obiettivi la lotta contro la piaga dell'evasione fiscale. Detta finalità giustifica la scelta di sottoporre il contratto all'onere della forma per iscritto a pena di nullità (art. 1, ult. comma, l. n. 431 del 1998). Tale onere non risponde all'esigenza di rendere più sicura la prova dell'accordo (*Beweisfunktion*), d'indurre le parti a ponderare il significato dell'impegno che stanno per assumere (*Warnfunktion*) o a fronteggiare lo squilibrio (o *deficit*) informativo (*Beratungsfunktion*), ma si spiega alla luce di quanto stabilito nel successivo art. 13.

Quest'ultima disposizione, ad astrarre dalla sua frammentarietà, rende nel complesso manifesto il piano dell'autorità normativa, la quale introdusse l'anzidetto requisito formale per attrarre il canone effettivo nelle maglie del fisco, nell'intento di dissuadere le parti dal simulare il *quantum debeatur* a nocimento delle casse erariali.

In ipotesi di contratto verbale, nullo ai sensi dell'art. 1, ult. comma, il legislatore del 1998 – distaccandosi dal meccanismo della conversione di cui all'art. 1424 c.c. che si basa sulla finzione della volontà presunta – ha voluto lanciare una sorta di «salvagente» al conduttore bisognoso di protezione in considerazione del valore assiologico del diritto d'abitazione<sup>(150)</sup>. Per guadagnare il trattamento di favore l'interessato è tenuto a dimostrare che la violazione dell'obbligo formale, riverberantesi sul crinale della elusione fiscale, fu vo-

---

<sup>(150)</sup> Cfr. Mar. NUZZO, *La forma del contratto di locazione degli immobili ad uso abitativo tra regole di validità e disciplina della prova*, in *Le locazioni urbane. Vent'anni di disciplina speciale*, a cura di Cuffaro, Torino, 1999, p. 155.

luta dalla parte forte la quale impose il proprio tornaconto a chi versa in condizioni di minorità economica <sup>(151)</sup>. Il giudice, dopo aver accertato che il conduttore – ben lungi dal fare il gioco della controparte lasciandosi tentare dall'interesse elusivo di quest'ultima – fu sostanzialmente costretto ad accettare l'*aut aut*, potrà accogliere la domanda volta all'emanazione della sentenza che tenga luogo al contratto nullo. Detta sentenza ripeterà i contenuti del «sottotipo» a prezzo amministrato (art. 13, comma 5°).

Come gli elementi del sistema diventano armonici nell'assonanza tra regole e programma deontologico accolto dalle norme di principio, così la formazione del contratto per sentenza è dunque condizionata dalla professione d'onestà del conduttore, il quale deve dimostrare – lo si è appena visto – che la compartecipazione all'elusione è il portato dell'altrui soverchieria. Orbene, il bilanciamento d'interessi pubblici e individuali è stato combinato dal legislatore del 1998 riducendo la gittata dell'arma disincentivante le determinazioni negoziali antifiscali allorché sopravvengano motivi allacciati al valore etico del diritto tra pari. Chiariti i termini della questione, è facile scorgere che la tutela del bisogno abitativo giustifica il ripristino *ministerium iudicis* del contratto.

Spostando l'attenzione oltre i confini statuali, è sorto il dubbio in merito all'iniquità della regola espressa nel nuovo § 434, III, BGB, che ha parificato la dazione di *res* diversa da quella specificamente individuata (*Identitäts-aliud*) alla consegna di cosa affetta da vizio materiale. Il tratteggiato superamento della contrapposizione tra vizio materiale e *aliud pro alio datum* implica che quest'ultima patologia debba di massima soggiacere alla disciplina sui vizi, con particolare riguardo al termine biennale di prescrizione (§ 438, I, 3, BGB). L'accennato sospetto d'iniquità, che deriva dallo sbarramento all'invocazione della prescrizione ordinaria di tre anni (§ 195 BGB), è stato superato sulla base del rilievo che il compratore può immediatamente scorgere l'inadempimento stante la sua evidenza oggettiva <sup>(152)</sup>.

Da qui nasce un altro dubbio d'iniquità <sup>(153)</sup>: se il compratore, in luogo dell'utilitaria ordinata, ricevesse una macchina di lusso (o, più in generale, là dove il venditore conse-

---

<sup>(151)</sup> Una *ratio* analoga giustifica la scelta di convertire il mutuo a interessi usurari in mutuo a titolo gratuito, giacché l'eventuale nullità estesa all'intero rapporto avrebbe finito col pregiudicare la parte protetta (vale a dire il mutuatario), costringendola all'immediata restituzione del *tantundem* (art. 1815, comma 2°, c.c.).

<sup>(152)</sup> W. FIKENTSCHER e A. HEINEMANN, *Schuldrecht*, cit., p. 414, testo e nota 34.

<sup>(153)</sup> Cfr. H.J. MUSIELAK, *Die Falschlieferung beim Stückkauf nach dem neuen Schuldrecht*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 2003, p. 89.

gnasse per sbaglio una cosa di valore sensibilmente superiore a quella dovuta), saremo certamente di fronte alla dazione di merce difettosa tenuto conto della parificazione introdotta dalla legge d'ammodernamento del codice civile tedesco. Ciò implica forse che l'alienatario sia legittimato a trattenere la cosa ricevuta, stimando conveniente non far valere il difetto, proprio perché in tale situazione la pretesa della controparte d'ottenere il pagamento del corrispettivo originariamente pattuito rimarrebbe immodificabile? La risposta è negativa. In verità, lo sbaglio commesso dal venditore (o dal suo ausiliario) non può giocargli contro; per rendersene conto basti osservare che l'accennata equiparazione sembrerebbe inutilizzabile quando l'inesattezza sia frutto di un manifesto errore compiuto nell'esecuzione del contratto, oppure là dove manchi una chiara relazione tra autoregolamento e sua attuazione. Se così non fosse bisognerebbe giocoforza ammettere che la semplificazione delle patologie in tema di vendita assicurata dal riformato *Kaufrecht* avrebbe generato il malaugurato effetto di trasformare il *summum ius in summa iniuria*. A supporto di questa interpretazione conviene citare i lavori preparatori che accompagnano la già citata legge d'ammodernamento del diritto privato tedesco, secondo cui al fine di ravvisare l'equiparazione tra vizio e *aliud* occorre che il compratore possa ragionevolmente avvedersi che la dazione fu eseguita dall'altra parte come deliberato atto d'adempimento <sup>(154)</sup>.

#### 10. *Autonomia privata, equilibrio contrattuale e giustizia commutativa.*

Fuori del ristretto settore dei prezzi amministrati <sup>(155)</sup>, le parti sono libere di rintracciare il punto d'equilibrio economico dello scambio. Vale qui il criterio legato alla nozione di giustizia contrattuale individuale o soggettiva <sup>(156)</sup>. Il giudice è tenuto a rispettare l'assetto d'interessi patrimoniali in tal modo fissato, essendogli impedito di surrogarsi alle discrezio-

<sup>(154)</sup> BT-Drs. 14/6040, in J. SCHMIDT-RÄNTSCH, J. MAIFELD, A. MEIER-GÖRING e M. RÖCKEN, *Das neue Schuldrecht*, Köln, 2002, p. 454. Cfr. A. MATUSCHE-BECKMANN, *sub* § 434, in VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 2004, p. 172; v. anche C. ABATANGELO, *Sostituzione di bene vizziato e contrattazione di cosa specifica: i termini della questione nel diritto tedesco e nel pensiero giuridico italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 657.

<sup>(155)</sup> Sul tema v. R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003, p. 79 ss.

<sup>(156)</sup> Cfr. G. VON HOYNINGEN-HUENE, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, cit., p. 56; R. LANZILLO, *op. cit.*, p. 77, la quale osserva, tra l'altro, che il contratto deve avere una causa lecita ma non necessariamente adeguata.

nali valutazioni degli stipulanti, le quali dipendono da vicende mutevoli, difficilmente razionalizzabili siccome inadatte ad essere soppesate con il bilancino del burocrate zelante <sup>(157)</sup>.

Supponiamo che il bisogno di Tizio di acquisire il fondo Zeta lo induca ad accettare la richiesta del venditore d'ottenere cento a metro quadrato. Supponiamo ancora che Caio sia invece disposto ad offrire duecento. Ebbene, in una situazione del genere nessun magistrato potrebbe legittimamente calarsi negli *interna corporis* della contrattazione col proposito d'«aggiustare» il meccanismo contrattuale <sup>(158)</sup>, sempre che tale meccanismo sia rischiarato dai raggi della trasparenza da un lato, e della concorrenza non alterata da intese monopolistiche dall'altro lato <sup>(159)</sup>.

È solo cosa degli interessati regolare il prezzo dello scambio <sup>(160)</sup>. Ciò che, in linea di principio, importa all'ordinamento non è tanto quanta parte del proprio patrimonio il consociato sia disposto a sacrificare al fine d'accaparrarsi le utilità di una determinata cosa o prestazione, ma in primo luogo se egli abbia o no potuto maturare il consenso in modo libero e consapevole, riuscendo di riflesso a valutare correttamente i fattori costitutivi del valore connotante l'oggetto negoziato (*wertbilden Faktoren*) <sup>(161)</sup>. Se la libertà «di» contratto è un elemento costitutivo dell'amministrazione autoresponsabile del patrimonio individuale co-essenziale al libero svolgimento della personalità umana <sup>(162)</sup>, è allora giusto che il sistema garantisca similmente la libertà «dal» contratto attraverso tutele capaci d'impedire la degenerazione di quella libertà qualora lo sbilanciamento di poteri economici riduca a chimera il negoziato individuale <sup>(163)</sup>.

L'art. 34, comma 2°, c. cons., comprova che la legislazione a protezione del contraente debole non ha travalicato gli accennati limiti imponenti al giudice d'astenersi dalla comprensibile tentazione di correggere le scelte economiche che si diramano lungo il muro ma-

---

<sup>(157)</sup> In senso contrario v. N. COVIELLO, *Dell'equità nei contratti*, Napoli, 1896, p. 8 s., il quale sostenne il principio della proporzionalità effettiva tra prestazioni corrispettive.

<sup>(158)</sup> Cfr. B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, 2. Aufl., München, 2005, p. 256, secondo cui «nessuno può dire con esattezza quale sia il giusto prezzo di una merce o servizio».

<sup>(159)</sup> W. GRUNSKY, *Vertragsfreiheit und Kräftegleichgewicht*, cit., p. 13; L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, cit., p. 23.

<sup>(160)</sup> B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, cit., *loc. cit.*

<sup>(161)</sup> Cfr. F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 843; D.R. GÖTLICHER, *Auf der Suche nach dem gerechten Preis*, Göttingen, 2004, p. 26.

<sup>(162)</sup> H.C. NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, cit., pp. 19 e 28.

<sup>(163)</sup> B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, cit., p. 256.

estro dell'autoresponsabilità<sup>164</sup>. A ben guardare, lo stesso istituto della rescissione per lesione (artt. 1448 ss. c.c.) s'inserisce in questa cornice attestando che lo squilibrio economico diventa un evento socialmente allarmante ove consegua all'abuso dei poteri di autonomia privata, sfociante nell'approfittamento della condizione di bisogno in cui versa il soggetto che, a causa di tale precaria situazione, non possa trarre beneficio dal mercato concorrenziale<sup>165</sup>. Similmente, l'offerta di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, ult. comma, c.c.), si riflette sullo squilibrio sopravvenuto ma non già su quello originario<sup>166</sup>.

Nel prefigurato assieme di criteri orientativi assume specifico significato la condizione di bisogno – qualificata, a parere di alcuni autori, dalla presenza di un interesse socialmente apprezzabile<sup>167</sup> – che concorre a rendere il contratto ingiusto e quindi rescindibile su domanda dell'interessato allorché il profittatore, sfruttando lo stato di debolezza della controparte, ponga deliberatamente quest'ultima nella secca alternativa tra accettare o rifiutare la proposta qualificata dallo squilibrio sinallagmatico oltre la metà. D'altronde, allo scopo di ravvisare nell'art. 1448 c.c. l'emersione di un principio di giustizia distributiva occorrerebbe spiegare per qual motivo si sormonta il confine dell'irragionevolezza solo quando la sproporzione oltrepassi la metà. Volendo estremizzare, acclarata in astratto l'irragionevolezza della vendita di un bene che vale cento a cinquantuno, non è forse similmente irragionevole la cessione a quarantanove dello stesso da parte della persona che ha necessità impellente di danaro<sup>168</sup>?

#### 11. (Segue). *Il problema della penale iniqua.*

È giunta l'ora d'osservare che neppure il potere equitativo riconosciuto al giudice in caso di penale eccessiva (art. 1384 c.c.), pare essere adatto a avvalorare le tesi della propor-

<sup>164</sup> Cfr., per tutti, F. BENATTI, *op. cit.*, p. 842.

<sup>165</sup> L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979, spec. p. 61; M. PROSPERETTI, *Mercato e rescissione*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 682. In merito alla distinzione tra condizione di bisogno e convenienza economica dell'affare si segnala Cass., 22 maggio 1990, n. 4630, in *Dvd Platinum*.

<sup>166</sup> U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 21 s.

<sup>167</sup> B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Il cod. civ., Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 2000, p. 34 s.; F. CARRESI, *La fattispecie della rescissione per lesione (art. 1448 c.c.)*, in *Studi in onore di P. Greco*, I, Padova, 1965, p. 121; *contra* L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, cit., p. 116 s.

<sup>168</sup> Per ulteriori rilievi sia consentito rinviare R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da F. Galgano, XXXIV, Padova, 2005, p. 103 s., nota 117 e p. 217 ss., nota 324

zionalità nei contratti di scambio. Difatti, l'intervento riduttivo serve non già a riequilibrare il meccanismo contrattuale, bensì a evitare che il legittimo interesse di semplificare l'accertamento del danno assuma, alla fin fine, le improprie fattezze dello strumento realizzante indebiti arricchimenti o prevaricazioni a scapito della parte vulnerabile.

Qui è lo stesso legislatore che ha architettato un mezzo correttivo per rinsaldare l'inscindibile legame, autentica misura di valore della legislazione, tra *ius* ed *aequitas*.

Il punto è questo: l'equità correttiva del giudice può essere esercitata d'ufficio <sup>(169)</sup>? Detto altrimenti, qualora il difensore dell'inadempiente, per sbadataggine o per scelta deliberata, non chieda la riduzione della penale sovrabbondante, può il magistrato ricondurre a equità tale pena privata sentendosi svincolato dall'iniziativa di parte? Insomma, le sfumature etiche serpeggianti nell'art. 1384 c.c. giustificano l'ossequio verso il principio che impone al giudice civile di non andare oltre le domande dei litiganti?

Le sezioni unite della cassazione hanno detto di no <sup>(170)</sup>. L'obiezione, condensata nella classica formula *ne eat iudex extra petita partium*, è stata superata tramite un sofisma che così risuona: «il silenzio della norma sul punto non depono certamente a favore della tesi secondo cui la riduzione della penale debba essere chiesta dalla parte, ma fa propendere, se mai, a favore della tesi contraria, specie se si guardi ad altre previsioni del codice civile nelle quali l'intervento del giudice è visto in funzione correttiva della volontà manifestata dalle parti». La debolezza di quest'impostazione è immediatamente avvertibile ove si consideri che quando il legislatore vuole riconoscere alla giurisdizione civile poteri officiosi non si rifugia dietro pensieri riposti ma parla in modo stentoreo, come ad esempio attesta l'art. 7, ult. comma, d.lgs. n. 231 del 2002, in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Dal *dictum* affiorano inoltre segnali antiquati di dirigismo, che prendono corpo nell'attribuire al potere officioso dell'autorità decidente il compito di proteggere l'interesse

---

<sup>(169)</sup> Su questo tema v., a titolo orientativo, R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 297 ss.

<sup>(170)</sup> Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1534 ss., con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, *ivi*, p. 1538 ss.; in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985 ss., con note di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto ed unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, *ivi*, 2006, c. 106 ss.; e di A.L. BITETTO, *Riduzione «ex officio» della penale: equità a tutti i costi?*, *ivi*, c. 432 ss.; in *Not.*, 2006, p. 13 ss., con nota di M. TATARANO, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*, *ivi*, p. 27 ss.; nonché in *Giur. it.*, 2006, p. 2279 ss. La sentenza è stata altresì commentata da U. PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse oggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 187 ss.

superindividuale <sup>(171)</sup>. Incanalando il discorso in un solco del genere ne viene che il giudice, come un funzionario dello Stato, dovrebbe intervenire imperiosamente negli atti d'autonomia privata per custodire il benessere generale turbato dalla sproporzione delle pene convenzionali. Il paternalismo della persuasione lascia nella penombra un elemento importante, secondo cui il diritto civile offre ai consociati la facoltà di reagire all'uso iugulatorio della libertà contrattuale tramite la disciplina sulle clausole abusive, oppure invocando la lesione del diritto costituzionalmente protetto di autodeterminazione nella gestione del patrimonio <sup>(172)</sup>.

Qualora ci si lasciasse avvincere dalla saggia idea di non allentare gli anelli che uniscono la libertà di decidere il «se» e il «come» del contratto al diritto fondamentale dell'essere umano di sviluppare la propria personalità nel campo dei rapporti commutativi (arg. *ex* art. 2 Cost.), diventa più facile rendersi conto che una cosa è l'accettazione di contraggenio della penale smisurata a causa del *Diktat* del più forte o del meglio organizzato, altra è la pattuizione della stessa tra soggetti che dispongano di poteri effettivamente equipollenti. Serve aggiungere che il principio della domanda pare raffigurare la perpetuazione nel processo civile dei poteri d'autonomia privata governati dal libero arbitrio; succede allora che la compressione del primo si tramuti in un attacco ai secondi.

Allo scopo di rimarcare la tendenziale contraddizione tra meccanismo contrattuale e intrusione del giudice nei suoi meandri <sup>(173)</sup>, conviene aver sempre presente nella memoria la nozione stessa di libertà negoziale intesa come facoltà d'allontanarsi nei rapporti intersoggettivi dal diritto scritto in virtù dell'idea che la *lex contractus* disciplini, di massima, tali

---

<sup>(171)</sup> Gli accennati segnali dirigistici affiorano in modo significativo nel passo seguente della motivazione: «In tale senso inteso, il potere di controllo appare attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma. Può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità».

<sup>(172)</sup> *In puncto* cfr. R. CALVO, *I contratti del consumatore*, cit., spec. p. 241 ss.; dedica qualche cenno al problema anche M. PERRECA, *La congruità dello scambio contrattuale*, Napoli, 2006, p. 38 ss.

<sup>(173)</sup> Contraddizione del pari rilevata da A. DI MAJO, *op. cit.*, p. 1541.

rapporti assai meglio rispetto a quanto non riesca a fare la *lex dispositiva* <sup>(174)</sup>. È allora palese che in questa sfera l'apertura alla giustizia distributiva, la quale presuppone l'ingresso di un terzo soggetto in posizione sopraordinata, finisca con l'alterare il meccanismo contrattuale qualora – si continui a tener ben a mente – esso abbia funzionato alla perfezione, giacché la sua virtù emancipatrice non è stata depredata dal *Vertragsdiktat*. Il nocciolo della questione consiste allora nel verificare volta per volta se l'obbligato abbia accettato nel pieno esercizio dei poteri d'autodeterminazione l'incognita di dover pagare una penale che sin dall'inizio appaia di rilevante entità, oppure se l'accettazione sia il portato dell'imposizione del più forte. In quest'ultima evenienza c'è la tutela garantita dagli artt. 33, comma 2°, lett. f, c. cons., e 9 della legge sulla subfornitura.

Non sempre il debitore della penale è l'effettiva parte debole del vincolo negoziale. Assumo come base dell'esposizione che il meccanismo equilibratore fissato nell'art. 1384 c.c. ha un suo costo, ricadente sullo stipulante il quale, attratto dalla persuasione d'ottenere un indennizzo particolarmente vantaggioso in ipotesi d'inadempimento dell'altra parte, accetti di concludere l'affare senza avvedersi che lo smalzato obbligato conta nell'indulgenza del giudice cui richiederà *pro bono et aequo* la riduzione del debito anticipatamente liquidato <sup>(175)</sup>. Se così, l'art. 1384 c.c., ideato per moderare lo strapotere di chi la fa da padrone, può assumere le sembianze di un congegno che ben lontano dalla sua primordiale ragion d'essere si mostra arrendevole alle astuzie premeditate da colui il quale confida di tramutare *pro futuro* il rischio attuale in un beneficio indiretto. Ne viene che la riconduzione ad equità della penale eccessiva, da strumento di concretazione della clausola generale di buona fede <sup>(176)</sup>, finisce con l'assumere i lineamenti del congegno che in antitesi alla sua genuina vocazione etica diventa funzionale ai programmi della parte più scaltra. Questa considerazione dimostra quanto sia delicato il tema dell'equilibrio contrattuale e quali sono le incognite della sua correzione giudiziale.

---

<sup>(174)</sup> W.F. LINDACHER, *Phänomenologie der "Vertragsstrafe"*, Frankfurt a.M., 1972, p. 90. È stato osservato che come il *ius aequum* garantisce la libertà del giudice di risolvere il conflitto d'interessi, nel rispetto del principio di legalità, adeguando il diritto stretto alle specificità della disputa, così il *ius dispositivum* legittima le parti private a creare uno statuto convenzionale capace di realizzare i propri interessi. Se ne deduce che gli attributi di flessibilità ed equità del diritto servono in vista dell'attuazione dei rapporti obbligatori: cfr. G. VON HOYNINGEN-HUENE, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, cit., p. 14 s.

<sup>(175)</sup> W.F. LINDACHER, *op. cit.*, p. 99.

<sup>(176)</sup> W.F. LINDACHER, *op. cit.*, p. 103.

La Corte suprema, facendo perno sull'art. 1322 c.c., aggiunge che il giudice è *ex officio* autorizzato a verificare se il contenuto dell'autoregolamento non contrasti con l'interesse generale: ove «nel nostro ordinamento non fosse stato previsto e disciplinato l'istituto della clausola penale e, tuttavia, le parti avessero introdotto in un contratto una clausola con tale funzione, il giudice, chiamato a pronunciarsi in ordine ad una domanda di condanna del debitore al pagamento della penale pattuita per effetto dell'inadempimento, avrebbe dovuto formulare, d'ufficio, un giudizio sulla validità della clausola; giudizio che avrebbe potuto avere esito negativo, ove fosse stato ravvisato un contrasto dell'accordo con principi fondamentali dell'ordinamento, ad esempio perché la penale doveva essere pagata anche se il danno non sussisteva».

Senonché, in materia di pena convenzionale emerge *de iure condito* non già un problema d'atipicità contrattuale o d'illegalità della pattuizione qui discussa, bensì d'uso eventualmente sproporzionato della clausola destinata alla liquidazione *una tantum* del danno. Riconosciuta la legittimità della fattispecie, alla giurisprudenza pratica si chiede perlopiù il controllo sul corretto esercizio del diritto decretato dall'ordinamento <sup>(177)</sup>. Alla cassazione pare in effetti sfuggire che il contratto innominato non meritevole di tutela perché ostile all'ordine pubblico costituzionale è nullo, ma non già correggibile o adattabile (*Vertragsanpassung*) mediante la personalissima *Weltanschauung* del giudice-*vir probus*, o del magistrato-funzionario il quale si pieghi al programma economico-sociale imposto dal potere esecutivo <sup>(178)</sup>.

Com'è facile attendersi, sarebbe però errato sottovalutare la circostanza che il contratto non è un atto autoritativo, nel quale il difettoso funzionamento del procedimento formativo è rabberciato – osserverei – dal puntello messo a disposizione dalla sentenza giudiziale. Tale rimedio claudicante, se da un canto serve a salvaguardare la sopravvivenza della clausola penale sovrabbondante, rischia – in termini più generali – d'indebolire dall'altro le mura che recingono la nervatura mediana dell'autonomia privata.

Per evitare di trascinare i poteri d'autodeterminazione nell'insidiosa spirale del controllo superindividuale e del consequenziale irrigidimento del *Vertragsmechanismus*, meglio

---

<sup>(177)</sup> W.F. LINDACHER, *op. cit.*, p. 100.

<sup>(178)</sup> Al riguardo sono particolarmente utili le osservazioni di W.F. LINDACHER, *op. cit.*, p. 103 s.

sarebbe riconoscere all'inadempiente l'onere di lamentare l'asserita smodatezza della pena privata, così com'è onere dell'interessato esercitare l'azione di rescissione a titolo di lesione. La straordinaria intromissione *ab extrinseco* del magistrato in funzione equilibratrice del meccanismo contrattuale, salvo che sia diversamente sancito, dovrebbe soggiacere per elezione al principio dispositivo, in coerenza all'idea secondo cui alle parti è concessa la scelta delle strategie difensive così come, orientando lo sguardo al diritto sostanziale, è loro riconosciuta la facoltà di determinarsi liberamente nella gestione dei diritti patrimoniali.

Beninteso, le parole sin qui spese non dovrebbero ostacolare il ragionevole allentamento del principio della domanda qualora le circostanze concrete permettano di individuare gli estremi della richiesta implicita di riduzione *ex art.* 1384 c.c. <sup>(179)</sup>. In tal senso utili spunti sono, tra l'altro, ricavabili dalla stessa questione di fatto che sta alla base del diverbio sottoposto all'esame delle sezioni unite. Il patrono dell'obbligato non invocò suddetta disposizione perché era convinto che clausola controversa fosse invalida ai sensi dell'art. 1815, comma 2°, c.c. Questa premessa aiuta a decifrare le ragioni che indussero tale patrono a chiedere soltanto l'accertamento della nullità: a suo avviso niente era dovuto a causa dell'asserita invalidità e, pertanto, sarebbe stato illogico invocare il potere equitativo del magistrato ai sensi dell'art. 1384 c.c. Eppure la riassunta linea difensiva avrebbe permesso alla cassazione di raggiungere il medesimo risultato senza far appello a discussi e discutibili interessi generali autorizzanti l'intromissione officiosa del giudice nel territorio dell'autonomia privata. Movendo dall'insegnamento a mente del quale la qualificazione del rapporto negoziale proposta dalle parti non vincola il decidente <sup>(180)</sup>, una volta assodato che

---

<sup>(179)</sup> Cfr., Cass., Sez. lav., 19 aprile 2002, n. 5961, in *Dvd Platinum*; Cass., 30 marzo 1984, n. 2112, in *Rep. Giur. it.*, 1984, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 355, c. 2847.

<sup>(180)</sup> Cfr. Cass., 31 marzo 2006, n. 7620, in *Dvd Platinum*. «sussiste vizio di extrapetizione soltanto quando il giudice abbia pronunciato oltre i limiti delle pretese e delle eccezioni fatte valere dalle parti, ovvero su questioni estranee all'oggetto del giudizio e non rilevabili di ufficio, attribuendo ad una di esse un bene della vita non richiesto o diverso da quello domandato, mentre spetta al giudice di merito il compito di definire e qualificare, entro detti limiti, la domanda proposta dalla parte. Tale compito appartiene non soltanto al giudice di primo grado, ma anche a quello d'appello, che resta a sua volta libero di attribuire al rapporto controverso una qualificazione giuridica difforme da quella data in *prime cure* con riferimento all'individuazione della *causa petendi*, dovendosi riconoscere a detto giudice il potere-dovere di definire l'esatta natura del rapporto dedotto in giudizio, onde precisarne il contenuto e gli effetti in relazione alle norme applicabili, con il solo limite di non esorbitare dalle richieste delle parti e di non introdurre nuovi elementi di fatto nell'ambito delle questioni sottoposte al suo esame»; v. inoltre Cass., 22 giugno 2005, n. 13399, in *Contratti*, 2006, p. 329 ss., con nota di P.G. TRAVERSA, *Contratto di...e qualificazione*, *ivi*, p. 332 ss.: «La tesi rende necessario precisare che la qualificazione del contratto è un'operazione logica attraverso la quale se ne afferma o nega la riconducibilità ad un de-

la clausola in parola rientrava nei confini della penale, dalla inequivocabile confutazione della sua legittimità desumibile dall'accertamento della nullità si sarebbe potuto scorgere la domanda tacita d'ottenere – a seguito della diversa qualificazione della fattispecie per opera del giudice – almeno la sua riduzione, ossia il (conseguenziale) rimedio più acconcio alla tutela degli interessi del soggiogato.

In termini generali è indubbio che il potere prevaricatore, esercitato da coloro i quali manovrano le leve del traffico giuridico avvantaggiandosi della condizione di minorità in cui versa la massa, merita di essere combattuto dal legislatore che non può chiudere gli occhi di fronte all'uso abusivo delle libertà individuali. Tuttavia, questo proposito di solidarietà verso i soggetti a scapito dei quali è sottratta la facoltà di concorrere tramite le innate virtù del meccanismo contrattuale alla formazione del suo contenuto, proposito che permea il diritto privato di alti valori etici, non può far degenerare le funzioni protettive degli organi statali nel recinto della *lex contractus* a motivo della vocazione all'*imperium* paternale di alcuni giudici <sup>(181)</sup>.

Se così non fosse, sarebbe pressoché inevitabile sospettare l'irragionevolezza dell'art. 34, comma 2°, c. cons., là dove esclude dal controllo contenutistico la clausola *standard*, inserita nel corpo di un testo facile a capirsi, stabilente un corrispettivo eccessivo. Procedendo di questo passo si dovrebbe altresì riconoscere, contro la *communis opinio doctorum*,

---

terminato tipo con la funzione di stabilire quale disciplina contrattuale sia applicabile. Nel relativo procedimento si individuano due fasi: una consiste nell'accertamento di un fatto storico (la volontà delle parti) riservato al giudice di merito e sindacabile in sede di legittimità per vizio di motivazione o violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 ss. c.c.; l'altra, è quella della qualificazione che procede secondo il modello della sussunzione e, cioè, del confronto tra fattispecie contrattuale concreta e tipo astrattamente definito dalla norma per verificare se la prima corrisponde al secondo; la seconda fase comporta applicazione di norme giuridiche ed il giudice non è vincolato dal *nomen iuris* adoperato dalle parti, ma può correggere la loro autoqualificazione quando riscontri che non corrisponde alla sostanza del contratto come da loro voluto».

<sup>(181)</sup> V. R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva*, cit. p. 330, testo e nota 157. Occorre in ogni caso distinguere il paternalismo del legislatore da quello del giudice. Mentre il primo è costituzionalmente legittimo (anzi, doveroso) quando ha per obiettivo non già l'affermazione della supremazia dello Stato sui consociati, bensì la protezione di interessi meritevoli di speciale tutela, il secondo – all'opposto – va combattuto allorché, in nome delle esigenze di giustizia sostanziale, demolisca in ultima istanza la libertà contrattuale per mezzo della manipolazione dall'esterno del regolamento negoziale avulsa dal previo accertamento del cattivo uso dell'autonomia privata imputabile al *Vertragsdiktat*. La trasposizione delle riflessioni che precedono entro il recinto dell'art. 1384 c.c. pare suffragare l'intuizione secondo cui il semplice potere di *reductio ad aequitatem* non costituisce di per sé ragione sufficiente per conferire al giudice la titolarità di un autonomo potere: quello del controllo «inquisitorio» circa il merito delle scelte operate nell'esercizio dell'autonomia privata, glissando sino a raggiungere la meta dell'illiberale sindacabilità dell'originaria ragionevolezza e adeguatezza economica dello scambio.

l'annullabilità del contratto per errore sul valore a prescindere dai suoi nessi con l'errore sulle qualità dell'oggetto negoziato.

12. *Giurisdizione d'equità e giustizia «crepuscolare».*

Occupiamoci adesso della giurisdizione d'equità (necessaria o facoltativa), in cui la legittimazione dell'autorità decidente a risolvere la disputa sulla base della statuizione non strettamente legata alle regole positive di diritto sostanziale è riconosciuta dagli artt. 113, 114 e 822 c.p.c. Serve ricordare che la prima delle citate disposizioni è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare i principi informatori della materia<sup>(182)</sup>. Questa sentenza additiva ha grossomodo restaurato l'art. 3 della legge n. 399 del 1984<sup>(183)</sup> – poi soppresso dalla riforma del 1991 – a mente del quale il magistrato onorario era tenuto a decidere, entro l'evocato perimetro di competenza, «osservando i principi regolatori della materia».

La magistratura costituzionale ha confermato che la decisione d'equità non assume i tratti distintivi del provvedimento antilegittimario, il quale si distacca dall'ordinamento percorrendo parabole autonome disegnate dall'intimo senso di giustizia coltivato dal *vir probus*. Di contro, siffatta decisione si deve adeguare alla sua naturale funzione di mezzo di concretizzazione del diritto svincolato dalla esagerata severità del *ius strictum*. E cioè, il giudice d'equità non contrappone la propria statuizione – condizionata dal suo modo di concepire il mondo e la vita – alle regole positive generali e astratte, ma le integra adattandole ragionevolmente al caso concreto<sup>(184)</sup>. Prova ne sia che anche la decisione equitativa è un ordine del giudice proclamato in nome del popolo; sarebbe pertanto una finzione sostituire alla sovranità popolare la filosofia del giudicante<sup>(185)</sup>. Quell'ordine si riallaccia sempre alla legge razionalizzante le tessere componenti il sistema nel suo insieme. Per scansare l'eclissi dal

---

<sup>(182)</sup> Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Guida dir.*, 29/2004, p. 50 ss., con nota critica di G. FINOCCHIARO, *Con l'osservanza dei criteri «informativi» resa più difficile la decisione dei non togati*, *ivi*, p. 54 ss.; in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2537 ss., con note di R. GIORDANO, *Giudice di pace e giudizio di equità necessario: un effettivo ritorno al passato?*, *ivi*, p. 1542 ss.; e di I. FERRANTI, *Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e conseguenze sul piano processuale della riconciliazione fra diritto ed equità operata dalla Corte costituzionale*, *ivi*, 2005, I, p. 2922 ss.; nonché in *Corr. giur.*, 2005, p. 497, con nota di L. ZANUTTIGH, *Lo scandalo dell'equità “a canone inverso”*, *ivi*, p. 515 ss.

<sup>(183)</sup> Conf. Cass., 29 dicembre 2004, n. 24089, in *Giur. it.*, 2005, p. 1213 ss., con nota di G. FINOCCHIARO.

<sup>(184)</sup> N. HORN, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, cit., p. 274; G. VON HOYNINGEN-HUENE, *Die Billigkeit im Arbeitsrecht*, cit., p. 35.

<sup>(185)</sup> N. HORN, *op. cit.*, pp. 273 e 275.

sistema all'«antisistema» bisogna riconoscere che l'equità, essendo legata a doppia mandata con le istituzionali garanzie giuridiche, non dà origine a un ordinamento a sé, ma simboleggia un *minus* siccome serve soltanto a smussare le asprezze della legge scritta <sup>(186)</sup>.

La giustizia «crepuscolare» è dunque priva di legittimazione a causa della sua radice antilegataria, che entra in collisione con i fondamenti dello Stato di diritto. Allo scopo di paralizzare l'obiezione a tenore della quale è la legge stessa, e quindi il popolo, che dà mandato al giudice non togato di emanciparsi dal diritto scritto <sup>(187)</sup>, sia sufficiente replicare che quell'apertura non può condurre al rovesciamento del sistema, che si avrebbe – per citare solo alcuni esempi concernenti distinti ordini di valori – ove egli ritenesse inopinatamente equo un trattamento discriminatorio <sup>(188)</sup>, oppure fosse convinto dell'equità di un vincolo sinallagmatico senz'accordo.

Coglie perciò il bersaglio chi è dell'idea che «in linea di principio è inaccettabile il generale utilizzo dell'equità nella giurisprudenza come peculiare fondamento giuridico senza garanzia dommatica» <sup>(189)</sup>. In altre parole il valore che il magistrato, grazie al suo senso di giustizia, attribuisce al fatto esprime solamente «una parte costitutiva del *materiale* di conoscenza», la quale non assurge a definitivo criterio di cognizione <sup>(190)</sup>.

Da qui nasce il dilemma circa i rapporti tra il limite dei principi regolatori e la discrezionalità del giudice di forgiare il precetto del caso concreto in stretta aderenza alla definizione di diritto come arte del buono e dell'equo.

Tali principi da un canto descrivono i dettami degli istituti giuridici di diritto privato generale, dall'altro esprimono l'eticità dell'ordinamento. Ritorna il motivo conduttore delle gerarchie extraformali, perché deve essere ben chiaro che la ricerca dei valori attorno ai quali è edificato lo Stato di diritto che non può essere compromessa dalla c.d. *aequitas cerebrina* di chi antepone la propria nozione di giusto al *Wesengehalt* qualificante la legislazione <sup>(191)</sup>. Possiamo in altro modo sostenere che i principi generali del diritto non costituiscono

<sup>(186)</sup> J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, cit., p. 153.

<sup>(187)</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p. 175.

<sup>(188)</sup> Sui rapporti tra autonomia privata e tutela contro i trattamenti discriminatori v. F.J. SÄCHER, *Vertragsfreiheit und Schutz vor Diskriminierung*, in *Zeitschr. Europ. Privatrecht*, 2006, p. 1 ss.

<sup>(189)</sup> G. VON HOYNINGEN-HUENE, *op. loc. cit.*

<sup>(190)</sup> K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 203, corsivo dell'a.

<sup>(191)</sup> Cfr. V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 15 s.; F. SCLOPIS, *Della legislazione civile*, cit., p. 96; per ulteriori riferimenti bibliografici v. il mio *Giurisdizione di equità e gerarchie assiologiche*, in *Contr. impr.*, 2005, p.

il risultato di aride generalizzazioni o di formalistiche acrobazie teoretiche, ma offrono la somma dei «criteri di valutazione costituenti il fondamento dell'ordine giuridico e aventi una funzione genetica rispetto alle singole norme»<sup>(192)</sup>. Continuando con la stessa metafora si potrebbe affermare che alterare quei principi significherebbe, al postutto, modificare illegalmente tale corredo cromosomatico.

Equità non equivale ad arbitrio assoluto o all'assenza di qualsivoglia vincolo legalitario. I dettami assiologici e teleologici estrapolabili dal sistema con ampiezza e profondità variabili, se sono inadatti a descrivere minuziosamente i confini della decisione statuente la regola del caso concreto, devono nondimeno concorrere a determinarne la sua legittimazione logica. Si può dire che la decisione di equità è un atto sempre secondo diritto ma non necessariamente applicativo della legge positiva: quest'ultima considerazione ci aiuta a meglio comprendere il significato della proposizione a mente della quale la legislazione equitativa fluisce lungo i canali orientati dall'assiologia costituzionale<sup>(193)</sup>.

La stella polare degli indirizzi filosofici sulla giustizia, che non può essere oscurata dall'equità del giudice, è rintracciabile nei principi generali sanciti dalle regole scritte su cui si regge il diritto statuale. Da questo punto di vista concetti che trovano il loro sigillo nella legge fondamentale, quali dignità umana, diritti della personalità, diritto di proprietà, diritto all'intangibilità della sfera privata, libertà positiva e negativa di associazione e via discorrendo, devono essere incentivati dalla giurisprudenza pratica la quale, anche quando è autorizzata a dettare la regola equa del caso concreto, è tenuta a garantirne l'indissolubilità<sup>(194)</sup>. Ciò equivale a dire che il dovere del giudice d'estendere l'interpretazione sistematica delle regole positive sino al coinvolgimento dei principi costituzionali<sup>(195)</sup> consente d'equiparare la *Grundnorm* a una sorta di filtro adatto a cernere le norme particolari dai precetti-cardine i quali – come i singoli mattoni di un edificio – nel loro insieme costituiscono l'intelaiatura dell'ordinamento giuridico vigente.

---

118 ss. Ma v. anche F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), trad. it., in A.F.J. THIBAUT e F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di Marini, 4<sup>a</sup> ed., Napoli, 2000, p. 143.

<sup>(192)</sup> E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 851.

<sup>(193)</sup> Cfr. K. ENGISCH, *op. cit.*, p. 211, il quale a completamento delle proprie riflessioni scrive causticamente che «Autorizzare una decisione sulla base della libera discrezionalità significa, sul piano della concretizzazione del diritto, mettere sul trono la personalità dell'operatore giuridico».

<sup>(194)</sup> N. HORN, *op. cit.*, p. 276.

<sup>(195)</sup> Cfr. H.C. NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, cit., p. 37.

L'additato filtro è composto oltre che dalla legge fondamentale, dall'insieme di regole ordinarie disciplinanti le libertà essenziali dell'individuo. Richiamando un'osservazione già fatta, non bisogna spendere fiumi d'inchiostro per dimostrare che su quelle regole il legislatore incide in modo indelebile le cifre effigianti i valori costitutivi della società civile<sup>(196)</sup>. Di lì il plusvalore etico delle leggi ordinarie che mettono in ordine i tasselli inamovibili del sistema cristallizzanti le ramificazioni del libero e responsabile svolgimento dell'individualità<sup>(197)</sup>.

Soffermiamoci sulle norme regolatrici la materia, il cui sostrato deontologico – autentica impronta genetica della fattispecie astratta – è vincolante per il giudice d'equità perché illustra la generale idea di diritto come arte del buono e dell'equo, che si fa regola positiva per sciogliere l'intrico scaturente dalla circolazione dei diritti<sup>(198)</sup>.

Nella prima decisione pronunciata dopo la succitata sentenza additiva della Corte costituzionale, la cassazione ha sostenuto *obiter* che «i limiti temporali generali, posti dagli artt. 2934 ss. c.c., e speciali, posti dall'art. 1495 c.c., all'esercizio dei diritti costituiscano, in quanto dettati dall'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, principi informativi del diritto civile in genere e delle obbligazioni e pretese costituite con il contratto di compravendita in specie»<sup>(199)</sup>.

L'asserzione pecca di genericità. Anzitutto perché nell'ambito della disciplina sulla prescrizione, oltre alle regole statuenti i termini il cui spirare conduce all'estinzione dei diritti, si avvistano regole dotate di maggiore specificità, concernenti e il *dies a quo* e la disponibilità del diritto a far valere gli effetti della fattispecie. Non è detto che anche queste ultime, nella loro totalità, concorrano ad intessere le trame fondamentali dell'istituto ora considerato<sup>(200)</sup>. Ma credo si possa dire di più: mentre le esigenze di certezza dei rapporti giuridici

<sup>(196)</sup> Cfr. F. BYDLINSKI, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien, 2005, p. 71 s.

<sup>(197)</sup> B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, cit., p. 256. Tale plusvalore etico è totalmente calpestato dagli orientamenti i quali negano che la disciplina a protezione della parte economicamente debole o meno organizzata esprima principi informativi del sistema giusprivatistico: cfr. Cass., 27 febbraio 2007, n. 4436, in *Dvd Platinum*.

<sup>(198)</sup> N. HORN, *op. cit.*, p. 277.

<sup>(199)</sup> Cass., 15 novembre 2004, n. 21612, in *Giur. it.*, 2005, p. 1213 ss., con nota di G. FINOCCHIARO; v. anche Cass., 14 marzo 2006, n. 5462, in *Dvd Juris data*; in senso opposto v. però Cass., Sez. lav., 8 marzo 2005, n. 5037, *invi.*, secondo cui «le questioni in tema di prescrizione non rientrano nelle c.d. linee-guida (o principi informativi) esprimenti i principi fondamentali e regolatori di una materia civilistica la cui violazione può essere dedotta ex art. 111 cost. avverso una sentenza emessa secondo equità».

<sup>(200)</sup> V. difatti Cass., 3 marzo 2005, n. 4620, in *Dvd Platinum*, a parere della quale «il ricorso per Cassazione avverso le sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità è consentito non con riguardo alla mera vio-

indebolite dall'ambiguità conseguente all'inerzia del titolare del diritto sono senz'altro tutelate dalla prescrizione, l'impedimento all'esercizio del potere per decorso del termine di decadenza risponde ad altri interessi. Con riguardo all'art. 1495, comma 1°, c.c., l'interesse preso in considerazione è quello del compratore a ricercare tempestivamente le cause del vizio; in sintesi, la parificazione del peso e rilievo da assegnare agli istituti della prescrizione estintiva e decadenza sembrerebbe un formalismo che urta contro l'argomento di ragione siccome annulla l'antedetta ragione del distinguo.

Da questa panoramica viene da osservare che, a prescindere dalla consegna di cosa diversa <sup>(201)</sup>, il giudice di pace non travalica il principio di legalità quando sia persuaso che la domanda di risoluzione per vizi materiali della cosa venduta appaia in via di equità meritevole d'accoglimento sebbene non siano stati rispettati i termini-capestro espressi nell'art. 1495, comma 1°, c.c. <sup>(202)</sup>. C'imbattiamo in un caso paradigmatico d'irrigidimento del sistema, che rende la *lex* vessatoria (o *dura*), nella misura in cui il magistrato, fuori della giurisdizione equitativa, è tenuto a ricondurre il fatto storico dentro il conio normativo dello stretto e rigoroso diritto, benché sia perfettamente convinto della irragionevolezza di una siffatta forzatura <sup>(203)</sup>. Si può quindi sostenere che l'equità è il grimaldello impugnato dal giudice per uscire dalla prospettata *impasse*, in modo da evitare che il *summum ius* sia foriero di *summa iniuria* alla luce delle specificità qualificanti gli interessi in ballo.

In altre occasioni i punti di vista della cassazione non sono stati attratti dal denunciato eccesso d'approssimazione, come attestano gli orientamenti che seguono.

---

lazione o falsa applicazione delle norme di diritto sostanziale, ma solo in presenza della violazione o falsa applicazione che appaia in contrasto con i principi informativi della materia; e tale non può considerarsi, nel caso di specie, il dedotto errore del giudice di pace nel calcolare il momento di decorrenza della prescrizione». A giudizio di Cass., 31 ottobre 2005, n. 21116, *ivi*, gli artt. 2959 e 2960 c.c. estrinsecherebbero i principi generali della materia inerente alla prescrizione presuntiva essendo inscindibilmente legati ai cardini dello statuto di questa fattispecie.

<sup>(201)</sup> Come rammenta giustamente E. GABRIELLI, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, p. 9, tale categoria è agganciata al tentativo promosso dai giudici togati di far leva sui principi equitativi allo scopo di sfuggire al rigore della *dura lex*. Si osservi che l'equità sta qui sullo sfondo del ragionamento, giacché l'aiuto al compratore è assicurato spostando l'epicentro dell'argomentazione giuridica dal diritto speciale della vendita alla disciplina generale in tema d'inesatto adempimento.

<sup>(202)</sup> Conf. B. SASSANI, *sub* art. 113, in C. CONSOLO, F.P. LUISO e B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 66.

<sup>(203)</sup> V. M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sulla funzione creativa della giurisprudenza*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, p. 18 ss.

Ad esempio, si è deciso di noverare nella categoria dei principi informativi il diritto generale dei contratti la regola secondo cui la pretesa al minimo garantito vincolante l'avente titolo alla somministrazione (art. 1560, ult. comma, c.c.) presuppone il raggiungimento dell'accordo su tale particolare clausola. Di qui l'iniquità della domanda fatta valere dalla pubblica amministrazione per ottenere il pagamento del consumo minimo d'acqua potabile allorché non abbia dimostrato che l'utente accettò la pattuizione fonte del credito <sup>(204)</sup>.

Il principio della libertà delle forme in tema di atti negoziali è stato considerato – e *pour cause* <sup>(205)</sup> – vero e proprio cardine del sistema giusprivatistico, che non è violato là dove il giudice di pace affermi *pro bono et aequo* che l'adesione al consorzio tra proprietari di edifici per la gestione delle parti e dei servizi comuni possa avvenire tramite comportamenti concludenti, salvo che sia stato conferito il godimento d'immobili o di diritti reali immobiliari per un tempo eccedente il novennio o senza termine <sup>(206)</sup>.

Anche la disciplina sulle prescrizioni presuntive viene noverata tra quelle illustranti i principi informativi della materia <sup>(207)</sup>.

La regola in bianco *ex art.* 2697 c.c. è emanazione del principio generale a tenore del quale spetta all'attore dimostrare gli elementi costitutivi della domanda, mentre spetta al convenuto svelare i fatti impeditivi, estintivi o modificativi: viola quindi detto principio la sentenza del giudice d'equità con cui venga fatto gravare sull'attore l'onere di provare l'assenza di elementi ostativi alla pretesa <sup>(208)</sup>.

---

<sup>(204)</sup> Cass., 11 gennaio 2005, n. 382, in *Giur. it.*, 2005, p. 1214 ss., con nota di G. FINOCCHIARO; e in *Corr. giur.*, 2005, p. 500 ss.; Cass., 21 gennaio 2005, n. 1278, in *Dvd Platinum*; Cass., 21 gennaio 2005, n. 1756, *ivi*.

<sup>(205)</sup> Cfr. R. CALVO, *Giurisdizione di equità e gerarchie assiologiche*, cit., p. 144.

<sup>(206)</sup> Cass., 14 gennaio 2005, n. 2960, in *Dvd Platinum*.

<sup>(207)</sup> Cass., 10 gennaio 2007, n. 284, in *Dvd Platinum*.

<sup>(208)</sup> Cfr. Cass., 6 maggio 2005, n. 9403, in *Dvd Platinum*: «il Collegio osserva che la norma di cui all'art. 2967 c.c., che regola la distribuzione dell'onere della prova tra le parti del processo, costituisce un principio informatore del sistema delle garanzie giurisdizionali nel quale trovano tutela ed attuazione i diritti dei singoli, a nulla rilevando, alla luce della intervenuta pronunzia della Corte costituzionale, la circostanza che detta norma sia collocata nel codice di diritto sostanziale, poiché essa attiene, in ogni caso, alla materia della tutela dei diritti regolata dal libro sesto del codice civile e ne costituisce un precetto fondamentale, dal rispetto del quale non si può prescindere neppure nel giudizio di equità, pena lo sconfinamento del medesimo giudizio "nell'arbitrio", attraverso una contrapposizione ai principi basilari dell'ordinamento "delle categorie soggettive di equità e ragionevolezza" proprie del giudice»; v. anche Cass., 16 maggio 2006, n. 11413, *ivi*. In tale direzione cfr. R. VACCARELLA, *Il difensore ed il giudizio di equità*, in *Giust. civ.*, 1992, II, p. 470; Cass., 13 giugno 2008, n. 15986, in *Dvd Platinum*. Ma in senso opposto v. Cass., Sez. un., 14 gennaio 2009, n. 564, *ivi*; Cass., 28 marzo 2007, n. 7581, *ivi*.

Costituiscono norme di dettaglio, sostituibili per opera del verdetto *pro bono et aequo*, le regole speciali che in deroga all'art. 1182, comma 3°, c.c., prevedono il pagamento presso il domicilio del debitore delle somme dovute dall'ente pubblico <sup>(209)</sup>.

In fatto di oneri condominiali, concorre a dare l'impronta allo statuto generale della fattispecie il criterio proporzionale di cui all'art. 1123, comma 1°, c.c. <sup>(210)</sup>, il quale deve pertanto essere osservato dal giudice non togato.

Da questa rassegna sommaria emerge il bisogno che il diritto scritto non impedisca alla giurisdizione del *vir probus* di plasmare la regola adeguata al caso concreto. L'autorizzazione a emanciparsi dalle poco tollerate strettoie del *ius positum* deve tuttavia adattarsi – come ha insegnato la Consulta – al principio di legalità. Esso testimonia che il distacco – eccezionalmente autorizzato dalla legge attributiva di competenze giurisdizionali equitative <sup>(211)</sup> – della magistratura laica dal diritto scritto statuente regole di dettaglio neutre sotto il profilo dei contenuti deontologici<sup>212</sup>, non crea alcuna frattura costituzionale. Per accorgersene basti rilevare che quell'allontanamento incita alla disapplicazione di precetti particolari, non troppo distanti dalla nozione di *ius singulare* – contrapposta a quella di *ius commune* – elaborata da Paolo <sup>(213)</sup>, incolori per quel che concerne i principi nel complesso qualificanti – secondo un'intensità di forza mutevole – l'impronta etica dell'ordinamento giuridico <sup>(214)</sup>.

---

<sup>(209)</sup> Cass., 24 ottobre 2005, n. 20552, in *Dvd Platinum*; Cass., 27 ottobre 2005, n. 20927, *ivi*; Cass., 24 novembre 2005, n. 24828, *ivi*.

<sup>(210)</sup> Cass., 27 aprile 2006, n. 9641, in *Dvd Platinum*.

<sup>(211)</sup> In proposito E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 861, osserva che il ricorso all'equità *ex artt.* 1374 c.c. e 313 c.p.c. deve essere inteso come ultima *ratio*.

<sup>(212)</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *Sui principî generali*, cit., p. 47.

<sup>(213)</sup> «*Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*» (D., 1, 3, 16); cfr. F. WUBBE, *Ius singulare quid sit*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, 1993, p. 451 ss., secondo cui il *ius singulare* non simboleggerebbe una norma di dettaglio, ma una norma speciale per il singolo caso.

<sup>(214)</sup> Illuminante è la nozione di principi generali del diritto proposta da E. BETTI, *op. cit.*, p. 846: «“principio” designa qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così alla norma compiuta e formulata: è l'idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in specifica formulazione precettiva. Esso fa riscontro al problema pratico risolto dalla norma: ne ispira la *ratio iuris* sotto l'aspetto teleologico, in quanto ne fornisce il criterio di soluzione».

*Abstract*

The essay treats about «equity» in private law, which is a value that should lead not only the scholar, but also the lawmaker, because the score is to achieve an ideal reconciliation between the interests of opponent parties, looking to the prism of constitutional principles and of reasonableness, thus demonstrating to exercise a kind of art in law making.

On this sense, then, various issues of the civil law are truly characterized by the search of a «surplus» of ethic dimension. Thus, for example, a primary importance is assumed by the development of the theory of frustration (as a mechanism of protection against unforeseeable contingencies), by the reduction of the penalty clause, by the equitable powers of the judge: especially about the latter, by the way, it is well captured the deep relationship between the general provision of equity and all the fundamental principles which are rising themselves up in a constitutional meaning.

At the same time, also the rules dictated for defense of weaker party are linked to this system of values: the fairness is the basis of protection's rules of the weak part in the «mass contracts», defending the part faible against the unlimited use of bargaining power by the part economically stronger (in order to overcome the nineteenth-century model of *laissez-faire*). This topic explains furthermore the special tool of void contract in consumer law, as well as the recent discipline of unfair trade practices. The principle of equity in civil law, then, may also be a useful instrument to combat the abuses of the powerful part, even in cases when the formal provision of law does not expressly give protection: in this way, a representative example can be found on the abuse of choosing the type of contract, in order to apply the legal regulation more favorable to the stronger party. Equity can build a barrier useful to combat this practice.

*Il presente numero è stato chiuso nell'ottobre 2012*