



NATALINO IRTI

Professore emerito – Università La Sapienza di Roma

PER UNA CONCEZIONE NORMATIVA DELL'AUTONOMIA PRIVATA * **

SOMMARIO: 1. La concezione naturalistica. – 2. Spunti critici. – 3. Idem. – 4. Naturalità e artificialità. – 5. Idem. – 6. Il rapporto triangolare giudice – legge – autonomia privata. – 7. Le fattispecie democratiche. – 8. Costituzione ed autonomia privata. – 9. Principio costituzionale di solidarietà e autonomia privata.

1. – Perché l'autonomia privata è ancora un problema?

Perché decenni, o forse secoli, di studi e riflessioni, e mutare di metodi e prospettive, non ne hanno garantito un concetto più fermo e sicuro?

È che all'interno del fenomeno, o del gruppo di fenomeni che noi indichiamo come autonomia privata, si agita un tormentoso **dualismo**, un'alternativa che esige scelte e posizioni taglienti.

Muoviamo di lontano, servendoci di due luoghi classici: d'un grande filosofo e d'un giurista eminente. Nel § 14 del secondo dei 'Trattati sul governo' di John Locke – dove egli si fa a descrivere lo 'stato di natura', ed a contrapporlo alla società politica e civile – leggiamo: "Le promesse e i contratti per un carro, ecc. fra due uomini in un'isola deserta, menzionati da Garcilaso de la Vega nella sua storia del Perù, o tra uno svizzero e un indiano nelle foreste dell'America, li vincolano nelle loro mutue relazioni, sebbene essi si trovino assolutamente in stato di natura, perché la sincerità e il mantenimento della parola data **si convengono agli uomini in quanto uomini e non in quanto membri di una società**"¹. Lo Stato non c'è ancora; eppure gli uomini compiono promesse e stipulano accordi, e l'esecuzione ne è garantita dalla 'sincerità' e dal 'mantenimento della parola'. Si potrebbe già distinguere tra rompere o osservare i patti, tra 'giusto' e 'ingiusto'.

Di là a due secoli e mezzo (tale è la distanza di tempo fra il 1690 e il 1943), un giurista insigne, il mio venerato maestro Emilio Betti, nel capitolo primo della Teoria generale del negozio giuridico, che s'intitola a 'L'autonomia privata e il suo riconoscimento giuridico', richiama in nota la narrazione di Erodoto "circa il commercio dell'oro che i naviganti cartaginesi praticavano con popolazioni selvagge sulle coste africane dell'Atlantico", e l'altra di un navigatore vene-

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

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

¹ *Due trattati sul governo*, a cura di L. PAREYSON, Torino, 1982, pag. 238.

JUS CIVILE



ziano del secolo XV, Alvise da Ca' da Mosto, attestante lo scambio di sale e oro fra due tribù di negri. E Betti commenta, al pari del filosofo inglese: “In casi di tal genere non esiste evidentemente un ordine giuridico che regoli il negozio: eppure questo, nella coscienza di coloro che lo pongono in essere è riconosciuto pienamente impegnativo”².

2. – Le pagine del filosofo inglese e del giurista italiano offrono un’immagine, una tra le due immagini, dell’autonomia privata: capacità dell’uomo in quanto uomo, nativa e primordiale attitudine a regolare i propri interessi nel rapporto con gli altri, istintivo senso del vincolo assunto dalla nostra volontà. È, per così dire, una concezione naturale o naturalistica, che non ha bisogno di diritto, né richiede l’autorità d’un terzo, che distribuisca torto e ragione fra le parti, e assicuri l’osservanza degli accordi. Qui (e il ‘qui’ riguarda larghe scuole di dottrina e correnti scientifiche del nostro tempo) l’autonomia privata è concepita come un **dato**, qualcosa che accade nella realtà, e che il diritto, **sopraggiungendo**, trova dinanzi a sé, ed è in grado di correggere limitare indirizzare.

Ho usato il verbo ‘sopraggiungere’, che ricorre nelle pagine di Betti e di studiosi più vicini e moderni. Il ‘sopraggiungere’ è un giungere dopo e sopra, un venire, talvolta casuale e inatteso, su ciò che è già, capace di esistere per energia e vita propria. Il ‘sopraggiungere’ costituisce uno **strato ulteriore**, e quindi determina il problema dello ‘**strati-ficarsi**’, del rapporto fra l’uno e l’altro piano, del passaggio dall’inferiore al superiore, e così via. Determina tutti i problemi e interrogativi, di vecchia e nuova dottrina, intorno all’autonomia privata⁽³⁾.

3. – Alla concezione naturalistica possono rivolgersi critiche di principio, che in qualche modo precedono le confutazioni e riserve di tecnica giuridica o di diritto positivo.

Già gli esempi e testimonianze, recati dal filosofo e dal giurista, **presuppongono** il diritto, ossia la norma attributiva del ‘mio’ e del ‘tuo’ (norma tacita o consuetudinaria, se ancora non si fa sentire la voce della società civile e politica). Lo scambio tra mio e tuo – che sia oro o sale di tribù selvagge o di antichi navigatori, o di ‘strumenti finanziari’ del nostro tempo – **presuppone** la determinazione del ‘mio’ e del ‘tuo’.

Il tema non sfuggì all’implacabile e severa logica di Thomas Hobbes, che, attribuendo allo stato di natura un ‘diritto di tutti gli uomini a tutte le cose’, così scriveva: “Perciò dove non c’è alcuna cosa propria, cioè dove non c’è proprietà, non c’è ingiustizia, e dove non viene eretto un potere coercitivo, cioè, dove non c’è Stato, non c’è proprietà, dato che tutti gli uomini hanno diritto a tutte le cose: quindi dove non c’è Stato, non c’è niente di ingiusto”⁽⁴⁾. Validità e vincola-

² *Teoria generale del negozio giuridico*, 2a rist. 2a ed., Torino, 1955, pag. 41 nota 4.

³ N. IRTI, *Destini dell’oggettività*, Milano, 2011.

⁴ LEVIATANO, XV, trad. it., Firenze, 1987, pag. 139.

JUS CIVILE



tività dei fatti non riposano sulla ‘sincerità’ o sulla ‘parola data’, ma sulla “costituzione di un potere civile sufficiente a costringere gli uomini a mantenerli”.

Ecco disegnarsi l’altra immagine dell’autonomia privata: non naturale, ma **artificiale; non originaria, ma derivata**; non chiusa e sufficiente in sé, ma dipendente dal potere coercitivo dello Stato. L’autonomia non è più un **dato**, da ricevere e accogliere nel diritto, da rispettare e conservare nella sua nativa identità, ma un **prodotto**, uno strumento, che, al pari di innumerevoli altri, la legge istituisce e destituisce, tutela o rifiuta.

4. – Queste due immagini o figure dell’autonomia privata non sono schemi dottrinarî, ma serie e concrete posizioni di pensiero, o, se si vuole, ideologie, capaci di determinare o orientare scelte legislative. Altro è considerare l’autonomia privata come un dato; altro, considerarla un prodotto o un artefatto. **La ‘naturalità’ argina la potestà normativa dello Stato; l’artificialità’ la presuppone e promuove.**

La dottrina ha percorso, e tuttora percorre, soluzioni intermedie, ma si può dubitare che questo sia terreno adatto per ‘mezze misure’ e confortanti combinazioni. È diffuso, e nasce proprio in pagine di Emilio Betti, il linguaggio, tra eclettico e diplomatico, di ‘riconoscimenti’, ‘recezioni’, ‘assunzioni’ e ‘traduzioni’: tutte formule, coniate per descrivere il rapporto dei due strati, l’inferiore e il superiore, il naturale e l’artificiale. Il diritto, sopraggiungendo (cioè, come si è dianzi chiarito, venuto dopo e oltre), riconoscerebbe recepirebbe assumerebbe tradurrebbe qualcosa, che c’è già e che sarebbe capace di vivere o continuare a vivere per propria energia.

Il punto è che codesta traslazione **implica l’ingresso in altra e diversa logica**, in altro e diverso mondo, sicché fra i due piani c’è soltanto **l’alternativa dell’aut-aut**. La traslazione immette l’accordo privato nella logica dell’artificialità normativa. Gli strumenti dell’autonomia privata **‘diventano’ fattispecie**, ossia eventi volontari, previsti e disciplinati da norme. Lo stesso Betti, preso dalla logica della traslazione, giunge a dire che l’autonomia privata, riconosciuta nell’ordine giuridico, è chiamata “solo a porre in essere l’ipotesi di fatto di norme esistenti, dando vita e sviluppo, fra gli interessati, a rapporti di quel tipo che esse norme prevedono e dispongono”⁵.

Non c’è più un fatto originario e primordiale, logicamente anteriore a qualsiasi società civile e politica, ma un’ipotesi di fatto, cioè lo schema di un fatto probabile, che la norma prevede e disciplina. La giuridicità discende da questo prevedere e disciplinare.

5. – I tentativi di mediazione, ancorché ingegnosi e arditi, ingenui o consolatorî, sono destinati a fallire, poiché i principî costitutivi dei due mondi si rivelano incompatibili. Essi sono **esclusivi**, ossia l’uno esclude l’altro: o il fondamento naturale (che – direbbe Locke – si convie-

⁵ Voce *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, pag. 5 estr.

JUS CIVILE



ne ‘agli uomini in quanto uomini’) o il fondamento artificiale. Il punto di partenza, da cui discendono tutti i corollari teorici e pratici, è o in un’originaria energia dell’individuo o nella potestà legislativa e coercitiva dello Stato. Non è concepibile un ‘andirivieni’ fra l’alto e il basso, tra una capacità originaria e una facoltà derivata. Tosto che sia prescelto un angolo visuale, una prospettiva logica, essi ci chiudono in sé: possiamo abbandonarli, ma non conciliarli.

Quando si replica appoggiarsi gli accordi originari, conclusi nello ‘stato di natura’, al principio ‘pacta sunt servanda’, cioè anch’essi a una norma fondamentale, torna inevitabile l’arguta similitudine con il barone di Münchhausen che vuol trarsi fuori dalla palude afferrando la propria capigliatura⁶. Né giova mobilitare in difesa la teoria delle pluralità degli ordinamenti giuridici, i quali vivrebbero ciascuno per proprio conto (ordinamento dei privati e ordinamento statale), poiché la rilevanza dell’uno per l’altro è sempre decisa da uno di essi, cioè nella prospettiva che noi assumiamo come nostra e da cui valutiamo la giuridicità di ogni norma. Allorché scegliamo un sistema normativo, assumendolo come nostro angolo visuale, l’unico criterio di giuridicità è dato dal nostro sistema⁽⁷⁾. E come potremmo enunciare una qualifica giuridica, o attribuire a singoli elementi un predicato tipico, o decidere una controversia, se fossimo ancora presi nel cerchio ferreo dell’aut-aut, e due o più norme ci chiamassero insieme alla loro applicazione?

6. – E così siamo venuti al rapporto giudice – autonomia privata, che, a ben vedere, si risolve nel rapporto triangolare giudice – legge – autonomia privata. Come è ovvio, non parliamo di un qualsiasi e astratto giudice, ma del concreto giudice, che si colloca nella prospettiva dell’ordinamento italiano. Dove “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” (art. 101, 2° co., Cost.); e dove “la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere” (art. 70 Cost.). Soggezione alla legge è obbligo di motivare la decisione secondo la legge italiana (art. 111, 6° comma, Cost.). Questo è profilo essenziale.

Nel momento logico della decisione (della decisione, che è sempre uno scegliere, un troncare, un andar oltre), quando due o più norme si affollano nella mente o nell’animo del giudice, unico ed esclusivo criterio di risoluzione è offerto dalla legge italiana, o dalle norme che questa richiami e faccia proprie. Il dualismo è sciolto e trasceso nell’esclusività della prospettiva legale, di quella totale prospettiva in cui il giudice italiano (voglio dire, il giudice chiamato ad applicare leggi italiane) è collocato. Altro è descrivere la pluralità delle fonti, la cosiddetta ‘complessità’ del mondo giuridico; altro, scegliere il criterio di decisione. Il giudice non è un osservatore o descrittore della realtà, ma un decisore, e dunque si trova nella necessità logica di scegliere una norma, o sistema di norme, e di escludere gli altri. Egli ha, per sua indole e funzione, il dovere del monoteismo.

⁶ Cfr. G. TEDESCHI, *Volontà privata autonoma*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1929, pp. 822-823.

⁷ Vedi N. IRTI, *Società civile – Elementi per un’analisi di diritto privato*, Milano, 1992, spec. pp. 82 sgg..

JUS CIVILE



7. – Soggezione alla legge è soggezione alle norme, che definiscono e conformano l'autonomia privata, la quale non è data alla legge, ma costruita dalla legge, dalle norme che Alfred Manigk denominava 'norme di autorizzazione'.

A ben vedere, il discorrere, che si fa da giuristi e politici, di un allargare o restringere, proteggere o limitare, l'autonomia privata, è un discorrere illogico e improprio. Non c'è un'autonomia originaria e naturale, che il diritto manipoli e lavori, ma soltanto l'**autonomia definita dalla legge in un dato momento storico**. Essa è, ed è soltanto, autonomia normativa, storica della stessa mutevole storicità delle norme che, di tempo in tempo, la definiscono e determinano.

L'autonomia privata designa soltanto una classe tipica di fattispecie, prevista da norme, che dispongono gli effetti secondo il contenuto deciso dalle parti. Una tecnica normativa di costruzione di fattispecie ed effetti. In questo senso può accogliersi la geniale tesi di Hans Kelsen, che vede nel contratto un "metodo espressamente democratico di produzione giuridica", poiché **i soggetti obbligati partecipano alla produzione della norma obbligante**⁽⁸⁾. Il carattere 'democratico' sta nella coincidenza fra autori della norma e destinatari degli obblighi da essa derivanti. Si può ben dire che l'autonomia privata riassume e designa le 'fattispecie democratiche': sempre fattispecie, ossia schemi normativi, che esistono nella norma e per la norma.

8. – Si solleva l'interrogativo circa la garanzia costituzionale dell'autonomia privata. Falso problema o pseudo-problema allorché si domanda se la Costituzione offra 'garanzia' di una originaria e naturale capacità degli individui (spettante agli uomini in quanto uomini), dacché la Costituzione cadrebbe in intima e insolubile contraddizione se negasse se stessa come fondamento unico ed esclusivo del nostro sistema di leggi. Possiamo soltanto chiederci se la Costituzione preveda e garantisca gli **strumenti di auto-produzione giuridica**, nei quali, come si è di sopra accennato, s'identificano e combaciano parti dell'accordo e soggetti obbligati. Ossia quegli strumenti tecnici, in cui i destinatari del comando sono gli stessi autori del comando.

La risposta non è affermativa. Non c'è norma della Costituzione, che garantisca **di per sé** l'autonomia privata, o, meglio, l'autonomia negoziale o contrattuale nella disciplina degli interessi economici (una norma di contenuto uguale o simile all'art. 1322 cod. civ.).

Si tratta di vedere se singole libertà o diritti, attribuiti dalla Costituzione, richiedano, per genesi storica o indole teorica, l'uso di strumenti negoziali: strumenti, e dunque mezzi necessari per il loro esercizio. Si danno libertà, o diritti costituzionali, che possono soddisfarsi anche mediante leggi generali o provvedimenti amministrativi, ed altri che sono, o sembrano, compatibili soltanto con la tecnica dell'autoproduzione giuridica. Alla tutela dell'autonomia privata si giunge attraverso la garanzia di libertà e diritti costituzionali: è **tutela di una necessaria strumentalità**. Poiché libertà e diritti costituzionali riguardano la sfera delle azioni (azioni proprie o azioni altrui), il problema è di isolare quelle forme di azione che assumono la natura di accordi fra parti interessate.

⁸ *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, trad. it. R. TREVES, Torino, 1952, pag. 134.

JUS CIVILE



Reco l'esempio della libertà di associazione, garantita dall'art. 18: "I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale" (1° comma). Il vincolo unitivo dell'associazione potrebbe esser stabilito anche per decreto dell'autorità, ma l'art. 18, attribuendo ai cittadini la libertà di scelta dei 'fini', trae con sé, come necessario ed esclusivo strumento, l'autonomia privata, e perciò la disciplina delle associazioni dettata dal codice civile. **Si getta così un ponte tra Costituzione e codice civile, poiché diritti e libertà garantiti dall'una possono essere soddisfatti soltanto attraverso gli istituti dell'altro.**

A ben vedere, una concezione normativa, e non metafisica o naturalistica, dell'autonomia privata serve anche a sorreggerla con l'idea di strumentalità e con il vincolo attuativo alle norme costituzionali. L'autonomia privata sta dentro l'ordinamento giuridico, e fuori di essa non può uscire.

9. – Non mi sottraggo all'onere di prendere posizione su un problema, che, muovendo da ordinanze della Corte Costituzionale, ora agita vivacemente la dottrina italiana. Nelle ordinanze di inammissibilità 24/10/2013, n. 248, e 2/4/2014, n. 77, emanate con riguardo alla caparra confirmatoria e all'obbligo di restituire il doppio gravante sulla controparte inadempiente, si legge che il Tribunale remittente "non aveva tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevabilità *ex officio* della nullità (totale o parziale), ex art. 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, «"funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato" (Corte di Cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a Sezioni Unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)»".

Una concezione normativa dell'autonomia privata, quale ho delineato in questo discorso, non trova difficoltà ad ammettere che il contenuto dei negozi privati sia suscettibile di controllo giudiziale, svolto in base a norme della Costituzione. Ma pure avverte doversi trattare di norme costituzionali **destinate allo scopo**, ossia a regolare o sostituire o correggere le intese private, e perciò capaci di violare il carattere 'democratico' dell'autonomia privata. Non dubiterei perciò di controlli svolti in forza del secondo comma dell'art. 41, dove si statuisce che la libertà di iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

Ma dubito fortemente che siano utilizzabili l'art. 2 e l'appello ai "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Un dovere, che, ad avviso della Corte Costituzionale,

JUS CIVILE



“entra direttamente nel contratto”, ma che, a ben vedere, starebbe prima e fuori del contratto, e si rivolgerebbe alle parti nel momento di negoziare il contenuto del negozio. Sarebbe una **norma sul contenuto**, e la violazione segnerebbe la nullità del negozio.

Le riserve e i dubbî riguardano altro e più grave profilo. Nelle ordinanze della Corte Costituzionale invano si cercherebbe una definizione o un qualche chiarimento circa la ‘solidarietà’, che stringerebbe l’una all’altra parte. Ci troviamo dinanzi a uno di quei concetti, che ci giungono da lunga storia ed hanno ispirato dottrine politiche e sociologiche (dal solidarismo positivista della Terza Repubblica francese al solidarismo di filosofi cattolici), e che, oggi assunti in un testo normativo, esigerebbero precisione linguistica e rigore di concetti. Soltanto così può evitarsi il rischio del più arbitrario soggettivismo, ed anche tutelarsi l’affidamento delle parti nel significato delle parole.

Orbene, il concetto di solidarietà (quale che ne sia lo sfondo, laico o religioso), implica sempre **due profili: l’esistenza di un ‘tutto’, di un aggregato sociale, e la reciproca dipendenza dei suoi membri**. Profili, estranei al negoziato contrattuale, che è il luogo del conflitto, dell’abile avvedutezza, del calcolo economico. L’uomo vi agisce uti pars, e non uti socius. Il nostro ordinamento, mercé il vincolo ai trattati europei, ha accolto la concezione di un ‘mercato aperto’; e mercato significa che individui e imprese si trovano in assidua competizione, e **sono legittimate a perseguire, non il ‘bene comune’, ma il particolare profitto**. Il dovere inderogabile di solidarietà esige una definizione laica e secolare, che sia compatibile con l’essenza antagonistica del mercato. Anche qui non si danno mezze misure né mediazioni consolatorie. Il mercato conosce, per sua intima logica, vincitori e vinti. Il contenuto del contratto non è, di per sé, né giusto né ingiusto, né equo né iniquo, ma quello voluto e deciso dalle parti. Soltanto specifiche norme costituzionali o ordinarie, diversamente conformando l’autonomia privata, possono violare questi confini.

Una concezione normativa dell’autonomia privata è fedele alle scelte compiute dal legislatore, costituzionale o ordinario, anche se nell’animo del giurista possa premere il dissenso e forse l’attesa di un nuovo ordine.