



ENRICO SCODITTI

Consigliere della Suprema Corte di Cassazione

## CONTRATTO, GIUDICE E COSTITUZIONE \*

SOMMARIO: 1. *Giurisprudenza costituzionale e squilibrio contrattuale.* – 2. *Il contratto fra autoregolamento e fattispecie.* – 3. *Dalla fattispecie legale ai principi costituzionali.* – 4. *Un diritto casistico.*

1. – Hanno fatto discutere due ordinanze della Corte costituzionale in tema di caparra confirmatoria<sup>1</sup>. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, 2° comma, c.c., nella parte in cui la norma non consente di ridurre la caparra confirmatoria, è stata ritenuta inammissibile da Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248 e 2 aprile 2014, n. 77 perché di fronte ad un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte, quale la previsione di una caparra manifestamente eccessiva, il giudice comune può d'ufficio rilevare la nullità della clausola per contrasto con l'art. 2 Cost. in combinato disposto con il canone della buona fede. Nei commenti a queste ordinanze sono state evidenziate alcune indubbe criticità nell'argomentazione seguita dalla Corte, che possono essere riassunte nell'ineducibilità dal mero squilibrio di diritti e obblighi della nullità di un contratto di diritto comune. Lo squilibrio rileva solo alle condizioni previste dalla legge (ad esempio l'art. 33 del codice del consumo, come si è visto) ed è dunque assai problematico farne discendere la nullità del contratto, per una ipotesi non prevista dalla legge, e quale diretta attuazione del principio costituzionale di solidarietà. Non è il caso qui di richiamare quanto scritto da Luigi Mengoni, e cioè che la clausola di correttezza e buona fede non ha bisogno dell'integrazione con il principio costituzionale di cui all'art. 2 Cost. per operare esprimendo essa stessa un dovere di solidarietà fra le parti del rapporto<sup>2</sup>. È sufficiente osservare che stante la distinzione fra regole di validità e regole di comportamento, e la possibilità di superare quella distinzione solo per volontà del legislatore, la violazione della buona fede non può essere di per sé causa di nullità del contratto, ma solo di responsabilità risarcitoria. Questi argomenti sono difficilmente confutabili. Il punto è un altro.

---

(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».)

<sup>1</sup> Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, *Foro it.*, 2014, I, 382, con osservazioni di F. P. PATTI e 2 aprile 2014, n. 77, *ibid.*, 2035, con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, R. PARDOLESI, *Un nuovo superpotere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, e G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*; si veda anche G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, 927 ss..

<sup>2</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1997, I, 9.

## JUS CIVILE



Ciò che bisogna considerare è che il giudice costituzionale ha nella sostanza affermato che, in presenza di una clausola contrattuale non equa e gravemente sbilanciata in danno di una parte, non vi sono le condizioni per dichiarare incostituzionale la norma, ma è compito del giudice comune trovare il rimedio nella singola controversia per risolvere quella grave iniquità. Possiamo immaginare che il giudice trovi il rimedio per un negozio gravemente squilibrato mediante il diretto riferimento ai principi costituzionali?

La triade contratto, giudice e Costituzione non può funzionare finché restiamo sul piano del negozio come fattispecie perché, a questo livello, la disciplina del contratto è affidata alla legge e la Costituzione può intervenire solo a determinate condizioni. Si deve cioè trattare non di un principio, come nel caso dell'art. 2 Cost, ma di una regola sufficientemente determinata e che sia riferibile alla materia contrattuale, ipotesi che si realizza ad esempio nell'art. 36 Cost. che fa della "retribuzione sufficiente" il parametro certo ed oggettivo di individuazione del livello di retribuzione idoneo ad assicurare al lavoratore "un'esistenza libera e dignitosa"<sup>3</sup>. Anche il richiamo alla meritevolezza, su cui si registrano alcuni recenti arresti della giurisprudenza di legittimità soprattutto in materia assicurativa<sup>4</sup>, non pare risolutivo. La giurisprudenza ha esteso il controllo sulla base dell'art. 1322, comma 2, c.c. anche alla singola clausola atipica nell'ambito di negozio tipico, ma il sindacato sull'autonomia privata concerne qui il profilo dell'atipicità e non la grave iniquità come tale della clausola. Oggetto di valutazione non è lo squilibrio come tale ma l'estraneità al tipo del regolamento, tant'è che in presenza di negozio o clausola tipici, affetti da grave iniquità, la norma di cui all'art. 1322, comma 2, non viene assolutamente in rilievo. Infine non possiamo fare riferimento alla causa del contratto: il massimo che il controllo causale può concedere è quello della mancanza di controprestazione (o del suo valore meramente simbolico), sempre che tale carenza di giustificazione dello spostamento patrimoniale non sia apparente e non sia quindi assistita da un interesse delle parti meritevole di tutela<sup>5</sup>.

Torniamo alla nostra domanda: possiamo affidare il sindacato del giudice sul contratto ai principi costituzionali, o meglio al bilanciamento fra principi relativo alle circostanze del caso? Per rispondere a questa domanda dobbiamo radicalmente mutare il punto di vista. Il nodo di fondo è il seguente: la giuridicità del contratto si esaurisce nella fattispecie o vi è lo spazio per

---

<sup>3</sup> G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 247 ss. e ID., *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in ID. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 93 ss..

<sup>4</sup> Cass. 6 maggio 2016, n. 9140, *Foro it.*, 2016, I, 2014 con note di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta* e A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, nonché Cass. 28 aprile 2017, n. 10506, *id.*, 2017, I, 1919 con nota Di A. PALMIERI- R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*; con riferimento al settore dell'intermediazione finanziaria si veda Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, *Banca, borsa ecc.*, 2016, II, 137 con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi e equilibrio contrattuale*.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. 4 novembre 2015, n. 22567, *id.*, 2016, I, 2905 con nota di E. SCODITTI, *Lo squilibrio contrattuale dalla fattispecie all'autoregolamento*.

# JUS CIVILE



un diritto contrattuale che trascenda la fenomenologia degli effetti della fattispecie legale. Se questo spazio c'è, allora giudice e principi costituzionali possono entrare in campo. Se riteniamo che l'area del contratto si esaurisca nella fattispecie prevista dalla legge, il compito del giudice è limitato all'applicazione del codice civile e delle leggi speciali, nonché delle poche regole costituzionali, quali l'art. 36 Cost., che possono direttamente operare.

2. – Per sciogliere il nodo si deve prendere le mosse da quello che possiamo definire l'enigma dell'autonomia privata. Si deve al magistero di Emilio Betti la definizione dell'autonomia privata come fenomeno sociale e dell'intervento dell'ordinamento giuridico come regolazione di un fatto sociale e non attribuzione di una potestà normativa. “Ben lungi dal fondarsi su di una delegazione di poteri, su di una investitura dall'alto, la competenza dispositiva dei privati deriva dal fatto che l'ordine giuridico riconosce e sanziona un'autonomia che i privati stessi esplicano già sul terreno sociale nei rapporti fra loro”<sup>6</sup>. Il fatto sociale dell'autonomia privata non è riducibile al comune fatto giuridico quale *l'insula in flumine nata* o il possesso perché qui, a differenza che negli altri casi, scrive Betti, la fattispecie “contiene già, essa stessa, l'enunciazione o l'attuazione di un precetto”<sup>7</sup>. L'ordinamento giuridico recepisce il precetto privato in quanto dover essere posto dall'autonomia sociale e lo trasforma in precetto giuridico, munendolo della sanzione del diritto. “Giova insistere che il precetto è il negozio: non già che esso scaturisca dal negozio. Dal negozio scaturiscono nuove situazioni e rapporti giuridici”<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 46 ss..

<sup>7</sup> *Ibidem*, 48.

<sup>8</sup> *Ibidem*, 154 nt. 5. Alla dottrina dell'autonomia sociale Natalino Irti contrappone la concezione normativa dell'autonomia privata, in base alla quale l'autonomia non preesiste ma è prodotta dalle norme, le quali “non narrano né ritraggono un'esterna realtà, ma *costituiscono* una lor propria realtà” (N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, 60), coerentemente all'insegnamento di Kelsen secondo cui non vi sono qualità originarie indipendenti dalla legge, ma tutto va racchiuso e spiegato entro l'ordinamento (ID., *Autonomia privata e forma di Stato. Intorno al pensiero di Hans Kelsen*, in L. GIANFORMAGGIO- M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, 1997, 438). Il campo delle regole costitutive, le quali creano il fatto che regolano, è però circoscrivibile solo a quei fatti che non sono descrivibili senza il sistema di regole, ad esempio il processo giurisdizionale. Vi è poi il campo esteso delle regole regolative, dove il fatto, in quanto precedente la regola, può essere descritto senza il riferimento ad essa (R. GUASTINI, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, in U. SCARPELLI – a cura di –, *La teoria generale del diritto, problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983, 153 ss.). Come scrisse A. FALZEA nel suo lontano *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 37, la rilevanza giuridica “è una qualità che, come tale, richiede necessariamente e presuppone un oggetto cui essere attribuita ed al quale risulta inscindibilmente collegata. Un sistema di valutazioni è inammissibile perché rimarrebbe sistema di virtualità; per partecipare allo stadio di effettualità, in cui soltanto il diritto spiega la sua funzione sociale, è necessario che subentrino elementi della realtà extragiuridica”. Falzea è parte di una lunga e risalente tradizione di pensiero, cui va ascritto anche Betti, secondo cui la norma consta di un elemento formale, che è l'attività di qualificazione, e di un elemento materiale, che è la realtà extranormativa oggetto di qualificazione (A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell'esperienza giuridica*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1929, 393 ss. e in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 245 ss.; in campo penalistico, M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 67). “I pensieri senza contenuto sono vuoti, le intuizioni senza concetti sono cieche. È quindi necessario tanto rendersi i concetti sensibili (cioè aggiungervi l'oggetto dell'intuizione), quanto rendersi intelligibili le intuizioni (cioè ridurle sotto i

## JUS CIVILE



Il negozio appartiene allo stesso *genus* del fatto giuridico, ma «deve convenirsi che esso rileva sul piano dinamico diversamente dagli altri fatti giuridici», osserva Renato Scognamiglio<sup>9</sup>. Per mantenere la coerenza della funzione precettiva del negozio allo schema di fattispecie Scognamiglio deve riformulare la stessa nozione di fatto giuridico. Mentre per Falzea tratto distintivo della giuridicità era l'efficacia quale collegamento dell'effetto giuridico al fatto, Scognamiglio pone al centro la categoria di rilevanza quale espressione giuridica del fenomeno sociale nella sua essenza reale<sup>10</sup>. La sostituzione del criterio dell'efficacia con quello della rilevanza comporta che l'effetto della fattispecie negoziale, conseguente alla recezione del negozio sul piano dell'ordinamento, coincida non con le concrete statuizioni del regolamento, i c.d. effetti finali, ma con la vincolatività dello stesso (la “forza di legge tra le parti” del contratto di cui all'art. 1372 c.c.)<sup>11</sup>. Gli effetti costitutivi, modificativi ed estintivi del regolamento contrattuale restano all'esterno della fattispecie, la quale ne costituisce solo lo strumento di realizzazione.

Il riconoscimento dell'autoregolamento sociale come tale sul piano dell'ordinamento giuridico non comporta la ricomprensione integrale del negozio nello schema della fattispecie, pur rinnovato mediante il riferimento alla nozione di rilevanza, perché l'effetto giuridico di quel riconoscimento coincide con la vincolatività *inter partes* del regolamento, non con le sue concrete statuizioni. Grazie alla centralità della categoria di rilevanza la recezione del negozio sul piano dell'ordinamento resta coerente alla natura del fenomeno, che è di autoregolamentazione sociale, ma proprio il riconoscimento del fenomeno come tale, e la limitazione dell'efficacia giuridica all'effetto dell'impegnatività, tradisce l'irriducibilità del negozio alla struttura della fattispecie legale. Quest'ultima, per concludere, non ingloba la regola privata: mediante l'effetto dell'impegnatività ne è solo il mezzo di attuazione.

Due opere importanti della civilistica della metà del secolo scorso delineano i tratti del negozio come regolamento non riducibile allo schema della fattispecie, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, di biagio de giovanni (Napoli, 1958), e *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano, 1969), di stefano rodotà. Mentre de Giovanni mantiene l'inquadramento del negozio nella struttura della fattispecie giuridica, puntando alla risoluzione sul piano logico del dilemma di una figura che è ad un tempo fatto e valutazione del fatto, Rodotà si spinge più in là, liberando completamente il contratto dalla veste di fattispecie e concependolo puramente e semplicemente come regolamento, imputabile ad una pluralità di fonti (le parti, la legge, il giudice).

---

concetti)” (I. KANT, *Critica della ragion pura*, I, Roma-Bari, 1977, 94). Benché l'autonomia sociale sia colta mediante i concetti qualificatori (“le intuizioni senza concetti sono cieche”), essa costituisce ciò nondimeno l'oggetto cui si riferisce la qualificazione, la quale se non è valutazione di un *quid* preesistente resta pura virtualità (“i pensieri senza contenuto sono vuoti”). Se il fatto è inteso come “evento informe e insignificante” (N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 39), per essere il caso interamente costituito dalla norma, allora la qualificazione è destinata a “girare a vuoto in assenza di attrito” (J. MCDOWELL, *Mente e mondo*, Torino, 1999, 11).

<sup>9</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Milano, 1969, 27.

<sup>10</sup> ID., *Fatto giuridico e fattispecie complessa. Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 350 ss.

<sup>11</sup> ID., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 304.

# JUS CIVILE



Accade così che la fonte privata del regolamento contrattuale, al pari di quella legislativa, disciplini gli stessi effetti giuridici<sup>12</sup>.

L'enigma dell'autonomia privata risiede nel fatto che per un verso il contratto in quanto regolamento non è riducibile al comune fatto giuridico, per l'altro data la sua origine sociale non acquista la qualità di fonte di diritto in senso formale e resta estraneo alla enumerazione delle fonti contenuta nell'art. 1 delle preleggi. La concezione di Hans Kelsen del negozio giuridico quale "fattispecie produttrice di norme"<sup>13</sup>, collocata in basso alla struttura piramidale dell'ordinamento, è rimasta isolata, mentre ha prevalso la concezione dell'autoregolamentazione sociale che precede l'intervento dell'ordinamento giuridico. Superato il controllo di legalità im-

---

<sup>12</sup> Seguendo l'impostazione di Rodotà, una volta che sia stata esclusa la natura di fattispecie del contratto, gli effetti riconducibili alla legge non costituiscono conseguenza di una fattispecie negoziale, ma sono effetti direttamente riconducibili alla fonte legislativa. A cavallo degli anni Sessanta e Settanta si è svolta nell'ambito della civilistica un'importante discussione sulla compatibilità dell'intervento statale nei rapporti economici con il fenomeno dell'autonomia privata, cui abbiamo fatto cenno nella premessa. La tesi della riconducibilità dell'intervento statale al piano degli effetti della fattispecie negoziale è stata sostenuta da A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, 69, mentre quella della estraneità alla fattispecie contrattuale ha seguito due vie, quella di Rodotà, basata sulla estraneità dello stesso contratto allo schema di fattispecie e sul concorso di fonti, e quella di P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 152 ss., secondo cui la norma d'intervento ha ad oggetto una fattispecie indipendente da quella negoziale (conforme è N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 260 ss.). Solo guardando al contratto come regola e non fattispecie è possibile superare l'obiezione secondo cui il legislatore ed il giudice non possono partecipare alla conformazione del contenuto contrattuale, ma solo collegarvi effetti giuridici, perché non possono modificare il modo di essere della realtà, ma solo valutarla (P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., 161 ss. e 260 ss.). Se il contratto è regola, esso si pone sul piano del dover essere e non dell'essere, e dunque altre fonti possono partecipare alla definizione del suo contenuto.

La questione di fondo è in realtà quella del contenuto della norma giuridica. "Le norme giuridiche che stabiliscono i modi di formazione di contratti, testamenti, matrimoni validi, non impongono alle persone di agire in un certo modo indipendentemente dai loro desideri. Queste leggi non impongono doveri od obblighi. Viceversa esse attribuiscono agli individui dei mezzi per realizzare i loro desideri, conferendo loro i poteri giuridici di creare, mediante certe procedure specifiche soggette a date condizioni, delle strutture di diritti e doveri nella cornice coattiva del diritto" (H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, 35 – questa classificazione rispecchia la distinzione fra associazione civile ed associazione d'impresa in M. OAKESHOTT, *La condotta umana*, Bologna, 1985, *passim*). Si deve allora distinguere fra norme strumentali (o di azione) e norme materiali (o di relazione): le prime considerano il contratto come fattispecie e forniscono il mezzo mediante cui i privati, conseguendo l'effetto giuridico della vincolatività negoziale, fissano l'assetto d'interessi attraverso una determinata distribuzione di diritti e obblighi; le seconde guardano al contratto come regolamento, concorrendo quale fonte direttamente alla definizione del suo contenuto, mediante la determinazione di diritti e obblighi. Del resto, la stessa teorica della fattispecie sottolinea che le regole di comportamento rappresentate dalla normativa di correttezza in sede di formazione del contratto restano estranee al piano dei requisiti di validità. La distinzione rileva soprattutto in relazione alla disciplina sopravvenuta alla conclusione del contratto. Mentre le norme sulla fattispecie sopravvenute non sono applicabili, avendo il fatto già prodotto gli effetti conformi alla disciplina vigente all'epoca della sua verifica (salvo che non si tratti della disciplina degli effetti in quanto tali), le norme materiali sopravvenute sono applicabili perché come il contenuto del regolamento negoziale può variare per una diversa determinazione della fonte privata, così anche la fonte legale può mutare i termini dell'integrazione eteronoma del regolamento (o addirittura addivenire alla sua integrazione successivamente alla conclusione del contratto). Entro questi limiti una legge modificativa non è qualcosa di diverso da un negozio modificativo.

<sup>13</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1975, 287. Nella dottrina italiana del secolo scorso la collocazione del negozio nel gradino più basso del sistema delle fonti non ha trovato ospitalità, salvo alcune voci isolate (ad esempio, L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959).

# JUS CIVILE



putabile alla fattispecie legale, il contratto, “legge” per le parti, si trova in uno spazio che non è né quello della fattispecie né quello della fonte di diritto.

3. – Se il contratto fosse una fonte formale di diritto il giudizio di conformità al diritto si esaurirebbe nel sindacato alla luce della norma superiore, come avviene nel caso del controllo di legittimità della legge in base alla Costituzione. Proprio perché il sindacato di legittimità della legge si esaurisce nel controllo di costituzionalità resta non sindacabile il merito della scelta politica della volontà che ha posto l’atto legislativo. Anche il provvedimento amministrativo partecipa della stessa dialettica fra merito e legittimità che si incontra a proposito della legge. La valutazione di interessi, che residua al giudizio di legittimità, è qui non sindacabile non per l’esistenza della gerarchia delle fonti, cui in base all’art. 1 delle preleggi il provvedimento amministrativo resta estraneo, ma perché il provvedimento è emesso sulla base del potere attribuito dalla norma. Non c’è un potere amministrativo di regolazione degli interessi prima dell’attribuzione normativa del potere. Vagliata la legittimità dell’esercizio del potere sulla base della norma che lo ha attribuito, non resta che il merito quale espressione della volontà che ha posto l’atto.

Non così nel negozio dove l’autoregolazione degli interessi ha una genesi sociale e non deriva da un potere attribuito dall’ordinamento. Il diritto si limita a disciplinare un fatto sociale che lo precede e che ha una peculiare struttura precettiva. Nel caso del contratto il giudizio di legittimità alla stregua della fattispecie legale non esaurisce la valutazione giuridica perché il contratto, in quanto autoregolamentazione di interessi, non è un comune fatto giuridico. Lo schema di fattispecie non può inglobare un fatto che non è un comune fatto, ma è una regola. All’esito delle riduzioni e integrazioni del regolamento cui provvede la disciplina della fattispecie resta sporgente una regolazione d’interessi, che la struttura di fattispecie legale non può assorbire e che pertanto non può essere concepita come merito insindacabile. Il presupposto della non sindacabilità delle scelte della volontà che ha posto l’atto è l’esaurimento del giudizio di conformità al diritto sulla base del controllo di coerenza alla norma costituzionale, come avviene nel caso delle legge, o alla norma attributiva del potere, come nel caso del provvedimento amministrativo. Il giudizio di conformità al diritto non si esaurisce invece nel controllo del contratto alla luce della fattispecie legale perché il negozio è autoregolazione sociale che precede il sistema normativo di attribuzione dei poteri e non fonte formale di diritto. Inoltre, in quanto regolazione, eccede la struttura della fattispecie. Permane quindi una carica regolamentare non riducibile a merito, inteso come espressione della volontà che ha posto l’atto. Tale carica regolamentare resta valutabile dal punto di vista del diritto e, trattandosi di materia non circoscrivibile nel perimetro della fattispecie contemplata dalla legge (e residua al filtro di quest’ultima), non resta che il diritto costituzionale, e segnatamente i principi costituzionali.

Si apre un territorio inesplorato per il sindacato del giudice. Il controllo giudiziale di un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte ricade nella sfe-



## JUS CIVILE



ra del bilanciamento dei principi costituzionali relativo alle circostanze del caso. Volontà privata non sindacabile è solo quella che resiste al giudizio di conformità alla regola giuridica del caso concreto derivante dal bilanciamento dei principi. È quest'ultima regola che fornisce il criterio per valutare se c'è uno squilibrio rilevante per il diritto. L'applicabilità delle norme costituzionali al contratto non soffre delle limitazioni che abbiamo sopra evidenziate (deve trattarsi di regola sufficientemente determinata inerente alla materia contrattuale), le quali sono relative alla disciplina di una fattispecie e non al giudizio di legittimità di una (ormai pura) regolazione di interessi di origine sociale. A questo stadio vengono in rilievo non le regole, sufficientemente determinate ed inerenti alla materia costituzionale, desumibili dalle norme della Costituzione, ma i principi costituzionali. Il giudice provvede all'individuazione della norma concreta di diritto bilanciando, in relazione alle circostanze del caso, il complesso dei principi costituzionali che vengono in rilievo sulla base del particolare esercizio dell'autonomia privata. Nell'art. 41 Cost. sono racchiusi principi che possono entrare in contrasto avuto riguardo alle caratteristiche della singola vicenda contrattuale (da una parte la libertà dell'iniziativa economica privata, dall'altra l'utilità sociale e le istanze della sicurezza, libertà e dignità umana) e che postulano una ponderazione in concreto e all'insegna del criterio della proporzionalità. I principi costituzionali non soffrono della limitazione rappresentata dall'inerenza alla materia, come nel caso delle regole, perché è il caso concreto, e non l'astratta materia, ad implicarne il coinvolgimento. Anche il principio di solidarietà economica e sociale, dettato dall'art. 2 Cost., può dunque entrare in gioco, se il caso specifico lo richiede<sup>14</sup>.

Non si deve passare attraverso un'integrazione di Costituzione e norme del codice civile, anche nella forma delle clausole generali, come avvenuto nelle ordinanze della Corte costituzionale in materia di caparra confirmatoria, perché proprio l'appello ai principi costituzionali in funzione di disciplina del caso presuppone che la legge abbia esaurito il suo compito disciplinare. Siamo oltre la logica della fattispecie e del giudizio di legalità, secondo la quale *ubi ius ibi remedium*. La stessa interpretazione conforme a Costituzione, in quanto pur sempre applicazione di norme legislative, resta sul piano della fattispecie legale. Se la controversia è risolta sulla base della applicazione diretta dei principi costituzionali e non della legge, allora si ha che *ubi remedium ibi ius*.

La nullità non può venire in rilievo perché è istituito inerente alla fattispecie legale. Non viene in gioco neanche la categoria d'inefficacia. L'efficacia, quale produzione degli effetti giuridici, è ancora manifestazione della fattispecie e qui siamo oltre la fattispecie. Ciò che rileva è più propriamente l'attuazione del negozio, valido ed efficace. Va qui ripresa la distinzione fra efficacia ed esecuzione, la prima quale estrinsecazione della fattispecie legale mediante la pro-

---

<sup>14</sup> Secondo G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., 262 ss. l'art. 2 Cost. non è applicabile al contratto stante l'estraneità alla relazione contrattuale, caratterizzata dalla contrapposizione di interessi, del principio di solidarietà. L'argomento dell'inerenza alla materia concerne le regole e non i principi, perché ciò che di questi ultimi condiziona l'applicabilità, nella forma del bilanciamento con altri principi, sono le caratteristiche del caso concreto e non la materia in senso astratto.

# JUS CIVILE



duzione dell'effetto giuridico e la seconda quale realizzazione del programma d'interessi sul piano del fatto<sup>15</sup>. Il sindacato del giudice sul contratto mediante i principi costituzionali, in quanto estraneo (e successivo) a quello relativo alla fattispecie legale, incide non al livello degli effetti, e cioè della validità e dell'efficacia, ma al livello del fatto, e cioè dell'esecuzione. Il regolamento d'interessi iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte è un regolamento legalmente valido e produttivo di effetti giuridici, ma la parte contrattuale pregiudicata, convenuta in giudizio per l'esecuzione del negozio, può eccepirne la non opponibilità alla luce del bilanciamento in concreto dei principi che consenta di qualificare l'accordo negoziale in termini di grave iniquità. A quel regolamento, valido ed efficace, non può essere prestata esecuzione perché lo squilibrio che connota il programma d'interessi è fatto impeditivo della sua attuazione. Il negozio non è inefficace, ma la possibilità materiale di metterlo in esecuzione è impedita dall'eccezione di squilibrio significativo, eccezione in senso lato e dunque rilevabile d'ufficio dal giudice<sup>16</sup>.

La vicenda diventa a questo punto tutta processuale perché il diritto rimediabile acquista visibilità quale tutela essenzialmente processuale. Come nello *ius honorarium* che scaturì dalla giurisdizione dei pretori a Roma, il diritto della parte convenuta in giudizio per l'adempimento del contratto gravemente squilibrato si presenta nella forma della possibilità di sollevare una *exceptio*. Uno strumento a disposizione della prassi è quello della paralisi in sede processuale dell'eseguitività di un accordo valido mediante l'*exceptio doli generalis*, ma in un'ottica puramente rimediabile altre forme di tutela possono essere identificate nella risoluzione delle singole controversie.

4. – Fra principi costituzionali e rimedi volta a volta da esperire il giudice, privato dello scudo protettivo della legge, può sembrare solo. Si tratta tuttavia di una solitudine apparente. Il sindacato sul contratto alla luce dei principi costituzionali rinvia alla formazione di un diritto casistico nel quale il punto di appoggio del giudice è la catena dei precedenti al cui sviluppo anch'egli è chiamato a contribuire attivamente. La risoluzione della controversia mediante il bilanciamento dei principi costituzionali, e senza passare attraverso l'interposizione della legge, comporta il carattere vincolante del precedente giudiziario.

---

<sup>15</sup> A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, *passim*, che ricorda anche come l'esecuzione possa assurgere a fattispecie produttiva di effetti giuridici nelle ipotesi in cui sia contraddistinta da effetti che non si identificano con quelli della fattispecie contrattuale (ivi, 26). Qui si intende però evidenziare la diversità di piani fra esecuzione ed efficacia (della fattispecie contrattuale), la quale a sua volta rinvia all'emancipazione delle vicende del rapporto fra i contraenti dalla fattispecie negoziale cui ha dato avvio nella dottrina italiana Alberto Auricchio (su questa evoluzione della civilistica si veda E. SCODITTI, *Il contratto fra legalità e ragionevolezza*, in *Foro it.*, 2015, V, 417).

<sup>16</sup> L'eccezione, salvo il caso delle eccezioni in senso stretto, è rilevabile d'ufficio perché compito del giudice è quello di pronunciare intorno alla rilevanza giuridica della realtà storica indicata dall'attore (Cass. 3 febbraio 1998, n. 1099, *id.*, 1998, I, 764).



# JUS CIVILE



Lo *stare decisis* è incompatibile con un sistema a dominanza legislativa perché il giudice è soggetto alla legge e non al principio di diritto enunciato dal precedente giudiziario. Se però il giudice deve applicare non la norma legislativa, ma quella risultante dal bilanciamento dei principi costituzionali in relazione alle circostanze, non c'è soggezione del giudice alla legge (non avendo questa trovato applicazione) e lo *stare decisis* diventa operante perché solo nel precedente si è manifestato il diritto del caso concreto. Ciò che invero è vincolante non è la statuizione giudiziale, ma la norma concreta di diritto di cui quella statuizione ha fatto applicazione. Proprio perché fra il giudice ed il caso non si interpone la legge acquista vigore la norma applicata nel singolo caso ed identificata mediante il bilanciamento in concreto dei principi. Il riferimento al precedente da parte del giudice non corrisponde però alla sussunzione del caso concreto nella fattispecie generale e astratta.

Il giudizio sussuntivo presuppone uno schema tipico definito da una serie di elementi i quali devono essere tutti presenti nella fattispecie concreta, che risulta così dedotta da quella astratta. Nell'ipotesi dello *stare decisis* il rapporto è fra concreto e concreto ed opera il giudizio non sussuntivo, ma riconduttivo. Il caso successivo non può essere sussunto nella norma di carattere concreto, enunciata nel caso precedente, ma solo ricondotto ad essa, in forma più o meno intensa. Non tutti gli elementi dell'un caso devono infatti essere presenti nell'altro, proprio perché il confronto non è fra astratto e concreto, ma fra concreto e concreto. La corrispondenza fra casi è suscettibile di diverse graduazioni, e questo fonda le raffinate tecniche del *distinguishing* e del *limiting* elaborate dal giudice anglosassone. Si procede attraverso accostamenti e differenziazioni. È una forma di calcolabilità e prevedibilità del diritto diversa da quella consegnata dalla forma di legge e che opera attraverso il gioco delle similitudini e delle differenze<sup>17</sup>. È, in definitiva, una nomofilachia del concreto, nella quale il principio di diritto resta ancorato alle circostanze del caso concreto, senza connotazioni astratte e generali.

Il sindacato del giudice sul contratto alla stregua dei principi costituzionali si iscrive nella logica incrementale e cumulativa del diritto casistico. Il giudice non è solo ma è parte della “catena narrativa” che per Ronald Dworkin caratterizza la sequenza dei precedenti giudiziari. La catena giurisprudenziale sul “sindacato di costituzionalità” del contratto è ancora tutta da scrivere nella nostra tradizione continentale.

---

<sup>17</sup> Per ulteriori approfondimenti rinviamo a E. SCODITTI, *Il diritto che non viene dal sovrano e il precedente giudiziario*, in *Giust. civ.*, 2017, 277 ss. e ID., *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., 167 ss.