

ENRICO SCODITTI\*

## Il diritto privato dopo la stagione della postmodernità

### ENGLISH TITLE

Private Law after the Season of Postmodernity

### ABSTRACT

The complexity of the current season of private law cannot be reduced to the pattern of postmodernity to which some legal essays refer. Proof of this is the fact that a great narrative, such as the doctrine of *negozio giuridico*, offers the tools to deal with a highly topical issue, such as that of the unfair contract. Two classic subjects of the postmodern view of private law, consumer contracts and jurisdiction by general clauses, disclose the existence of a point of view that places itself after the same season of postmodernity and that marks the passage from a merely hermeneutic rationality to a normative one.

### KEYWORDS

Private Law – Postmodernity – Consumer Contracts – General Clauses – Normative Rationality.

### 1. LA CONDIZIONE POSTMODERNA NEL DIRITTO PRIVATO

Da qualche tempo circola nella saggistica giuridica, ed in particolare in contributi che si muovono nell'ambito della civilistica, l'espressione "postmoderno". Un bel po' di anni dopo l'apparizione in Francia (1979) del fortunato volume di Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne*, può dirsi ormai aperta nella saggistica sul diritto privato la stagione della postmodernità. Al di là della più o meno recente introduzione della denominazione, i caratteri di quella stagione risalgono nel tempo molto indietro e, se scorgiamo nella moltiplicazione delle fonti del diritto uno degli elementi caratterizzanti della cosiddetta postmodernità giuridica, possiamo dire che il postmoderno inizia con il ridimensionamento della centralità del codice civile e l'apparizione sulla scena di una legislazione speciale sempre più imponente, in una parola il processo che

\* Consigliere della Suprema Corte di Cassazione.

fu felicemente definito di “decodificazione”. La normativa di fonte comunitaria ha poi completato il superamento del modello monistico basato sulla forma codice.

Il libro di Lyotard era, in realtà, un “rapporto sul sapere”. Ciò che esso registrava era un dato di ordine epistemologico, e cioè che “la grande narrazione ha perso credibilità”<sup>1</sup>. Per il diritto la “grande narrazione” sono le categorie tradizionali della dogmatica, di cui sono una mirabile sintesi, nella civilistica italiana, le *Dottrine generali del diritto civile* di Francesco Santoro-Passarelli. Quelle categorie erano state costruite avendo come riferimento l’impianto del codice civile. La decodificazione non poteva lasciare insensibile la grande narrazione che si era sviluppata intorno alla forma codice. L’irruzione delle direttive comunitarie in materia di contratti dei consumatori mise in campo un patrimonio di nozioni che marginalizzava l’antica centralità delle categorie negoziali. Il passaggio dalla modernità alla postmodernità viene così dipinto da Nicolò Lipari, uno dei protagonisti dell’odierna discussione sulle categorie civilistiche: la regola giuridica non è più un enunciato presupposto, ma corrisponde all’esito della sua applicazione ed è dunque oggetto di riconoscimento; pertanto il sistema non corrisponde ad un punto di partenza, ma è un risultato sottoposto ai costanti adattamenti e modifiche cui l’esperienza pratica lo sottopone<sup>2</sup>. La centralità del momento applicativo rinvia all’altro tassello della fine della grande narrazione sul diritto: non solo moltiplicazione delle fonti e superamento della dogmatica come sapere astratto, ma anche carattere eminentemente giurisprudenziale del diritto.

Gilles Deleuze, uno dei maestri della stagione della postmodernità, vede nella giurisprudenza e nel diritto casistico la caratteristica propria dell’esperienza giuridica<sup>3</sup>. Centralità delle corti significa valorizzazione crescente, al fianco del diritto per fattispecie legali, del diritto per principi costituzionali e per clausole generali, di cui buona fede e correttezza costituiscono una delle manifestazioni più diffuse nella pratica giurisprudenziale. Il diritto per fattispecie legali è suscettibile di ricadere nella visione postmoderna grazie al lato dell’interpretazione, una volta che questa venga svincolata dall’istituto giuridico quale entità astratta e venga intesa in chiave spiccatamente ermeneutica come dipendenza dal caso. Il versante tuttavia della sussunzione, quale giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta a quella astratta, costituisce il lato passivo del giudicare per fattispecie legali a fronte dell’attivismo che comporta la tecnica della clausola generale. Qui è il giudice che crea la regola del caso, concretizzando sulla base delle circostanze il precetto contenuto nella

1. Lyotard (1979), trad. it. 1981, p. 69.

2. Vanno in questa direzione i recenti contributi di Lipari, 2013, 2017, 2019.

3. Deleuze (1988), trad. it. 1990, p. 102 (si veda anche de Sutter [2009], trad. it. 2011, pp. 80-90).

clausola generale. La giurisdizione per principi costituzionali è quanto poi caratterizza il giudicare quando manchi la fattispecie legale in cui sussumere il caso. Come affermato dal giudice costituzionale, a fronte della carenza di una specifica fattispecie legale nella quale sussumere il caso spetta al giudice del caso concreto ricostruire la regola di giudizio attingendo direttamente ai principi costituzionali e provvedendo al loro bilanciamento<sup>4</sup>.

La giurisdizione per principi o per clausole generali sembra la sfera elettiva di quel ritorno della fattualità nel diritto di cui si è fatto portatore Paolo Grossi, altro protagonista di una stagione che lo stesso Grossi definisce “pos-moderna”<sup>5</sup>. A ragione il nostro autore rifiuta l’appiattimento all’ordine giuridico medievale del suo richiamo alla potenza del fatto nel diritto<sup>6</sup>. Il rei-centrismo del diritto medievale riposa su una sostanza che è al fondo di ogni caso controverso e che è compito dell’interprete scoprire e portare alla luce. Quella sostanza corrisponde all’*aequitas* che unifica la molteplicità dei casi, che vengono così ricondotti ad un impianto unitario. La “pos-modernità” per Grossi significa invece prendere sul serio la singolarità del caso, perché la fattualità del diritto “si concretizza nella inseparabilità fra fatti e diritto; anzi, in una enorme virulenza dei fatti, che hanno la vigoria di condizionare il diritto e di plasmarlo”<sup>7</sup>.

Il paesaggio postmoderno del diritto privato viene così delineandosi nei seguenti termini: sovrapposizione alla forma codice di una congerie di leggi speciali e di fonti cui manca un principio interno di organizzazione unitaria; ascrizione della dogmatica tradizionale a grande narrazione distante dalle esigenze di giustizia che il caso evoca; primato del carattere giurisprudenziale del diritto. Da questo paesaggio sembra assai distante la vigorosa riabilitazione della fattispecie che in numerosi scritti Natalino Irti propone<sup>8</sup>. In realtà il ritorno del formalismo della legge consegue alla dissoluzione del fondamento oggettivo della giustizia<sup>9</sup> e costituisce la risposta al soggettivismo che caratterizzerebbe il diritto per principi o per clausole generali. Anche il formalismo estremo che soggiace a questo recupero della fattispecie legale è parte del discredito delle grandi narrazioni che connota il postmoderno perché, allo stesso modo del primato della sfera giurisprudenziale, muove dalla fine di un’oggettività presupposta che funga da garante della giustizia del sistema. La tradizione che qui viene superata non è quella della dogmatica astratta o quella del monismo della forma codice, ma quella dell’antica unità di diritto e

4. Corte cost. 5 febbraio 1998, n. 11, *Il Foro italiano*, 1998, I, col. 996 e 26 settembre 1998, n. 347, *ibid.*, col. 3042.

5. L’ultimo lavoro di Paolo Grossi reca il significativo titolo *Oltre la legalità* (2020).

6. Grossi, 2017, pp. XX-XXI.

7. Grossi, 2015, p. 34.

8. Per tutti si vedano gli scritti raccolti in Irti, 2016.

9. Irti, 2019.

giustizia, per approdare ad una legittimazione del diritto improntata alla mera razionalità formale. Si tratta di una visione per così dire crepuscolare, che risente del disincanto della lezione di Max Weber, e che è del tutto assente nell'impostazione di Lipari e di Grossi. In comune c'è però la fine di una grande narrazione ed in questo senso anche il "salvagente" della forma cui Irti si affida è parte della stagione della postmodernità.

## 2. QUALE USO DELLA DOGMATICA NELLA POSTMODERNITÀ: GIUSTIZIA CONTRATTUALE E CATEGORIE NEGOZIALI

L'esperienza della postmodernità non è riducibile al *topos* del declino della grande narrazione. C'è anche, e soprattutto, il diverso rapporto con la verità che si è fatto avanti nelle scienze umane. La genealogia dei rapporti fra sapere e potere in Michel Foucault, il neo-pragmatismo di Richard Rorty, per menzionare alcune varianti, vanno nella direzione di una concezione pragmatico-operativa delle categorie epistemologiche. La tradizionale dogmatica civilistica era debitrice di una concezione essenzialistica delle categorie, intese come rispecchiamento di entità presupposte. La svolta pragmatista libera nuove funzioni per le antiche e blasonate categorie del diritto civile.

Si dovrebbe perciò tornare ai concetti costruiti intorno agli istituti del diritto civile sulla base di una diversa declinazione di postmodernità e di un diverso rapporto con la nozione di tradizione. Il riferimento è qui alla decostruzione di Jacques Derrida, ma anche, sia pure con diverse tonalità, alla dialettica negativa di Theodor W. Adorno<sup>10</sup>. Seguendo questa impostazione, si tratterebbe di restare nella tradizione decostruendola dall'interno ed ottenendo dallo smontaggio dei sistemi tramandati strutture di pensiero disponibili per nuove configurazioni e nuovi possibili usi. Le categorie della dogmatica, una volta disassemblate dai contesti originari, diventerebbero suscettibili di nuove potenzialità interpretative.

È interessante osservare come una delle questioni della frontiera più avanzata del diritto privato attuale possa essere affrontata con gli strumenti raffinati della dogmatica tradizionale. La questione è quella della giustizia contrattuale, lo strumento è quello, elaborato dalla dottrina italiana del negozio giuridico, della distinzione fra autoregolamento di origine sociale e fattispecie legale.

Con due ordinanze che hanno destato grande discussione, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2°, del codice civile, nella parte in cui la norma non consente di ridurre la caparra confirmatoria, perché, ha affer-

10. Sulla convergenza fra questi due autori, nella direzione indicata nel testo, si veda il risulante scritto di M. Ferraris, 1984.

mato il giudice costituzionale, 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<sup>11</sup>. Il principale argomento critico è stato quello, invero non controvertibile, che la nullità contrattuale può essere predicata soltanto nelle forme tipizzate delle fattispecie legali e non mediante la concretizzazione della clausola generale di buona fede affidata caso per caso al giudice. Alla base di questa critica vi è la distinzione fra le regole di comportamento, quali la correttezza e buona fede, la cui violazione dà luogo al risarcimento del danno, e le regole di validità dell'atto, dalla cui sola violazione può discendere la nullità dell'atto, salvo che sia la legge stessa a prevedere che dalla violazione di una regola di comportamento possa discendere non la responsabilità risarcitoria, ma l'invalidità dell'atto. Sulla base di tali argomenti, la nullità non sembra la via per risolvere il problema del contratto ingiusto. Cosa può dirci, su un tema così nuovo quale quello della giustizia nel contratto, la vecchia dottrina del negozio giuridico? Lo strumento da utilizzare, come si è detto, è quello della distinzione autoregolamento/fattispecie, il quale, come si vedrà subito, schiude addirittura le porte al sindacato giudiziale sul contratto mediante i principi costituzionali.

Si deve ad Emilio Betti la definizione dell'autonomia privata come autoregolamento sociale e dell'intervento dell'ordinamento giuridico come regolazione di un fatto sociale, che precede l'ordinamento, e non attribuzione di una potestà normativa. Il fatto sociale dell'autonomia privata non è riducibile al comune fatto giuridico, come il possesso o l'acquisto per usucapione, perché qui, a differenza che negli altri casi, la fattispecie concreta "contiene già essa stessa l'enunciazione o l'attuazione di un precetto"<sup>12</sup>. Il contratto è regola posta dall'autonomia sociale che l'ordinamento giuridico recepisce e trasforma in precetto giuridico, munendola della sanzione del diritto. Esso non è quindi riducibile allo schema del mero fatto sottoposto alla valutazione del diritto, quale è la comune fattispecie legale. L'ordinamento giuridico collega a quel fatto l'effetto del vincolo giuridico (il contratto ha "forza di legge tra le parti" secondo l'art. 1372 del codice civile italiano), ma le conseguenze che ne derivano in termini di costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici sono quelle previste nella regola posta dai privati già sul piano sociale e prima dell'intervento del diritto<sup>13</sup>. Il contratto in quanto regolamento non è riducibi-

11. Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, *Il Foro italiano*, 2014, I, col. 382; 2 aprile 2014, n. 77, *ibid.*, col. 2035.

12. Betti, 1950, p. 48.

13. Scognamiglio, 1969, pp. 304-328.

le al comune fatto giuridico, ma data la sua origine sociale non acquista la qualità di fonte di diritto in senso formale.

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 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 contratto 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. È questo il portato della distinzione dogmatica fra autoregolamento sociale e fattispecie legale. A differenza di quanto accade con la legge ed il provvedimento amministrativo, il giudizio di conformità al diritto non si esaurisce 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. Si tratta di una carica regolamentare che resta valutabile dal punto di vista del diritto ed a questo punto, esaurita la valutazione mediante la fattispecie legale, non resta che il diritto costituzionale, e segnatamente i principi costituzionali, per la riconduzione del contratto a conformità a diritto.

La vecchia dogmatica apre un territorio inesplorato per il giudice di *civil law*. Il controllo giudiziale di un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte potrebbe ricadere sotto una regola risultante dal bilanciamento dei principi costituzionali relativo alle circostanze del caso, la quale dovrebbe fornire il criterio per valutare se c'è uno squilibrio rilevante per il diritto. Il sindacato del giudice sul contratto mediante i principi costituzionali, in quanto estraneo a quello relativo alla fattispecie legale, dovrebbe riguardare non la validità del contratto, ma la possibilità di darvi esecuzione. La parte contrattuale pregiudicata da un

contratto iniquo, convenuta in giudizio per l'adempimento del negozio, può eccepire in via preliminare che ad esso non può essere prestata esecuzione perché lo squilibrio che connota il regolamento privato ne impedisce l'attuazione<sup>14</sup>.

Che una grande narrazione, quale la dottrina del negozio giuridico, offra gli strumenti per cimentarsi con una questione di grande attualità, quale quella del contratto ingiusto, è la prova della complessità dell'attuale stagione del diritto privato, la quale non può essere circoscritta nel perimetro delle retoriche della postmodernità. Ad uno sguardo attento, due luoghi classici della visione postmoderna sul diritto privato, i contratti dei consumatori e la giurisdizione per clausole generali, rivelano l'esistenza di un punto di vista che si colloca dopo la stessa stagione della postmodernità, o meglio che recupera sulla base di un senso nuovo rispetto all'impianto ermeneutico del diritto postmoderno le caratteristiche morfologiche di quest'ultimo, e cioè le nuove forme di diritto dei contratti che marginalizzano il paradigma del codice civile e l'attivismo giudiziale consentito dall'uso delle clausole generali a fronte della tendenziale passività che caratterizza l'operazione di sussunzione nella fattispecie legale.

Il senso nuovo cui si allude è il passaggio da una razionalità storicistica e meramente ermeneutica, che è quella che soggiace all'idea di postmodernità, ad una razionalità normativa, che non riduce il rapporto con l'esistente alla semplice decifrazione ed interpretazione (o anche contestualizzazione) di ciò che è dato, ma che ambisce ad esercitare una regolazione<sup>15</sup>. Non è questa la sede per un approfondimento del tema, ma la visione postmoderna del pluralismo delle fonti (nazionali, internazionali e sovranazionali) come moltiplicazione eterarchica dei centri di produzione del diritto andrebbe corretta rinvenendo all'interno di quel pluralismo il tessuto connettivo di una trama che tiene insieme le diverse fonti sulla base di una specifica ragione normativa<sup>16</sup>. Nei prossimi paragrafi rileggeremo la figura del contratto del consumatore e la tecnica delle clausole generali alla luce di questa razionalità normativa.

14. Per ogni approfondimento su quanto esposto nel testo si rinvia a Scoditti, 2021.

15. Il punto di vista che qui si privilegia è perciò quello di una concezione normativa della ragione, della quale è stato da sempre strenuo assertore Jürgen Habermas; protagonisti del ritorno ad una concezione normativa sono John Rawls sul piano della filosofia pratica – in epoca più risalente – e, più di recente, Robert B. Brandom sul piano della filosofia teoretica; nella filosofia del diritto è oggi soprattutto Robert Alexy che fa valere una dimensione ideale, corrispondente alla pretesa di correttezza morale che necessariamente il diritto solleva, rispetto alla dimensione reale del diritto emanato e socialmente efficace – Alexy, 2010.

16. Sul punto si rinvia a Palombella, Scoditti, 2021.

3. LA DICHIARAZIONE CONTRATTUALE NEI RAPPORTI DI CONSUMO:  
DALL'ERMENEUTICA AL MODELLO NORMATIVO

La dichiarazione contrattuale, secondo il tradizionale paradigma del codice civile, ha rilevanza essenzialmente ermeneutica. Essa è l'oggetto di un'interpretazione, è una "forma rappresentativa", per riprendere il concetto fondamentale della teoria ermeneutica di Betti<sup>17</sup>. Si tratta quindi di uno stato di fatto da accertare, e non di un dover essere. L'avvento della disciplina dei rapporti di consumo segna il passaggio da una concezione ermeneutica ad una concezione normativa di dichiarazione contrattuale, la quale acquista così nella disciplina lo *status* di dover essere.

L'attuazione delle direttive comunitarie – ed in seguito euro-unitarie –, sfociata poi soprattutto nel D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 – "Codice del consumo" –, persegue un obiettivo di regolazione di mercato, allo scopo di assicurarne il funzionamento non distorto dai cosiddetti fallimenti quali le asimmetrie informative fra professionisti e consumatori. Lo scopo regolatorio viene perseguito mediante il sindacato giudiziale del contenuto del contratto, che è controllo, ad un tempo, sia dell'atto che della condotta del professionista. Nella fondamentale previsione dell'art. 33, comma 1°, del "Codice del consumo", la vessatorietà – e a cagione di ciò nullità – delle clausole, nel contratto tra professionista e consumatore, discende sia da un giudizio alla stregua della buona fede in ordine alla condotta che da un giudizio parametrato all'equità quanto al contenuto della clausola<sup>18</sup>. Il giudice deve valutare se sussista violazione della regola dell'equità, sul piano dell'equilibrio dei diritti e degli obblighi, quale espressione dell'abuso di superiorità informativa del professionista alla luce del principio di correttezza nel comportamento, ovvero deve accertare la non conformità a buona fede, quale regola di comportamento, dell'unilaterale predisposizione di clausole caratterizzate dal significativo squilibrio di diritti e obblighi.

La nuova prospettiva del diritto dei rapporti di consumo svuota la dichiarazione della sua portata ermeneutica e le conferisce una nuova valenza, quella di dichiarazione sottoposta al parametro di un ideale regolativo. La "dichiarazione" persiste come categoria, ma quale ideale normativo cui la concreta dichiarazione deve mirare. È risalente l'affermazione secondo cui il cuore del giudizio di vessatorietà nella disciplina dei rapporti di consumo risiede nell'equità<sup>19</sup>. Come si è visto, la nullità della clausola vessatoria non discende dal mero giudizio di iniquità, ma da un concorso di valutazioni, le quali concernono-

17. Betti, 1971, p. 60.

18. D'Amico, 2005, p. 650; conferisce rilievo al piano della condotta, passando attraverso la qualifica di illiceità del contratto, Di Marzio, 2011, pp. 41-45.

19. Mengoni, 1998.



no sia la clausola – dal punto di vista dell’equità –, che il comportamento del professionista di predisposizione unilaterale della clausola quale abuso di superiorità informativa – dal punto di vista della buona fede. La dichiarazione unilaterale del professionista, di cui consiste il contratto grazie all’adesione del consumatore, è posta in relazione all’ideale composizione di interessi concretizzatasi nel diritto dispositivo – ossia il complesso di norme derogabili e che intervengono in mancanza di diversa disposizione contrattuale –, ovvero, in mancanza di diritto dispositivo, in relazione ad un parametro di ideale esercizio dell’autonomia privata.

L’iniquità, alla stregua del comma 1° dell’art. 33, non risulta tuttavia dalla mera difformità della clausola contrattuale rispetto al diritto dispositivo: se così fosse, quest’ultimo sarebbe norma inderogabile. Deve trattarsi in primo luogo di un “significativo” squilibrio di diritti ed obblighi. In secondo luogo, l’equilibrio ideale concretizzatosi nella norma dispositiva va valutato in relazione alle circostanze del caso concreto (art. 34, comma 1°, del “Codice del consumo”), delle quali è parte anche la coerenza a buona fede del comportamento del professionista. Se poi un diritto dispositivo non risulti espressamente stabilito dal legislatore, il giudice deve appellarsi all’ideale equilibrio di diritti e obblighi il quale, non avendo rinvenuto la propria concretizzazione in una disposizione legislativa, resta un puro principio regolativo alla stessa stregua del trascendentale kantiano, inattuabile come tale se non in forma di concretizzazione in relazione alle circostanze del caso, in modo così da fungere da parametro di legittimità del potere contrattuale esercitato<sup>20</sup>.

È una questione aperta quella se ed in quali limiti la lacuna apertasi nel contratto per effetto della caducazione della clausola vessatoria sia suscettibile di integrazione con il diritto dispositivo se previsto<sup>21</sup>. L’orientamento della Corte di giustizia dell’Unione europea è attualmente nel senso che non è consentito al giudice sostituire una clausola abusiva con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, e ciò allo scopo di perseguire l’effettività della tutela assicurata ai consumatori dalla disciplina sulle clausole vessatorie – tant’è che l’integrazione sarebbe consentita solo se, venendo meno l’intero contratto per effetto della caducazione della clausola, sarebbe pregiudicato in modo significativo il consumatore<sup>22</sup>. Quali che siano le sorti della lacuna apertasi nel contratto, il punto dirimente, dall’angolo visuale della teoria del contratto, è che il programma contrattuale consiste della dichiarazione del professionista e che la questione che tale dichiarazione pone è quella della

20. Sul principio regolativo kantiano si tornerà nel paragrafo successivo dedicato alle clausole generali.

21. D’Amico, Pagliantini, 2015.

22. Da ultimo, a conferma di un consolidato indirizzo, C. giust. UE 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Nuova giurisprudenza civile*, 2019, I, p. 424.

conformità ad un modello normativo. La dichiarazione contrattuale non è uno stato di fatto da cui l'interprete debba muovere per accertare il contenuto della volontà negoziale, ma è il dover essere da perseguire nell'attuazione del sistema di tutele del consumatore. Il passaggio dall'ermeneutica alla razionalità normativa sposta la rilevanza della categoria di dichiarazione dal piano dell'essere a quello del dover essere, verso un modello di cooperazione sociale ideale non distorta da influenze esterne perturbanti, per dirla con Jürgen Habermas.

#### 4. LA CLAUSOLA GENERALE COME IDEALE REGOLATIVO

Come abbiamo detto, la visione della postmodernità attribuisce un ruolo decisivo alle clausole generali nell'attivismo giudiziale che connoterebbe la declinazione giurisprudenziale del diritto. Per Natalino Irti questo significa cedere all'arbitrio soggettivo del singolo giudice. Questi, in definitiva, non farebbe altro che seguire "il demone che tiene i fili della sua vita", per dirla con Max Weber<sup>23</sup>. Se si adotta un criterio di razionalità normativa è tuttavia possibile una diversa lettura della giurisdizione per clausole generali<sup>24</sup>.

Come ha scritto Luigi Mengoni, "le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme"<sup>25</sup>. Lo stesso Mengoni precisa però che il rapporto fra clausola generale e cosiddette norme sociali non è puramente recettizio. Non vi è un rinvio in senso tecnico, perché fra clausola generale e norma sociale resta la "distanza che separa l'essere dal dover essere"<sup>26</sup>. Le norme sociali restano tipi normali di comportamento desunti dalla realtà, ai quali il giudice attingerebbe in funzione di direttiva per completare la norma giuridica. Se il giudice attinge alle norme sociali quali direttive necessarie per completare la norma giuridica, la norma di cui fare applicazione risulterebbe dall'integrazione di norma elastica (incompleta) e norma sociale di condotta e la dinamica del recepimento in senso tecnico non potrebbe essere negata. C'è poi da considerare, come chiarisce sempre Mengoni, che al giudice deve essere data la possibilità, avvalendosi della clausola di buona fede, di definire regole di comportamento più avanzate rispetto alle vedute correnti, pena la ricaduta del diritto in una funzione meramente conservativa dell'esistente e non di direttiva dell'assetto sociale<sup>27</sup>. Il completamento della norma elastica mediante il recepimento del criterio meta-giuridico entra così in contraddizione con

23. Weber, 1919, trad. it. 1980, p. 43.

24. Per maggiori approfondimenti, su quanto si verrà esponendo nel testo, si rinvia fin d'ora a Scoditti, 2017, 2019.

25. Mengoni, 1987, p. 10.

26. Ivi, p. 12.

27. Ivi, p. 13.

l'eccedenza deontica del diritto rispetto al modo di essere della realtà. L'incompletezza della norma non può quindi essere di tipo valutativo, tale che i valori mancanti debbano essere attinti dal sistema etico-sociale. Al fine di evitarne la contaminazione con la "materia" sociale, e preservarne "l'eccedenza di contenuto deontologico"<sup>28</sup>, si deve liberare la norma elastica da qualsiasi contenuto materiale. La buona fede, come qualsiasi clausola generale, è una pura forma.

Il carattere di norma incompleta della norma elastica va inteso non come incompletezza di contenuti valutativi ma quale connotazione puramente formale. Definire forma la clausola generale non vuol dire disattivarne la portata regolativa. È anzi l'emancipazione dai contenuti empirici che ne salva-guarda la carica regolativa per la particolare funzione che essa è destinata ad esercitare. Nella *Critica della ragion pura* Kant così definisce il principio regolativo: "un principio della maggiore possibile continuazione ed estensione della esperienza; un principio, per cui nessun limite empirico può valere come limite assoluto; quindi un principio della ragione, che, come regola, postula ciò che da noi deve farsi nel regresso, e non anticipa ciò che nell'oggetto è dato in sé innanzi a ogni regresso"<sup>29</sup>. La clausola generale non è regolazione del caso, perché altrimenti sarebbe limitata dall'empiricità di quest'ultimo, ma è la regolazione ideale, cui la regolazione di ciascun caso deve attenersi. Essa è in definitiva un ideale di norma, e lo è alla stessa stregua del trascendentale kantiano: "chiamo trascendentale ogni conoscenza che si occupa non di oggetti, ma del nostro modo di conoscenza degli oggetti, in quanto questa deve essere possibile *a priori*"<sup>30</sup>. La clausola generale non fissa il contenuto della regola giuridica, in via generale ed astratta, secondo la tecnica della norma a fattispecie, ma fissa il criterio di identificazione della regola giuridica relativa al caso concreto, ovvero il modo in cui la regola deve essere conosciuta, per riprendere la definizione di trascendentale in senso gnoseologico. Se fissasse direttamente il contenuto della regola giuridica, la sua applicazione implicherebbe l'operazione della sussunzione del caso concreto nella previsione astratta e generale. Non fissando il contenuto della regola giuridica, la clausola generale non può come tale trovare applicazione in funzione di regolazione del caso.

La disposizione che contempla una clausola generale non enuncia quindi una norma in senso proprio, ma un ideale di norma cui attingere per l'identificazione di quella che lo stesso Mengoni chiama "norma individuale"<sup>31</sup>. La clausola generale è l'idea-limite che deve essere presunta ad ogni disciplina del

28. Betti, 1971, p. 316. Betti adopera l'espressione richiamata nel testo con riferimento al rapporto fra principi generali e singole norme dell'ordinamento.

29. Kant (1787), trad. it. 1977, p. 413.

30. Ivi, p. 58.

31. Mengoni, 1975, p. 316.

caso concreto, è il principio di ragione postulato in ogni regolazione e che tuttavia non anticipa il contenuto della singola regolazione, per riprendere la definizione kantiana. Come scrive Esser, il quale definisce la clausola generale forma-limite, “al giudice viene tolta l’illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l’impegno comunque presente di ‘capire in modo giusto’ la norma con un giudizio di valutazione conforme al dovere”<sup>32</sup>. Ciò che sul piano normativo si esige è in conclusione l’appello dell’interprete all’ideale di regolazione. Identificare la norma individuale corrisponde per l’interprete all’assunzione di un impegno normativo nella direzione del parametro costituito dall’idea-limite. Egli si uniforma all’imperativo della liberazione dagli orientamenti soggettivi di valore e del perseguimento della forma ideale. La buona fede è un *telos*<sup>33</sup>.

Pur corrispondendo ad un’ideale regolazione, la clausola generale ha tuttavia una genesi determinata. Essa è il risultato di un bilanciamento di principi. In un ordinamento fondato sulla supremazia di una costituzione, le norme sono sempre la risultante del bilanciamento dei principi costituzionali. Tale bilanciamento determina l’identificazione di un valore, il quale costituisce nella fattispecie legale il criterio per collegare ad un determinato presupposto di fatto, previsto in via astratta e generale, specifici effetti giuridici. Il valore viene concretizzato dal legislatore in una fattispecie, ossia in uno schema fatto/effetto ripetibile in una pluralità di casi concreti. La concretizzazione legislativa del valore può inoltre essere reiterata per una diversità di fattispecie legali in modo che quel valore divenga un principio generale dell’ordinamento, soggiacente cioè a una pluralità di previsioni normative. Il valore può essere però dal legislatore posto come tale. Sorge così la clausola generale, la quale spetta invece al giudice di concretizzare nella forma di una norma del caso concreto. Per tornare al valore della buona fede, esso è stato concretizzato dal legislatore in una serie di fattispecie del codice civile (artt. 1338, 1398, 1578 cpv., 1812 e 1821), divenendo così il principio generale di correttezza, ed è stato altresì positivizzato come tale, costituendo il contenuto di una clausola generale (artt. 1337 e 1375). Una volta però riconosciuta la genesi della clausola generale, la sua applicazione si dispiega come adeguamento al caso concreto di un’idea-limite. Pur avendo un’origine determinata, la clausola generale si converte in regolazione ideale e dà avvio alle sue molteplici concretizzazioni.

La concretizzazione della clausola generale non è poi il risultato di un bilanciamento, perché il bilanciamento, come si è appena visto, è alla base della stessa posizione normativa della clausola generale e si è esaurito con la positivizzazione del valore. La concretizzazione è il risultato del contatto fra l’ideale regolazione ed il caso concreto. Se infatti dal campo normativo vengo-

32. Esser (1972), trad. it. 1983, p. 57.

33. Cfr. Scoditti, 2020.

no espunte le cosiddette norme sociali, non restano a questo punto che le circostanze del caso concreto per il completamento della clausola generale. L'incompletezza della norma elastica attiene non al piano valutativo ma alla contemplazione delle circostanze di fatto cui l'ordinamento collega l'effetto giuridico. Buona fede e correttezza, quali puri ideali di regolazione, sono determinabili solo in relazione alle circostanze del caso. Possono cioè essere predicate solo come norme individuali. Non c'è *la* correttezza, ma *un* comportamento corretto, date determinate circostanze di fatto. Dalla natura di norma ideale della clausola generale, e dalla sua determinabilità solo in relazione alle circostanze del caso, discende un ulteriore corollario.

Stante il carattere puramente ideale della norma contemplata dalla clausola generale, la norma in senso tecnico che trova applicazione è quella individuale. La disciplina del caso non è affidata alla clausola generale, la quale in quanto puro ideale è priva di forza precettiva in relazione alle circostanze del caso, ma alla norma concreta. L'idealità della clausola generale non corrisponde al carattere astratto e generale della norma a fattispecie perché, a differenza di quest'ultima, la clausola generale non contempla una classe di azioni o eventi. La clausola generale non regola una classe di azioni o eventi ma illustra l'ideale di regolazione per le discipline relative ad azioni ed eventi eterogenei, non configurabili classi data la loro natura individuale. La disciplina dell'azione o evento individuale è allora affidata alla norma concreta, la quale è pertanto una norma giuridica a tutti gli effetti, e non una mera puntualizzazione interpretativa della clausola generale. È una norma senza disposizione. Deriva da qui la particolare morfologia della giurisdizione per clausole generali.

Si tratta di un diritto pienamente casistico, retto da norme di carattere individuale. La nozione di diritto casistico qui rilevante non è però quella che un punto di vista postmoderno lascerebbe intendere. Per Deleuze il diritto casistico rappresenta "l'unione del concetto con la singolarità"<sup>34</sup>. Secondo questa visione ogni caso reca con sé un principio, il quale non ha una maggiore estensione di ciò che condiziona: come le pieghe del Barocco, i casi proliferano e ciascun caso cresce con il principio che è ad esso immanente. Il diritto casistico rinvia invece ad un principio trascendentale, che eccede le diverse singolarità e che tuttavia può essere predicato solo mediante le diverse deformazioni pratiche che subisce nel corso delle concretizzazioni giudiziali. Si tratta di un ideale regolativo, "attuabile solo nelle infinite rifrazioni"<sup>35</sup> che fanno la casistica giudiziale.

Lungi dall'essere la sede di un mero esercizio di discrezionalità, le clausole generali sono un altro indicatore della natura immancabilmente normativa della ragione giuridica. Non ci troviamo alla fine di una grande narrazio-

34. Deleuze (1988), trad. it. 1990, p. 102.

35. Scholem (2002), trad. it. 2005, p. 42.

ne, ma all'interno di un universo più complesso nel quale il diritto ha pur sempre la forma del dover essere. Se può dirsi che ad un "post" possa seguire un altro "post", dovremmo concludere che siamo dopo la stagione della postmodernità.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Alexy, R. (2010). The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, XXIII (2), 167-182.
- Betti, E. (1950). *Teoria generale del negozio giuridico*. Utet.
- Betti, E. (1971). *Interpretazione delle legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*. Giuffrè.
- D'Amico, G. (2005). L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori. *Rivista di diritto civile*, I, 625-661.
- D'Amico, G., Pagliantini, S. (2015). *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*. Giappichelli.
- Deleuze, G. (1990). *La piega. Leibniz e il Barocco* (trad. it. V. Gianolio). Einaudi.
- De Sutter, L. (2011). *Deleuze e la pratica del diritto* (trad. it. L. Rustighi). Ombre corte.
- Di Marzio, F. (2011). *Contratto illecito e disciplina del mercato*. Jovene.
- Esser, J. (1983). *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (trad. it. S. Patti, G. Zaccaria). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Ferraris, M. (1984). Derrida 1975-1985. Sviluppi teoretici e fortuna filosofica. *Nuova Corrente*, XXXI, 350-377.
- Grossi, P. (2015). *Ritorno al diritto*. Laterza.
- Grossi, P. (2017). *L'invenzione del diritto*. Laterza.
- Grossi, P. (2020). *Oltre la legalità*. Laterza.
- Irti, N. (2016). *Un diritto incalcolabile*. Giappichelli.
- Irti, N. (2019). Destino di Nomos. In M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto*. La nave di Teseo.
- Kant, I. (1977). *Critica della ragion pura* (trad. it. G. Gentile, G. Lombardo-Radice). Laterza.
- Lipari, N. (2013). *Le categorie del diritto civile*. Giuffrè.
- Lipari, N. (2017). *Il diritto civile tra legge e giudizio*. Giuffrè.
- Lipari, N. (2019). *Diritto civile e ragione*. Giuffrè.
- Lyotard, J.-F. (1981). *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere* (trad. it. C. Formenti). Feltrinelli.
- Mengoni, L. (1975). *Gli acquisti "a non domino"*. Giuffrè.
- Mengoni, L. (1987). Spunti per una teoria delle clausole generali. In *Il principio di buona fede* (pp. 5-18). Giuffrè.
- Mengoni, L. (1998). Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile. In *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, *Obbligazioni e contratti* (pp. 535-548). Giuffrè.
- Palombella, G., Scoditti, E. (2021). *L'interlegalità e la 'nuova' ragion giuridica del diritto contemporaneo*, <https://www.cir.santannapisa.it/sites/default/files/Palombella%2C%20Scoditti%20-%20La%20nuova%20ragion%20.pdf>.
- Scholem, G. (2005). *Tre discorsi sull'ebraismo* (trad. it. P. B. Candela). Giuntina.

#### IL DIRITTO PRIVATO DOPO LA STAGIONE DELLA POSTMODERNITÀ

- Scoditti, E. (2017). 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* (pp. 167-200). Giuffrè.
- Scoditti, E. (2019). Non solo forma: fenomenologia giudiziaria del diritto. *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, LVIII (2), 127-144.
- Scoditti, E. (2020). Il giudice ed il dovere di indipendenza da se stesso. *Il Foro italiano*, CXLV (5), 217-224.
- Scoditti, E. (2021). *Contratto e teoria del negozio giuridico*, voce dell'*Enciclopedia del diritto – I tematici*, I, *Contratto* (pp. 423-440). Giuffrè.
- Scognamiglio, R. (1969). *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. Jovene.
- Weber, M. (1980). *Il lavoro intellettuale come professione* (trad. it. A. Giolitti). Einaudi.

