



## **AUTONOMIA PRIVATA E GIURISDIZIONE \***

**1.** – Il sintagma autonomia privata e giurisdizione è un palindromo. Può essere letto da destra verso sinistra e viceversa. Intendo dire che si può indagare il rapporto tra autonomia privata e giurisdizione interrogandosi sul se ed entro quali limiti sia consentito al giudice di sindacare l'esercizio del potere normativo che la legge attribuisce alle parti; ovvero, adottando una prospettiva per così dire rovesciata, interrogandosi sul se ed entro quali limiti le parti, con l'accordo che raggiungono, possono incidere sull'esercizio dell'attività di giurisdizione.

Le due prospettive, a mio avviso, non sono propriamente antitetiche, perché – come mi auguro potrà emergere dalle riflessioni che mi accingo a svolgere – la prassi ci riferisce di un sottile legame tra il concreto, e qualche volta esuberante, esercizio da parte del giudice di un sindacato sul potere di autonomia e il diffondersi di modelli di contratto che aspirano a escluderlo del tutto. Alla tendenza del giudice a dilatare oltre ogni misura il suo sindacato sul contratto, integrandone o perfino modificandone gli effetti, anche al di là della inequivoca volontà delle parti, si contrappone quella, via via affinata dai privati, di dotare le tavole negoziali di un complesso di clausole univocamente volte a incidere sull'esercizio della giurisdizione: ora costringendo la decisione del giudice in meccanismi automatici che eliminano ogni spazio alla sua soggettività (farò breve cenno, in proposito, all'originale impiego della clausola penale e della clausola risolutiva espressa); ora declinando la giurisdizione togata a favore di quella arbitrale, che trae fondamento – e più duttile disciplina – nel contratto che lega i litiganti e il decidente; ora facendo proprio un complesso di clausole, familiari ai sistemi di common law (le cc.dd. boilerplate), che trapiantate nella contrattazione domestica si traducono – come pure cercherò d'illustrare – in altrettanti vincoli alla soggettività del giudice.

**2.** – Per chi reputi – e mi sento di aderire a questa impostazione – che la disciplina dettata dagli artt. 1322 e 1372 cod.civ. abbia la funzione di descrivere il perimetro entro il quale la legge attribuisce ai privati il potere di produrre norme giuridiche, la relazione tra autonomia privata e sindacato del giudice sul suo corretto esercizio si risolve essenzialmente in ciò: alle parti di dettare le regole del rapporto giuridico che con il loro accordo vanno a costituire regolare o

---

\* 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».

# JUS CIVILE



estinguere; al giudice – nel caso di controversia tra le parti – d'intendere la regola autonoma; accertarne la validità (i.e.: che sia stata prodotta in conformità con il disposto dell'art. 1322 cod.civ.); farne applicazione al caso concreto.

“Autonomia privata” e “giurisdizione” si lasciano così disporre in una sequenza logica e cronologica: l'una identifica la fonte della norma giuridica della quale – nel processo – si chiede applicazione; l'altra si sostanzia nel potere-dovere, che grava sul giudice, di farne applicazione.

Questa (certo molto semplificata) descrizione del rapporto tra i due termini entra irreversibilmente in crisi allorché si postuli che l'autonomia privata, e con essa la giurisdizione, abbiano guadagnato – nel nostro tempo – una “dimensione sociale”.

Là dove, cioè, il potere normativo delle parti e quello che la legge riserva al giudice siano rispettivamente concepiti, il primo, come mezzo per realizzare e promuovere rapporti giuridici patrimoniali equi e solidali; il secondo, come strumento per ripristinare un equilibrio che si reputi alterato. Quando, in altre parole, l'intervento officioso del giudice da eccezione si converta in regola generale e al giudice si assegni (o egli assuma) il potere di adottare – sciolto dal testo degli enunciati normativi – la soluzione che secondo la sua valutazione di giustizia e proporzionalità si attegga come la più adeguata, equa e ragionevole alla luce dei “valori” sottesi alla Carta costituzionale.

**3.** – Il dibattito della nostra dottrina intorno al potere normativo del giudice è stato rianimato – nel torno dei decenni a noi più prossimi – dall'estrema parabola dell'indirizzo metodologico – promosso e alimentato dalla Corte costituzionale – della c.d. interpretazione costituzionalmente conforme. Senza ripercorrere qui le tappe che hanno scandito il procedere e l'evolversi di questo indirizzo di metodo, mi limito a riferire – con breve tratto – la premessa teorica che lo sostiene e i concreti risultati ai quali è approdato.

La premessa è costituita dall'affermazione che l'entrata in vigore della Costituzione, da un lato, gli atti normativi di fonte comunitaria, dall'altro, – per la posizione che assumono nel sistema delle fonti – hanno comportato l'implicita abrogazione dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale.

I “valori” fondanti del nostro ordinamento, positivizzati nella Carta costituzionale e, perciò, norme tra le altre norme, chiamano il giudice – al fine di assicurare una tutela effettiva – a farsi parte attiva del processo nomopoietico: egli, insegna la Corte Costituzionale (sent. n. 26 del 1999), deve individuare la soluzione del caso concreto sulla scorta del precipitato diretto dei principi costituzionali, prescindendo dal testo della legge.

Liberato dal compito di applicare la legge, il giudice è investito della missione di attuare l'ordinamento, ossia, rispondere all'appello adottando la decisione più adeguata, ragionevole ed equilibrata suggerita dal concreto dell'esperienza; la risposta in concreto capace di offrire una tutela effettiva all'appellante.

La norma per decidere la ‘singola vicenda di vita’ che si offre alla valutazione del giudice,

# JUS CIVILE



dunque, non pre-esiste all'accadere del fatto, ma risiede, sta nelle trame dell'esperienza. E vi sta nella forma di un principio che il giudice è chiamato a individuare indagando tutti quei fatti che muniti di forza interiore, sono capaci d'incidere sulla realtà circostante per convertirlo in regola del caso concreto (P.Grossi, Ritorno al diritto, Bari, 2015, passim).

Il principio, che secondo l'indirizzo giuspositivistico e normativo è il prodotto di un ragionamento induttivo, che muove dall'esame delle norme particolari, si converte, così, in un 'postulato' dal quale – secondo l'andamento proprio del ragionamento deduttivo – il giudice fa derivare, crea, deduce la norma più adeguata a regolare il caso.

Non già dalle norme particolari al principio che ciascuna di esse ispira; ma dal principio – rivelato dal concreto dell'esperienza – alle norme particolari che esso (secondo la valutazione del giudice) è capace di esprimere.

La dialettica tra la norma che enuncia un dover essere e il fatto, dato nell'essere, è letteralmente capovolta: sono i fatti dati nell'essere che esprimono – per il medio del giudice – il dover essere.

Compito del giudice, insomma, è d'inventare nella realtà il principio per dedurne la regola del caso concreto. Inventare, beninteso, non già nel senso di costruire con l'immaginazione un principio che nella realtà non esiste, ma di scoprire il principio che già esiste nella realtà e attende solo di essere individuato e convertito in norma (P. Grossi, L'invenzione del diritto, Bari-Roma, 2017).

'Norma' e 'fatto' – in questa prospettiva – cessano di appartenere a piani tra loro diversi e non comunicanti per saldarsi in una struttura complessa e assolutamente unitaria.

E poco conta se il dissolversi della regola con il regolato, del diritto nel concreto dell'esperienza, paga il sacrificio della certezza e prevedibilità. Perché la certezza – ed è questo l'approdo al quale giunge questo orientamento di metodo – è sclerosi e immobilismo: la legge, nella sua fissità e rigidità, impedisce l'adattarsi del diritto alle istanze della società civile, alle urgenze dei gruppi intermedi, al magma creativo della fattualità, generando quell'incolabile iato tra legge e società civile che ha caratterizzato lo Stato moderno (P. Grossi, cit.).

4. – Per singolare coincidenza, l'estrema parabola dell'indirizzo metodologico dell'interpretazione costituzionalmente conforme si compie insieme con lo strisciante e incompiuto affermarsi – anche per effetto di un complesso d'interventi normativi animati da dichiarati scopi deflattivi del contenzioso – di uno spurio principio di vincolatività del precedente.

Due fenomeni che, a ben vedere, rischiano di avvolgere il sistema in pericolose contraddizioni: a cominciare da quella che, nel mentre assegna al giudice un potere valutativo, tuttavia, lo tiene formalmente libero dal vincolo del precedente, delineando, per questa via, un impianto nel quale il giudice crea la norma, ma è sciolto dall'obbligo di osservarla; per finire con la dubbia coerenza tra la postulazione di un vincolo del precedente e l'esercizio della giurisdizione "nel segno dei valori": com'è stato posto in luce in un recente convegno linceo sul precedente, la de-

# JUS CIVILE



cisione “nel segno dei valori” – consistendo in una valutazione soggettiva del singolo decidente sulla singola ‘vicenda di vita’ – è per sua intrinseca natura irripetibile e, come tale, inidonea a “costituirsi in precedente” capace di giustificare l’attesa di una decisione futura a essa conforme (N. Irti, Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente), in Riv. dir. proc. 2017, 1539 e ss.).

Sicché, l’impossibilità di ridurre un ‘fatto’ a ‘caso’ attraverso il medio di una norma (sia essa di fonte legislativa o giurisprudenziale) e, perciò, l’ontologica incapacità della “decisione” assunta mediante la diretta applicazione di principi o valori di farsi “precedente”, rischia di schiudere al nostro orizzonte un futuro nel quale (parafrasando una felice espressione di U. Breccia) la demolizione della mitologia della certezza legislativa lascia il campo alla mitologia del disordine.

Ecco, è in questo contesto – tratteggiato con le semplificazioni alle quali l’occasione costringe – che si è venuta diffondendo nella contrattazione tra imprese (e – aggiungerei – non a caso nella contrattazione tra imprese), la prassi alla quale facevo cenno in apertura. E che registra, da un canto, un impiego ‘originale’ di tradizionali strumenti, quali la clausola penale e la clausola risolutiva espressa; dall’altro, l’uso di dotare il contratto di un complesso di clausole, largamente standardizzate, che univocamente ambiscono a renderlo impermeabile a qualsiasi intervento del giudice.

5. – Credo sia occorso a ciascuno di noi d’imbattersi in contratti nei quali le parti – al fine di guadagnare una sorta di automatismo della disciplina negoziale, sottraendo al giudice il potere di determinare il quantum del danno risarcibile – procedono d’intesa a determinarlo con meticolosa e analitica puntualità, mediante articolate clausole penali. Capita, perfino, d’imbattersi in contratti che rinviano a corposi allegati nei quali gli stipulanti s’industriano nel predeterminare, in complicati fogli excell formule e criteri di calcolo delle penali relative a ciascun potenziale inadempimento ipotizzabile.

Analogamente, la prassi ci riferisce di un impiego estremo del meccanismo della clausola risolutiva espressa, capace di sottrarre al giudice il potere di valutare la gravità dell’inadempimento. Con l’accortezza (non saprei dire quanto efficace) di non raccogliere in un’unica (inesorabilmente invalida) clausola la previsione che l’inadempimento a tutte le obbligazioni derivanti dal contratto ne comporterebbe la risoluzione, ma collocando, in calce alla quasi totalità delle clausole che prevedono obbligazioni in capo alle parti, la rituale formula dell’art. 1456 cod. civ..

Accanto a un nuovo modo d’impiegare vecchi arnesi, le parti – come accennavo – dotano il contratto di un complesso di clausole, ormai rispondenti a un preciso standard, che non esprimono regole del rapporto, ma accolgono a proprio oggetto di disciplina altre clausole o l’intero contratto che le contiene.

È il caso, a esempio, della clausola di completezza, che predica l’irrelevanza di qualsiasi fat-

## JUS CIVILE



to, atto, dichiarazione o condotta che abbia preceduto (e talora perfino seguito) la conclusione del contratto; della clausola che limita gli effetti della nullità di una parte o di singole clausole del contratto; dei lunghi preamboli – che immancabilmente precedono l’articolato – nei quali gli stipulanti esplicitano la loro comune intenzione; degli articolati lemmari, che definiscono il significato di parole ed espressioni impiegate nel discorso del contratto; delle clausole che prescrivono o escludono l’applicazione al contratto e al rapporto che da esso discende di determinate norme giuridiche o di interi istituti.

È possibile cogliere – nel complesso di queste clausole e in ciascuna di esse – lo sforzo delle parti di rendere il contratto autosufficiente; prevenire l’insorgere di controversie; ridurre al massimo – nel caso di lite – gli spazi di un sindacato del giudice sulle regole che esse hanno eletto a disciplina del loro rapporto.

E così, gli accordi sul significato delle parole impiegate nel discorso del contratto – animati dall’ingenua aspirazione di rimuovere ogni possibile ambiguità (è a dire eccedenza di significati) e prevenire qualsiasi oscurità (ossia imperscrutabilità di senso) delle tavole negoziali – ambiscono a eliminare ogni margine alla soggettività del giudice nell’applicazione del criterio letterale d’interpretazione (art. 1362, primo comma cod. civ.).

La clausola di completezza – che proclama l’autosufficienza del documento che raccoglie le intese raggiunte tra le parti e predica l’irrilevanza delle condotte dichiarazioni o atti anteriori, coevi e (talora perfino) successivi alla conclusione del contratto – al pari della esplicitazione della comune intenzione contenuta nei preamboli si rivela anch’essa, di là delle ragioni culturali che ne costituiscono il terreno di coltura, volta a precludere o comunque indirizzare il Giudice nell’applicazione del criterio funzionale d’interpretazione (art. 1362, secondo comma cod. civ.).

Nella medesima logica si lasciano inquadrare le clausole che dispongono l’applicazione al contratto di determinate discipline e quelle, di segno opposto, che fanno divieto di applicazione di determinate regole o d’interi istituti.

Tra le prime spiccano per l’importanza – e una certa diffusione che vanno assumendo nella prassi – i patti sulla legge straniera applicabile al contratto, che proiettano gli ordinamenti giuridici nella inconsueta dimensione di “prodotto” che si offre alla competizione del mercato dello shopping law. Ormai non è infrequente che contratti conclusi tra cittadini italiani, destinati a trovare applicazione in Italia, aventi a oggetto beni situati in Italia (contratti cioè privi di collegamenti con altri Stati) contengano una clausola che assoggetta l’intero contratto o alcune sue parti (secondo la tecnica del c.d. *décapage*) a un diritto straniero.

Analoghi ai patti sul diritto straniero applicabile, sono quelli che dispongono l’applicabilità al contratto delle norme di un determinato tipo, con esclusione di quelle relative a tipi affini (per quanto non regolato espressamente nel presente contratto troveranno applicazione le norme sull’appalto, con esclusione di quelle sulla vendita) e che, per questa via, aspirano a precludere al giudice di procedere alla qualificazione del contratto.

Speculari agli accordi sul diritto straniero o italiano da applicare sono quelli volti a escludere l’applicabilità al contratto di talune discipline o d’interi istituti. È il caso della clausola di unico

## JUS CIVILE



rimedio, anch'essa ormai immancabile nei contratti d'impresa, mediante la quale le parti escludono l'applicabilità di qualsiasi rimedio diverso dall'obbligo d'indennizzo, in caso d'infedeli dichiarazioni, rappresentazioni e garanzie offerte; e che, in qualche caso, si spinge a escludere tout court la risolubilità del contratto in caso di inadempimento, di eccessiva onerosità sopravvenuta o d'impossibilità sopravvenuta di taluna delle prestazioni promesse.

Ancora, della clausola che mira a contenere gli effetti della nullità parziale, esonerando il giudice dal giudizio ipotetico a lui demandato dall'art. 1419, primo comma cod. civ..

E l'elenco potrebbe arricchirsi, passando in rassegna alcuni originali contenuti degli accordi sul rito; sulla proponibilità di domande ed eccezioni; sull'onere della prova. Ma non è questo il luogo per analizzare nel dettaglio queste manifestazioni dell'autonomia privata, né per scendere all'esame dell'effettiva capacità di ciascuno di questi patti d'incidere sull'esercizio della giurisdizione, tornando a interrogarsi sulla vincolatività dei patti di significazione; sulla derogabilità delle norme che regolano l'interpretazione del contratto o sul potere delle parti d'impedire al giudice la riconduzione del contratto a uno o altro tipo legale; di escluderne la risolubilità, e così via.

Ciò che, preme piuttosto di porre in luce, qui, è una linea di tendenza, che il concreto svolgersi dell'autonomia privata ci evidenzia. Per sollecitare la domanda sulle plausibili ragioni che l'hanno determinata e l'alimentano.

6. – Mi è capitato in altra occasione di citare un recente editoriale di Ernesto Galli della Loggia nel quale lo storico tratteggia lo scenario di una Politica senza potere: svaniti i partiti come autonome fonti d'ispirazione e di raccolta del consenso, l'autentica legittimazione del potere politico italiano si fonda su altro: non considerare essenziale e, quindi, non esigere, il rispetto della legge. Accade così che la parte strutturata e organizzata della società, quella che in assenza dei partiti ha finito per essere la sola influente e dotata di capacità d'interdizione, rilascia la propria delega fiduciaria a chi governa sulla base della promessa che il comando politico, con il suo strumento per eccellenza, la legge, si arresti sulla soglia, consegnando, per questa via il Paese a una sorta di a-legalità.

Affiora, anche nel pensiero dello storico, quel sottile sentimento antipolitico, che nutre le dottrine della creatività giudiziale; quella sottile tentazione aristocratica – per usare le parole di Massimo Luciani – che, consegnando la norma al giudice, si traduce “né più né meno, [nel] sostituire a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico” (Interpretazione conforme a costituzione, in Enc. del dir., Annali IX, 2016, pag. 393).

Un vuoto, quello determinato dalla crisi del potere politico e del suo strumento d'elezione, la legge, che per singolare paradosso ha generato un progressivo slittamento del potere normativo (intendo riferirmi al potere di compiere la valutazione normativa) in capo a soggetti dell'ordinamento che traggono (sul piano istituzionale) la loro stessa ragion d'essere dalla loro 'indipendenza'. Ossia dalla loro estraneità al circuito politico di cui all'art. 95 della Costituzione. Mi ri-

## JUS CIVILE



ferisco, da un lato, al crescente arretramento nel processo di produzione normativa degli organi legittimati dall'investitura elettiva a favore di apparati amministrativi legittimati dalle speciali competenze tecniche: le Autorità Indipendenti. Dall'altro, al potere normativo che, di fatto, il giudice esercita allorché, sciolto dal testo della disposizione, si pone alla ricerca della soluzione che secondo la sua imponderabile valutazione di giustizia e proporzionalità si atteggia come la più adeguata e coerente applicazione di un principio rilevabile dal 'concreto dell'esperienza' o dei "valori" espressi dalla Costituzione.

7. – La rilevata tendenza dell'impresa a evadere dalla giurisdizione ordinaria; la scelta di un diritto straniero da applicare a un contratto che, naturalmente, sarebbe soggetto al diritto italiano; il complessivo sforzo delle parti di costruire tavole negoziali autosufficienti e impermeabili al sindacato del giudice esprimono, in qualche misura, il bisogno dell'impresa di esercitare un efficace governo del contenzioso. Perché esso, al pari degli altri fattori della produzione, è per l'impresa un costo. Ed è, perciò, del tutto naturale che essa s'industri al fine di eliminarlo; quantomeno contenerlo; comunque, poterlo calcolare.

Eliminarlo, attraverso l'introduzione di meccanismi automatici di soluzione della controversia. Contenerlo, mediante l'adozione di modelli standard, i quali – costituendo il precipitato dell'esperienza (anche contenziosa) maturata con riguardo al loro impiego – con maggiore affidabilità consentono di calcolare il grado di conflittualità generabile dalla disciplina assunta. Comunque poterlo calcolare, sottraendo spazio alla (talora) non adeguatamente controllata "creatività" del giudice. La quale che trova sicuro alimento nella crisi del Potere politico e della Legge.

Si tratta, a me pare, di un segnale forte che l'autonomia privata indirizza alla giurisdizione. Un segnale che sarebbe imperdonabile non cogliere; peggio, restarvi indifferenti.