

Paolo Gaggero

*Contratti, persone, mercato:
una prospettiva su tutela del consumatore e controlli sull'impresa*

SOMMARIO: 1. Persona e diritti fondamentali – 2. Diritti fondamentali e ideologie – 3. Diritti fondamentali e gerarchie – 4. Diritti fondamentali della persona e autonomie contrattuali – 5. Autonomie contrattuali e obblighi informativi – 6. Standardizzazione dell'informazione precontrattuale e nuovi paternalismi

1. *Persona e diritti fondamentali*

La disciplina del contratto si compone (anche) di norme che predispongono strumenti di tutela che mutano con il trascorrere del tempo e il connaturato evolvere (o, senz'altro, avvicinarsi) del sostrato ideologico a cui si attingono gli attributi propri dell'istituto; che incide sulla configurazione normativa (giuridica, economica, sociale) di quest'ultimo; e che, incidendola, influisce pure sul processo di selezione dei primi. Profilare che convengono “*strumenti di tutela propri di singole categorie ... come i c.d. «consumatori del ghetto», che necessitano di una protezione specifica ... quanto a ... informazioni da assumere*”¹, ha significato veicolare almeno tre idee destinate a imprimere un'accelerazione² al rinnovamento di *iura* e

¹ V. G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977, 25.

² Perché qui il vettore si somma a, e moltiplica le intuizioni di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 112, relative in particolare alla clausola di buona fede e così, tra l'altro, alla sua funzione integrativa del regolamento negoziale e alla sua connessione con il principio costituzionale di solidarietà (v. pure ID., *Appunti sul principio di buona fede*, nota a Cass.16.2.1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, 1283 ss.; ID., *Ipotesi sul diritto privato, ne Il diritto privato nella società moderna* a cura di S. Rodotà, Bologna, 1971, 9 ss., e cfr. spec. G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, 611 ss.; in proposito, v. poi A. DI MAJO, *Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale*, *Corr. Giur.*, 1991, 789 ss., e A. SOMMA, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: cronaca di un conflitto insanabile*, in *Pol. dir.*, 2004, 263 ss.), che le dischiusero ampi spazi applicativi (per un es., relativo alla conservazione del contratto in caso di nullità parziale, v. V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 686 ss.).

leges che, in ottica giusrealistica³, concorrono a dare (incerto⁴) contenuto al

³ V. G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, ne *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014, numero speciale della *Riv. it. scienze giur.*, Napoli, 2014, 77 ss. (anche per la segnalazione del rischio di abusi [ivi, 114 ss., con richiami a A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 300 ss., e M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 360 ss.] ripresa da N. IRTI, *I 'cancelli delle parole' (intorno a regole, principi, norme)*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 57 ss. e, ivi, 62, nt. 20; v. pure ID., *I 'cancelli delle parole'*, Napoli, 2015) e G. ALPA, *La prassi e i codici deontologici*, in G. ALPA, A. GUARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI e R. SACCO, *Le fonti del diritto italiano. 2. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1999, 97 ss.), in una prospettiva che lo accumuna al Maestro dei giusrealisti italiani (v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 63 s., e ID., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, 91; ma v. pure R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1990, 86), secondo la condivisibile definizione che si ricava da M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica* a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, 2004, 1 ss. e, ivi, 9); e A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 15 s., 21, per l'inclusione dell'argomentazione tra le fonti del diritto. Cfr. pure N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 314 ss.

⁴ Basti pensare al ruolo dei principi generali (v. G. ALPA, *Relazione sull'attività del Consiglio nazionale forense svolta nell'anno 2005*, <http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/50638/Relazione+di+Guido+Alpa+in+occasione+della+cerimonia+di+inaugurazione+dell%27anno+giudiziario+forense+2006/4d3fc2fa-7c59-40bb-a805-838297454280>, 17 s., che avverte che “i principi generali ... se si segue la teoria analitica, si desumono induttivamente dalle disposizioni di legge in vigore, ma comunque non sono mai un *numero chiuso*, né possono essere creati sulla base di procedimenti normativi precostituiti dal legislatore, perché questa è una pia illusione smentita dalla storia. Se poi si segue la teoria giusrealista, che conferisce all'interprete il potere non solo di creare principi ma anche di determinarne liberamente il contenuto, a maggior ragione tutta questa architettura mostra la sua intrinseca fragilità. Per non parlare poi della categoria del *diritto vivente*, legittimata dalla ormai consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che rivendica all'interprete non solo la necessaria libertà di adattamento della disposizione alla realtà concreta, ma di più, la elaborazione di regole di natura giurisprudenziale che fanno parte a tutti gli effetti del corpus normativo vigente in un determinato momento storico”. Sicché, in proposito, non occorre attendere gli effetti della globalizzazione (che certamente concorre: v. P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli «Atti» di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)*, nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, 518 ss.; ID., *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 175 ss.; ID., *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 151 ss., ove si osserva che, se “l'impetuoso diritto statuale moderno” s'era opposto alla diffusione e all'affermazione delle consuetudini *contra legem*, con la globalizzazione si ha una rivincita dell'“invasione riottosa dei fatti”, della fattualità del diritto, di “un diritto privato prodotto da privati” che non proviene dall'alto ed è creato per rispondere a esigenze economiche; nonché V. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, 529 ss., che vi si riferisce come a un diritto confezionato da una “nuova élite giuridica, a base professionale”, che costituisce il “braccio giuridico” delle imprese di grandi dimensioni, che crea “norme ... a colpi di contratto.

“diritto” oggettivo vivente⁵; e che si pongono tutte su di una linea di pensiero caratterizzata da intima continuità, procedendo dal generale al particolare.

La prima inerisce alla promozione della centralità che la persona ha progressivamente acquistato sul proscenio della storia del diritto ben oltre la tutela dell'interesse al rispetto della vita privata⁶, per via del riconoscimento alla dignità umana d'un ruolo di (preminente) valore e principio⁷ niente affatto scontato e che non conviene dare per atteso, indiscusso, assodato, perché dipende perlomeno dal dato positivo, dai suoi contenuti, gerarchie, rigidità⁸;

Perché il contratto si fa prassi; la prassi genera l'uso; e l'uso crea la norma”). Sulla distinzione tra *diritto vigente* (come l'insieme degli enunciati normativi) e *diritto vivente* (come l'insieme dei loro significati), v. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, f. 4, 13 ss. e, ivi, 13. Sul problema della “certezza” del diritto contemporaneo, v., tra gli altri, G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; de A. NITTO, *A proposito di certezza*, in *Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati* a cura di A. BIXUO e G. CRIFÒ, Milano, 2010, 233 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*; e C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017).

⁵ Cfr. A. GAMBARO, “Iura et leges” nel processo di edificazione di un diritto privato europeo, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 993 ss.

⁶ V. G. ALPA, *Privacy e statuto dell'informazione (Il Privacy Act e la Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés n. 78-17 del 1978)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 65 ss.

⁷ V. G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 425 ss.; ID., *Autonomia privata, diritti fondamentali e “linguaggio dell'odio”*, in *Contr. e impr.*, 2018, 45 ss., per la configurazione della dignità come fondamento delle libertà e dei diritti; N. LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele* a cura di G. CONTE e S. LANDINI, I, Mantova, 2017, 261 ss.; e, poi, il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che la indica facendo seguire la menzione della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà: cfr. G. VETTORI, *Carta Europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 670 ss.). Sulla distinzione tra dignità accidentale e necessaria, in prospettiva giusfilosofica v. D. VON DER PFORDTEN, *Considerazioni sul concetto di dignità umana*, ne *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo* a cura di V. MARZOCCO, Torino, 2018, 1 ss. L'importanza della dignità umana, quale valore dominante e principio “guida”, emerge dalle pagine, pubblicate postume, che si prestano a essere considerate come il testamento spirituale, che oltrepassa la dimensione del solo diritto positivo, di S. RODOTÀ, *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018, spec. 39 ss. e 143 ss.; e v. pure ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015, spec. cap. VI e *passim*.

⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, § 3.3.: “l'uguaglianza, la dignità della persona, le libertà e gli altri diritti fondamentali non sono né valori oggettivi né principi scontati ... per questo ... vengono stipulati in costituzioni rigide ... perché non sono ... condivisi da tutti. Giacché il ruolo delle costituzioni non consiste nel riflettere i valori di tutti: se così fosse avremmo costituzioni minimali e praticamente inutili”. *Amplius* v. ID., *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016; ID., *Iurata paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2017; e cfr. G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, e G. FERRARA, *La crisi della democrazia costituzionale agli inizi del XXI secolo*, Roma, 2012, 111 ss. Con particolare riguardo alla dignità, cfr. I. COCO, *Ordinamento giuridico, costituzioni, valori. La*

dal grado di condivisione che si registri in ordine alla veste da attribuirle⁹; dal “tipo” d’interpretazione delle disposizioni – *massime* costituzionali – che prevalga rispetto alla nodale dicotomia di modelli che polarizzano le ricostruzioni del rapporto tra interprete – *massime* il giudice – e enunciati normativi¹⁰, che di

tesi di Carl Schmitt, in *Costituzione, morale, diritto* a cura di A. BALLARINI, Torino, 2014, 63 ss.

⁹ La prospettiva poc’anzi indicata in nota, si può confrontare almeno con J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 1993 (che integra ID., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., 1971), in cui si assegna alla *public reason* un ruolo centrale nell’argomentazione delle decisioni giurisprudenziali nelle democrazie costituzionali (231 ss.; più in generale, per il fondamentale rilievo della fedeltà dei cittadini alla *public reason* ai fini della stabilità di un’ordinata democrazia costituzionale, v. G.K. HADFIELD e S. MACEDO, *Rational Reasonableness: Toward a Positive Theory of Public Reason*, 6 [2012] *Law & Ethics of Human Rights* 7 ss.; P. WEITHMAN, *Why Political Liberalism? On John Rawls’s Political Turn*, Oxford, 2010, 327); e, prima, quello di presupposto d’una ordinata società all’accordo tra i cittadini sui cc.dd. *constitutional essentials* (di cui si danno due tipologie, *i.e.* i “fundamental principles that specify the general structure of government and political process” e gli “equal basic rights and liberties of citizenship that legislative majorities are to respect”: J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., 227).

¹⁰ In relazione all’appena segnalato profilo, sul piano dell’interpretazione, segnatamente delle disposizioni costituzionali, si pone infatti l’alternativa tra due indirizzi metodologici (che si può collegare al più ampio problema della *judicial review* da parte di giudici non elettivi, che dà luogo a una tensione tra costituzionalismo e democrazia nelle democrazie costituzionali, sul quale v. a es. F.I. MICHELMAN, *Brennan and democracy*, 1st edn., Princeton, 1999, anche nella trad. it. Di C. VALENTINI, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari, 2004). Da un lato, l’*Originalism* per cui l’interprete è vincolato dal significato con cui la disposizione poteva essere ragionevolmente intesa al tempo della sua introduzione (in conformità del testualismo proprio della *original meaning theory*, che nell’esperienza statunitense sembra prevalente) o, a tutto concedere, dal canone dell’intenzione del legislatore che la pose (secondo la variante espressa dalla *original intent theory*), con il voluto effetto di assicurare la stabilità della portata prescrittiva delle norme costituzionali; e di prevenire mutamenti della Carta fondamentale per via giurisprudenziale, indipendentemente cioè dall’osservanza delle forme d’un procedimento legislativo di revisione costituzionale e, in questo senso, di fatto (v. a es., R. BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, Mass., 1977; D.A. FARBER, *The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed*, 49 [1989] *Ohio St. L.J.* 1085 ss.; A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 [1989] *U. Cin. L. Rev.* 849; ID., *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Law*, in A. GUTMANN [ed.] *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997, 3 ss., anche nella nuova ed., Princeton, 2018; R.H. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of Law*, New York, 1990; R.E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton, 2003; ID., *Scalia’s Infidelity: A Critique of ‘Faint-Hearted’ Originalism*, 75 [2006] *U. Cin. L. Rev.* 7 ss.; C. NELSON, *Originalism and Interpretive Conventions*, 70 [2003] *U. Chi. L. Rev.* 519 ss.; e cfr., critici, M. TUSHNET, *Heller and the New Originalism*, 69 [2008] *Ohio St. L.J.* 609 ss., anche per la distinzione tra *old* e *new originalism*; S.M. GRIFFIN, *Rebooting Originalism*, 2008 [2008] *U. Ill. L. Rev.* 1185 ss.; M.N. BERMAN, *Originalism Is Bunk*, 84 [2009] *N.Y.U. L. Rev.* 1 ss. V. pure il volume collettaneo a cura di G. HUSCROFT e B.W. MILLER, *The Challenge of Originalism Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge, Mass., 2011). Dall’altro il *Living Constitutionalism*,

volta in volta può giovare, ma anche nuocere a seconda delle consistenze di quel dato.

Tale riconoscimento si associa al superamento della visione tradizionale, sicché si cessa di guardare all'individuo soltanto¹¹ nella prospettiva

che ha confini meno definiti o, se si vuole, definiti per differenza o, meglio, contrapposizione rispetto all'*Originalism*; e che abbraccia tutti coloro che condividono la convinzione che il significato delle disposizioni costituzionali muti nel corso del tempo e debba essere adattato all'evoluzione della realtà economico-sociale che sono chiamate a disciplinare, anche in mancanza di mutazioni testuali per effetto di provvedimenti conformi al procedimento di revisione costituzionale (per tutti, v. D. STRAUSS, *The Living Constitution*, Oxford, 2010; J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge, Mass., 2014; e cfr., critico, già W.H. REHNQUIST, *The Notion of a Living Constitution*, 54 [1976] *Tex. L. Rev.* 693 ss.).

¹¹ La profilata "evoluzione, nel modo di ragionare dei giuristi, dall'astrattezza della soggettività alla concretezza della persona" (v. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 55 ss.) sembra potersi riportare a una giustapposizione di concetti, senza doverla necessariamente tradurre in termini di radicale loro sostituzione. Non s'impone cioè di abbandonare la nozione di "soggetto di diritto" e l'insegnamento istituzionale che la riempie con il significato di centro unitario di imputazione di situazioni giuridiche soggettive (la cui persistenza è ricordata da F. GIARDINA, *La persona fisica*, in *Fonti, soggetti, famiglia. I. Le fonti e i soggetti*, in *Diritto civile* diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, vol. I, t. I, Milano, 2009, 251 ss. e, ivi, 253), di rifiutare uno strumento concettuale tecnico-formale perché incapace di esprimere la complessità del reale, specie se tale inabilità sia congruente con la limitatezza e specificità dei fini in vista dei quali l'attrezzo sia stato forgiato, ma di tener conto di questi ultimi; in relazione a essi, di non considerarlo un primato collocato in una posizione di vertice esclusiva; e di affiancargli un diverso modello idoneo allo scopo che l'altro non persegue e, dunque, non può, né deve soddisfare, ossia un modello che quindi non è neppure concorrente, tanto meno antagonista, bensì aggiuntivo. In tale prospettiva, chi non mostrò entusiasmo per la nozione di cui si tratta ha infine equilibratamente notato che un declino del soggetto è configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione (v. G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 829 ss.).

formalistica del soggetto come fattispecie¹² che non è priva di meriti¹³ e, tuttavia, ha suscitato perplessità¹⁴ fino ad apparire inadeguata per ragioni di carattere sostanziale¹⁵, siccome esprime un modello unitario e unificante che

¹² Cfr. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, spec. 60 ss. Ciò costituisce un approdo del formalismo kelseniano (v. P. RESCIGNO, *Frammenti da varie riflessioni nel tempo*, in *Per uno statuto del corpo* a cura di C.M. MAZZONI, Milano, 2008, 149 ss. e, ivi, 151) funzionale a esprimere una concezione unitaria e astratta del soggetto di diritto (v. S. AMATO, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Torino, 1990, 47 ss., e V. SCALISI, *Fonti – Teoria – Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, 278) in un contesto in cui il diritto aveva ampliato la categoria dei soggetti giuridici introducendo l'istituto della personalità degli enti (v. A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 64; sulla persona giuridica come categoria storica espressiva della soggettività, v. E. DEL PRATO, *Immagini dell'autonomia privata*, Torino, 2013, 61 ss.; cfr. pure ID., *La soggettività collettiva come effetto del contratto. L'ente privato come atto di autonomia*, in *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona. Atti del convegno del 7-8 ottobre 2008 S. Trada (Reggio Calabria)* a cura di F. TESCIONE, Napoli, 2010, 133 ss.). La formula configura il soggetto di diritto come la fattispecie in cui si combinano un elemento materiale, di fatto e uno formale, che consiste nella qualificazione normativa, *massime* legislativa del primo provvista dall'ordinamento giuridico che gli attribuisce rilevanza giuridica e ha effetto costitutivo (v. A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 68; e cfr. G. OPPO, *Tecnica giuridica e cultura animi negli scritti di Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 337 ss. e, ivi, 338, nonché V. SCALISI, *op. ult. cit.*, 277).

¹³ Lo ricorda P. RESCIGNO, *Soggetti e persona*, in *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona. Atti del convegno del 7-8 ottobre 2008 S. Trada (Reggio Calabria)*, cit., 21 ss.: collocata nel momento storico a cui appartiene, l'elaborazione in esame, nella misura in cui esprime una concezione unitaria e astratta del soggetto di diritto, partecipa all'affermazione del valore dell'eguaglianza.

¹⁴ La costruzione del soggetto come fattispecie suscitò perplessità, perché con essa “sembrava svanire tutta l'umanità del soggetto” (v. P. RESCIGNO, *Frammenti da varie riflessioni nel tempo*, cit., 151; G. OPPO, *op. ult. cit.*, 339), perché operava una *reductio ad unum* di “fenomeni” così diversi da provocare istintive reazioni ideologiche avverse a difesa dell'uomo dal “diritto” (ché “soggetta al diritto può essere la *persona iuris*; l'uomo è prima del diritto: il diritto è costituito *hominum causa*” di modo che l'uomo non è *causa iuris*: v. G. OPPO, *L'inizio della vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 499 ss. e, ivi, 524; cfr. pure ID., *Scienza, diritto e vita umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 19 ss.; ID., *Procreazione assistita e sorte del nascituro*, in *Procreazione assistita. Problemi e prospettive*, Atti del Convegno dell'Accademia dei Lincei, Roma, 31 maggio 2005, Brindisi, 2005, 15 ss.; ID., *Ancora su persona umana e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 259 ss.) o senz'altro dal legislatore (per una nozione di diritto fondato sulla “forza logica della regola” che ancora la validità della norma giuridica al “principio di non contraddizione ... che giustifica la forza in base al criterio di democrazia ed autonomia”, v. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 176 s.).

¹⁵ Soprattutto perché la teoria del soggetto come fattispecie si associa a una proclamazione di eguaglianza, di pari dignità dei “soggetti di diritto” di carattere puramente formale (v. P. RESCIGNO, *Soggetti e persona*, cit., 21 ss.) che riflette l'ideologia giusnaturalistica e illuministica (per tutti, v. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 96 ss., che ricorda la funzione ideologica dell'astrattezza [“soggetti astratti, rapporti astratti, libertà astratta, uguaglianza astratta, norme astratte”]; ne riferisce come strumento – che riporta al giusnaturalismo moderno – che consente di rompere con “le chiusure e i privilegi cetuali”; la qualifica come “l'efficace foglia di fico dietro cui celare l'assetto concreto di una società percorsa da non poche iniquità”,

posto che i soggetti astratti sono “improbabili abitatori di uno spazio/tempo inesistente”, non già “uomini in carne ed ossa bensì modelli di uomo” la cui evocazione “fa a pugno ... con la valorizzazione della ricchezza e il protagonismo del patrimonio, che non possono non inasprire le differenze di fatto fra abbienti e nulla-tenenti”; la considera un espediente con cui debutta “una strategia che ha accompagnato il diritto borghese per tutto lo svolgersi della modernità”; ne segnala il passaggio dal giusnaturalismo all’illuminismo giuridico, all’età dell’assolutismo giuridico settecenteschi [che del primo costituiscono prosecuzione – ivi, 104 ss. – determinando un rinnovamento giuridico che passa per “un rifiuto drastico del passato ... delle vecchie fonti ... cancellandole”; “il principe, idealizzato come modello di uomo e campione di virtù ... unico personaggio cui poteva essere affidato un ruolo ... di legiferazione” capace di “separare i principii naturali dalle creazioni artificiose ... che ... legge l’evidenza e la traduce in norme generali”; “un sonoro elogio della legge” che “provenendo da un modello ... non ha nulla d[i] odioso ... è soltanto espressione della «ragione umana» (... Montesquieu) o della «volontà generale» (... Rousseau) ... non lede la libertà ... proprio perché di tratta di comandi generali e astratti”] poi – ivi, 113 ss. – all’età dell’individualismo proprietario [“con la Rivoluzione di fine Settecento ... una sostanza tutta nuova viene conferita a ... la proiezione esterna del soggetto ... il patrimonio ... tanto più si è quanto più si ha ... la *property* lockiana questo è ... il proprietario al centro delle attenzioni ... nerbo dell’ordine pubblico ... soggetto virtuoso ... quieto e disciplinato ... ed è senz’altro a suo favore la ... eguaglianza giuridica che lascia intatte le diversità delle fortune ... [e] ... l’idea di uno Stato forte, unitario e compatto, con un pesante controllo della produzione del diritto”] e all’età dei codici [ivi, 135 ss.] che si tradusse nelle codificazioni ottocentesche (informate ai canoni dell’individualismo, della libertà e della parità tra gli uomini – *i.e.* all’astrattezza e all’eguaglianza formale: cfr. riassuntivamente F. MARINELLI, *La cultura del Code Civil. Un profilo storico*, Padova, 2004, *passim*; nonché G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 307, per il quale il codice civile è prodotto che affonda radici in storie e ideologie molteplici; e ID., *Diritto civile italiano Due secoli di storia*, Bologna, 2018, cap. 1, spec. §§ 12 e 16 –, per esse l’autonomia negoziale era massima sul presupposto che i consociati fossero liberi – potendo concludere le operazioni che credevano – ed uguali – siccome a tutti si garantiva la medesima libertà di contrattare –, sicché lo Stato si doveva astenere dall’intervenire nei rapporti economici: cfr., tra gli altri, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, a es. 192, 357; nonché L. SOLIDORO MARUOTTI, *I Percorsi del Diritto: esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino, 2011, 1 ss., che in proposito riferisce d’un diritto fittiziamente egualitario – cioè ispirato alla, e assertivo della c.d. eguaglianza formale – predicato a una società di diseguali, ossia insensibile alla c.d. diseguaglianza materiale) espressive d’un diritto c.d. borghese (cfr. G. TARELLO, *op. ult. cit.*, 357, per il rilievo che furono i fisiocratici a dare uno dei più importanti contributi alle idee di proprietà “come diritto astratto e elastico” e di contratto “come libero incontro di volontà” che “furono utilizzate nella formazione del codice civile della borghesia, il *Code Napoléon*”) che si serve de, e a cui serve la tecnica della “unificazione del soggetto di diritto quale carattere peculiare del Codice Napoleone e di quelli successivi” (v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. ult. cit.*, 1, che richiama G. TARELLO, *op. ult. cit.*, 192, e G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993); e che, nell’ambito dei rapporti sociali, fa del codice civile la costituzione materiale che fonda sulla parità formale tra individui assunti egualmente indipendenti e liberi (cfr. G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 21 ss.) anche in connessione con la credenza che l’uomo è invariabilmente “in grado di valutare e gestire i propri

dissimula il fatto¹⁶; non ci si accontenta del passaggio all'idea del soggetto come sintesi degli effetti¹⁷ che è apparsa evasiva e insoddisfacente¹⁸; ma si afferma la *primauté de la personne* che implica *le respect de tout être humain*

interessi” (v. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 54). Una proclamazione che si risolve in un postulato (di cui talora si rintracciano scie nel diritto comunitario: v. A. SOMMA, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contr. e impr.*, 2016, 123 ss. e, ivi, 136 ss., e G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea: regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 11; *contra* parrebbe L. ROSSI CARLEO, *Diritto del mercato, diritto per il mercato o diritto per i soggetti del mercato?*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 751 ss. e, ivi, 763, sul diritto dei consumatori quale momento di superamento del rapporto di forza che significherebbe superamento di una astratta parità formale) che risulta contraddetto dalla realtà di fatto (v. a es., P. RESCIGNO, *Soggetti e persona*, cit., 21 ss.; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, 1975, 126; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 743 ss.).

¹⁶ Non è detto che la teoria in esame proclami la parità formale dei soggetti di diritto nel senso che senz'altro riposi su di essa o l'accrediti: nel formularla si ha cura di precisare che “[i]l diritto, con l'introduzione della personalità degli enti collettivi, ha voluto ampliare la categoria generale dei soggetti giuridici, e non dei soggetti umani” (v. A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., 64) e di muovere una critica alla teoria kelseniana (si reputa fallito “il tentativo mirante a purificare il concetto di persona in senso giuridico” e si “riafferm[a] la ineliminabile necessità di ricorrere al momento metagiuridico” allorché il diritto provveda a qualificazioni, non scorgendosi in particolare ragione per cui “non si debba attribuire all'uomo la qualità di 'persona', quando ... l'uomo possiede quei caratteri che rappresentano le espressioni decisive della soggettività giuridica” [Id., *op. ult. cit.*, 56]; e ritenendosi che la purificazione non possa spingersi a “bandire dal mondo del diritto l'uomo”: Id., *op. ult. cit.*, 54; v. pure F.D. BUSNELLI, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Cinque anni di applicazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita: problemi e responsabilità* a cura di M. DOSSETTI, M. LUPO e M. MORETTI, Milano, 2010, 141 ss. e, ivi, 149); inoltre, riesaminando a distanza di tempo le posizioni dei critici, se ne è proposta una (ri)lettura “in termini non necessariamente antagonisti” (sulle “posizioni dell'ultimo Oppo e del primo Falzea”, v. F.D. BUSNELLI, *Soggetto e persona di fronte ai dilemmi della bioetica*, ne *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa* a cura di V. SCALISI, Milano, 2007, 407 ss. e, ivi, 426 s.). Tuttavia, quella teoria, se non appare necessariamente mossa dall'intento di celarle volutamente, si associa a un modello che non riflette, ossia non dà evidenza alle innegabili differenze di fatto esistenti tra (i soggetti e, entro questi, tra) gli uomini considerati “in carne e ossa” (cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 96 ss., nonché G. BONI e A. ZANOTTI, *op. cit.*, 18), ma li riduce a unità unificandoli in una nozione astratta e, in questo senso, è insensibile a esse.

¹⁷ La proposta è di N. LIPARI, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 641 ss. (v. pure Id., *Le categorie del diritto civile*, cit., 50 ss., spec. 61).

¹⁸ Queste le critiche (v. A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, 92, nt. 6): l'idea è ancora legata all'alternativa “se il soggetto preesista alla qualificazione normativa o ne sia in qualche modo il portato” (N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 52); è ambigua e offre una soluzione solo apparente siccome assume che “il soggetto è all'un tempo presupposto e fine, paradigma della persona astratta e sintesi degli effetti in concreto realizzati” (Id., *op. ult. cit.*, 61); reputa che “[a]i fini della disciplina il soggetto non esiste prima di agire” (Id., *op. ult. cit.*, 78).

*dès le commencement de la vie*¹⁹ e la contemplazione dell'uomo in carne, ossa e sangue²⁰.

Una primazia che si traduce nel recupero della nozione di persona rispetto a quella di soggetto²¹ e integra una rimonta che costituisce esito d'una analisi che è connotata dal tratto della concretezza; comporta la scomposizione della nozione sintetica di soggetto; e favorisce l'emersione dell'individuo dalla categoria unificante del soggetto, la sua separata considerazione rispetto alla massa degli altri soggetti, il riaffioramento delle specificità connaturate al suo essere umano, all'umanità del soggetto riguardato. Sul piano giuridico la vicenda si collega, dapprima alla rivitalizzazione d'una non recente famiglia di diritti che sono propri dell'individuo e, segnatamente, dei diritti fondamentali della persona (umana)²²; e, poi, al rafforzamento anche

¹⁹ V. F.D. BUSNELLI, *Ai confini della soggettività*, in *Persona e soggetto. Il soggetto come fattispecie della persona. Atti del convegno del 7-8 ottobre 2008 S. Trada (Reggio Calabria)*, cit., 35 ss.

²⁰ Cfr. L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1117 ss.; G. BONI e A. ZANOTTI, *Sangue e diritto nella Chiesa. Contributo ad una lettura dell'Occidente cristiano*, Bologna, 2009, 18; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 96 ss.

²¹ V. P. RESCIGNO, *Soggetti e persona*, cit., 21 ss., e G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, cit., 829 ss. Per la ricostruzione della vicenda, v. *amplius* S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, e G. ALPA, *La persona. Tra cittadinanza e mercato*, Milano, 1992, *passim*.

²² L'espressione, stipulativa, allude alla categoria di diritti che competono all'essere umano come tale (dunque a prescindere da altre qualificazioni e così, tra l'altro, dalla cittadinanza: cfr. Cass., 22 luglio 2015, n. 15362, in *Giust. civ. Mass.*, 2015; Cass., 15 gennaio 2016, n. 593, *ivi*, 2016; Cass. 30 dicembre 2016, n. 27557, *ivi*, 2016; cfr. la Convenzione americana sui diritti umani, c.d. Patto di San José di Costarica, per cui “[a]i fini della ... Convenzione il termine ‘persona’ designa ogni essere umano” (art. 1, co. 2); più ampia la categoria parrebbe in L. FERRAJOLI, *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, cit., per il quale “sono «diritti fondamentali» tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a «tutti» gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire”), la cui costruzione in termini di posizione legislativa può farsi risalire alla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 26 agosto 1789 (ancora richiamata nel preambolo della Costituzione francese del 4 ottobre 1958) o, prima, al modello a essa offerto dalla *Declaration of Independence* statunitense del 4 luglio 1776; ed è proseguita, a livello sopranazionale, dopo l'eclissi dei regimi totalitari della prima metà del '900, con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo dell'O.N.U. del 10 dicembre 1948 e l'ideale sua integrazione (o specificazione) con la risoluzione, adottata dalla medesima organizzazione, denominata Convenzione internazionale sui diritti civili e politici (o Patto internazionale sui diritti civili e politici) del 16 dicembre 1966 (in vigore dal 23 marzo 1976); la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU) del 4 novembre 1950, concepita in seno al Consiglio d'Europa, ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 858, e che ha istituito la Corte europea dei diritti dell'uomo quale organo giurisdizionale internazionale chiamato ad assicurarne il rispetto; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza) del 7 dicembre 2000 che, dopo il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (entrato in vigore il 1° dicembre 2009), per l'art. 6 TUE ha “lo stesso valore giuridico dei Trattati” (per C. Cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Riv.*

formale della posizione di questi ultimi pure negli orientamenti applicativi a cui la difesa di tali diritti è, nella sostanza, affidata²³.

dir. internaz., 2011, 578 ss., il presupposto di applicabilità della Carta è che il caso sottoposto all'esame del giudice sia disciplinato dal diritto europeo – in relazione a esso vengano in rilievo atti dell'Unione o atti o comportamenti nazionali che diano attuazione al diritto dell'Unione o giustificazioni addotte da uno Stato membro a sostegno d'una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto). L'espressione, che riveste un oggetto tanto cruciale che in prospettiva sociologica è stato profilato come un'istituzione (sociale: v. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965; e cfr. G. PALOMBELLA e L. PANNARALE, *Introduzione all'edizione italiana*, in N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione*, Roma-Bari, 2002), sembra diffusa, ma convive con altre (talune risultanti anche dalle intitolazioni delle fonti poc' anzi citate) che sottintendono che possano darsi distinzioni per categorie concettuali tra diritti fondamentali, diritti inviolabili, diritti dell'uomo (v. G. ALPA e G. CONTE, *Introduzione. La Corte di Giustizia e i diritti fondamentali*, in *Casi decisi dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sui diritti fondamentali in materia contrattuale* a cura di G. ALPA e G. CONTE, Torino, 2018, 1 ss. e, ivi, 4), ma anche libertà fondamentali; o colgono e rimarcano distinti profili peculiari ai diritti in discorso.

²³ Nell'esperienza domestica, in coerenza con l'art. 2 Cost. e la circostanza che esso sia stato concepito al termine d'un periodo storico contraddistinto da totalitarismi e, con essi, dalla mortificazione della dignità umana e, in genere, dei diritti fondamentali della persona, alla difesa di questi ultimi appare funzionale la posizione di vertice assegnata dalla Consulta ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana, su cui è costruita la teoria dei controlimiti per cui gli uni e gli altri, nel rapporto tra il diritto interno e le regole appartenenti ad altri ordinamenti – non ostante l'art. 10 Cost. e, ora, l'art. 117 Cost. che a tale relazione si riferiscono –, rappresentano argini che impediscono che il primo sia penetrato dalle seconde se siano incompatibili con (il nucleo essenziale de) gli uni o gli altri (con riferimento al diritto comunitario, v. già C. Cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, I, 1098 ss.; con riguardo al diritto internazionale, v. C. Cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 799 ss.; e v. pure C. Cost., 22 luglio 2010, 270, in *Riv. dir. comm.*, 2011, II, 217 ss., che, senza pervenire a una declaratoria d'incostituzionalità di norme comunitarie, “ha tuttavia sancito la prevalenza del diritto fondamentale al lavoro sulle norme in tema di concorrenza non solo nazionali ma anche dell'Unione europea, che avrebbero impedito la fusione tra Alitalia e Air One”, secondo la ricostruzione di L. DELLI PRISCOLI, *Diritti fondamentali e mercato nelle diverse prospettive delle corti di Lussemburgo e di Strasburgo*, in <http://www.magistraturaindipendente.it/diritti-fondamentali-e-mercato-nelle-diverse-prospettive-delle-corti-di-lussemburgo-e-di-s.htm>). E, altrettanto coerentemente (perché il vertice è quello dinanzi indicato, che potrebbe non corrispondere esattamente ai contenuti della CEDU; e perché quest'ultima – per C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1365 ss., già successiva al Trattato di Lisbona, sebbene anteriore all'entrata in vigore di esso – non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce, quindi, norme direttamente applicabili negli Stati contraenti; ha rango di “fonte interposta”; esprime regole che restano pur sempre a un livello sub-costituzionale e non si sottraggono al controllo di costituzionalità che s'ispira al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali imposto dall'art. 117, co. 1, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione; comporta che il giudice debba interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione

All'interno della delineata tendenza, anche a causa delle diverse matrici che imprimono le fonti²⁴, non mancano disarmonie nel dialogo tra le

internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme e che, qualora ciò non sia possibile o si dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", non si possa disapplicare la norma interna, ma si debba sollevare la q.l.c. di essa in relazione all'art. 117 Cost.), la CEDU, entro la gerarchia delle fonti, risulta elevata dalla Consulta in posizione mediana tra i precetti costituzionali e gli atti aventi forza di legge (v. già dopo il Trattato di Lisbona, sebbene prima della sua entrata in vigore, C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit., 1365 ss., e C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, 3535 ss.; nonché, anche dopo dell'entrata in vigore di quello, ma nella persistente assenza dell'adesione dell'UE alla CEDU, C. Cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Foro it.*, 2010, I, 2008 ss.: per una critica di tali precedenti sia ove negano l'ingresso della CEDU nell'ordinamento domestico, sia ove conseguentemente negano che il giudice possa direttamente disapplicare la norma interna che si ponga in contrasto con la CEDU anziché dover sollevare la q.l.c. della prima, v. G. ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale. Il nuovo diritto internazionale*, Milano, 2010, 405 ss., che fa leva sulla circostanza che, dopo il Trattato di Lisbona, ex art. 6 TUE i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'U.E. in quanto principi generali e, in relazione a ciò, sul principio del primato del diritto comunitario isolato da Corte Giust. CEE, 15 luglio 1964, causa n. 6/64, in *Foro it.*, 1964, IV, 137 ss., e poi recepito da C. Cost., 8 giugno 1984, n. 170, cit., 1098 ss.; favorevoli alla disapplicazione, sembrerebbero già A. CELOTTO, *Interpretazione convenzionalmente conforme: istruzioni per l'uso*, in *www.giustamm.it*, 2009, e G. VETTORI, *I principi comuni del Diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 115 ss.).

²⁴ Se la primazia dei diritti fondamentali della persona è radicata nella Costituzione (cfr. P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 208 ss.; N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 83 ss.; P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 25 ss.) e nella contemporanea CEDU che per essi ha esclusivo riguardo, diversa considerazione essi ricevono in seno al diritto comunitario che non riconosce loro eremitica preminenza. Così, la Carta di Nizza è anfibologica, siccome non è incentrata solo sui diritti fondamentali della persona, ma è permeata anche da valori del (e, dunque, orientata pure al) mercato (valgano i riferimenti alla libertà d'impresa e alla tutela dei consumatori contenuti, rispettivamente, negli artt. 16 e 38), tant'è che si ammette che le libertà e i diritti dell'uomo da essa riconosciuti possano subire limitazioni (art. 52, che appare aderente alla risalente Corte Giust. CEE, 14 maggio 1974, causa n. 4/73, in *Foro it.*, 1974, IV, 296 ss., per cui i diritti fondamentali possono limitarsi in vista di obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità). E se, dunque, dopo il Trattato di Lisbona, come si è accennato, le une e gli altri per un verso vanno ascritti ai valori dell'Unione europea, per altro verso nel diritto comunitario si affiancano a, e non prevalgono su altri valori che hanno diversa radice, rispetto ai quali si collocano al medesimo livello: nel diritto comunitario, cioè, si registra la direttiva del bilanciamento tra valori del mercato e diritti fondamentali della persona, che implica contemperamento dei secondi con i primi che si traducono in principi e libertà d'altra natura, che attengono alla libera concorrenza o all'unione monetaria e a libertà che non sono (solo) quelle di riunione o di associazione o di movimento, ma pure quelle che si sostanziano nella libera circolazione dei capitali, nella libera prestazione di servizi e nella libertà di stabilimento (cfr. Corte Giust. UE, Grande Sezione, 15 novembre 2016, causa n. 268/15, in *Foro amm.*, 2016, 2616). Ne risulta una sensibile differenza di ruolo

Corti²⁵. Tuttavia, di là delle dissonanze – differenze, se non contrasti – che

dei diritti fondamentali della persona e distanza dal diverso limite posto dalla CEDU che ne ammette compressioni sol se non ne sia pregiudicata la sostanza, ossia non ne sia leso il nucleo essenziale (limite riaffermato dalla Corte di Strasburgo nel caso *Rasul Jafarov v. Azerbaijan*: Corte EDU, 17 marzo 2016, *Application no.* 69981/14, in <https://www.legal-tools.org/doc/2994f2/pdf/>; cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Liberalizzazioni e diritti fondamentali*, Frosinone, 2016, 21, nt. 15; e Id., *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011); e a maggior ragione da quello connotato alla ricordata teoria dei controlimiti elaborata dalla Consulta.

²⁵ Rispetto ai richiamati indirizzi applicativi della Consulta e della Corte EDU che – coerentemente con il primato riconosciuto ai diritti fondamentali della persona, rispettivamente, dalla Costituzione e dalla CEDU al quale si accennato – assegnano predominanza ai diritti fondamentali della persona, per la Corte di Giustizia dell’Unione europea – coerentemente con la rammentata anfibia della Carta di Nizza e l’originario, pressoché esclusivo orientamento del diritto comunitario alla realizzazione di valori e obiettivi mercantili – essi non sono prevalenti rispetto a valori che attengono al mercato che, storicamente egemoni (v., tra gli altri, G. PINO, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa* a cura di I. TRUJILLO e F. VIOLA, Bologna, 2007, 109 ss.; critici, a es., J. COPPEL e A. O’NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, 29 [1992] *Common market L. Rev.* 669 ss., e M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 39 ss.), dopo il Trattato di Lisbona sono perlomeno concorrenti nella segnalata ottica di bilanciamento (ciò che per G. PINO, *op. ult. cit.*, 109 ss., consente alla Corte di Giustizia di muoversi su di un piano di “libertà assiologica”). Lo si nota in relazione a due temi. Il primo riguarda i rapporti tra diritto comunitario e CEDU: in proposito, l’orientamento della Corte è avverso all’adesione dell’UE alla Convenzione (sul processo si può leggere la ricognizione di I. ANRÒ, *L’adesione dell’Unione Europea alla CEDU. Evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015) per ragioni (scolpite in Corte Giust. UE, Ad. plen., 18 dicembre 2014, parere n. 2/13, in L. DI DONNA, *Codice di diritto privato europeo*, Milano, 2016, 146 ss.) inerenti proprio alla diversa gerarchia di valori che la CEDU e la Carta di Nizza esprimono; e la Corte fa della detta adesione il presupposto dell’inclusione della Convenzione nel diritto comunitario (per Corte Giust. UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, causa n. 537/16, in *Foro amm.*, 2018, 422 ss., “sebbene come confermato dall’articolo 6, paragrafo 3, TUE” – per cui i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali – “i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU facciano parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali e sebbene l’articolo 52, paragrafo 3, della Carta disponga che i diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU abbiano lo stesso significato e la stessa portata di quelli conferiti dalla suddetta Convenzione, quest’ultima non costituisce, fintantoché l’Unione europea non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell’ordinamento giuridico dell’Unione”, richiamando in proposito Corte Giust. UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa n. 617/10, in *Giur. cost.*, 2013, 3605 ss., nel caso *Åkerberg Fransson*, nonché Corte Giust. UE, Grande Sezione, 15 febbraio 2016, causa n. 601/15, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 2009 ss., e la giurisprudenza in esse citata). Il secondo attiene alla teoria dei controlimiti che, se per un verso, come si è segnalato, è ormai radicata negli orientamenti della Consulta, per altro verso non ha accesso nella giurisprudenza comunitaria: per la Corte di Giustizia i diritti fondamentali della persona

si registrano sul piano dell'astratta sistemazione di questioni capitali di principio e, così, innanzi tutto della costruzione delle gerarchie normative, sembra in corso un processo di graduale convergenza sul terreno delle soluzioni in concreto offerte ai "casi" che diversi fattori hanno agevolato.

Così, si è avvantaggiato dell'evoluzione del diritto e della giurisprudenza comunitari, nel cui quadro i valori e gli obiettivi mercantili hanno cessato di occupare una posizione egemonica essendo ormai affiancati, dopo il Trattato di Lisbona, ai diritti fondamentali della persona²⁶ con cui si confrontano e debbono essere conciliati²⁷. Inoltre, è favorito dall'estensione, promossa dalla Consulta, della direttiva della "leale collaborazione" dai rapporti tra enti dell'ordinamento domestico²⁸ alle relazioni tra Corti nazionali e comunitarie²⁹, che appare confacente a contrastare rigurgiti di prevalenza in ambito comunitario degli interessi economici sui "principi supremi dell'ordine costituzionale italiano" e i "diritti inalienabili della persona" che

non occupano in solitudine la posizione di vertice che costituisce il presupposto di quella teoria; non possono operare come filtro impeditivo della penetrazione del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri; non sono sovraordinati rispetto a quest'ultimo, a cui viceversa si attribuisce supremazia; fanno semplicemente parte del patrimonio comune dell'U.E., all'interno del cui diritto trovano riconoscimento, ma al pari e con collocazione al medesimo livello dei valori del mercato; e, a conferma della primazia di quello, possono sì trovare tutela all'interno dei detti ordinamenti in conformità di essi, ma sol se detta tutela, per un verso, non sia inferiore a quella provvista dalla Carta di Nizza così come interpretata dalla Corte di Giustizia, ma per altro verso non dia luogo a contrasti con il diritto comunitario (per tutte Corte Giust. UE, 26 febbraio 2013, causa n. 617/10, cit., 3605 ss.).

²⁶ Per l'accresciuta attenzione per tali diritti nella giurisprudenza comunitaria, cfr. *Casi decisi dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea sui diritti fondamentali in materia contrattuale* a cura di G. ALPA e G. CONTE, cit., *passim*.

²⁷ Ne è un esempio il rilievo che assume il diritto al pluralismo dell'informazione in Corte Giust. CE, 31 gennaio 2008, causa n. 380/05, in *Foro it.*, 2009, IV, 414 ss. (analogo rilievo in C. Cost., 9 luglio 2009, n. 206, in *Giur. cost.*, 2009, 2382 ss.; ad altro riguardo, ma sempre nell'ottica del limite che i diritti di stampo "economico" possono incontrare nei diritti fondamentali della persona, v. Cass., 22 giugno 2007, n. 14602, in *Giust. civ. Mass.*, 2007).

²⁸ V. già C. Cost., 1 marzo 1972, n. 35, in *Foro it.*, 1972, I, 1198 ss., e C. Cost., 14 luglio 1976, n. 175, in *Giur. cost.*, 1976, 1085 ss. In dottrina, tra i molti, M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994, 1313 ss.

²⁹ Cfr. C. Cost., ord., 26 gennaio 2017, n. 24, in *Foro it.*, 2017, I, 393 ss., per cui per "l'art. 4, paragrafo 3, ... TUE ... i rapporti tra Unione e Stati membri sono definiti in forza del principio di leale cooperazione, che implica reciproco rispetto e assistenza. Ciò comporta che le parti siano unite nella diversità ... la legittimazione ... e la forza stessa dell'unità in seno a un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo ... in linea di principio ... le sentenze della Corte di giustizia ... non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale ... l'interpretazione appena delineata ... si propone ... come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità".

vi si riportano³⁰; e che sembra sia stata ben accolta dalla Corte di Giustizia³¹. Ancora, è assecondato dalla ulteriore direttiva³² che appare condivisa a livello sia domestico³³ sia comunitario³⁴ e che caldeggia il bilanciamento

³⁰ La questione si è posta con riguardo ai principi di legalità in materia penale e dell'irretroattività della legge penale più sfavorevole al reo, messi a rischio da Corte Giust. UE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa n. 105/14, in *Riv. dir. internaz.*, 2015, 1328 ss., con particolare riferimento al regime della prescrizione dei reati fiscali nel caso Taricco. Al precedente ha fatto seguito il rinvio pregiudiziale disposto da C. Cost., ord., 26 gennaio 2017, n. 24, cit., 393 ss., che ha chiamato la medesima Corte a precisare l'interpretazione dell'art. 325 TFUE anteriormente offerta, per assicurarne la compatibilità con quei principi, siccome in difetto, non ostante “[i]l riconoscimento del primato del diritto dell’Unione”, poiché “l’osservanza dei principi supremi dell’ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell’Unione possa essere applicato in Italia”, “sarebbe necessario dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che” si diano norme in conflitto con quelli.

³¹ A seguito del rinvio pregiudiziale di cui si è appena detto, Corte Giust. UE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa n. 42/17, in *Foro it.*, 2018, IV, 18 ss., ha sottolineato “che il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall’articolo 267 TFUE instaura un dialogo da giudice a giudice tra la Corte e i giudici degli Stati membri”; e, pur riaffermando il primato del diritto comunitario, ha precisato che l’art. 325 TFUE “impone al giudice nazionale di disapplicare, nell’ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all’inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato” (così come già ritenuto da Corte Giust. UE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, cit., 1328 ss., nel caso Taricco) solo in linea di massima, integrando l’indirizzo già espresso specificando che il giudice nazionale non è a ciò tenuto se “una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”.

³² Sembra delineare una differenza tra bilanciamento come tecnica e come logica G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 174 ss.

³³ Tra le molte, cfr. C. Cost., 23 marzo 2018, n. 58, in *Cass. pen.*, 2018, 1953 ss. Sul bilanciamento tra valori costituzionalmente nella giurisprudenza della Consulta, nell’ampia letteratura, cfr. a es. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, e A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale: teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014; N. LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 261 ss.

³⁴ Cfr., a es., Corte Giust. UE, 12 giugno 2003, causa n. 112/90, in *Riv. giur. ambiente*, 2003, 793 ss.; Corte Giust. UE, 14 ottobre 2004, causa n. 36/02, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 181 ss.; Corte Giust. UE, Grande Sezione, 11 dicembre 2007, causa n. 438/05, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, 848 ss., nel caso *Viking Line*. In dottrina, tra i tanti, A. TANCREDI

· *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir.*

tra valori o diritti diversi per natura e contenuto quando, per ciò, in relazione a essi si manifestino esigenze discordanti, se non conflittuali; ed essi siano positivamente attestati al medesimo livello gerarchico o, almeno, dotati d'un analogo grado di rilevanza (giuridica, specie se risulti dalla loro menzione in fonti dell'ordinamento di rango) costituzionale³⁵. Un indirizzo metodologico quest'ultimo che muove dal presupposto che una misurata compressione d'un interesse può evitare che un altro con cui si confronti sia del tutto pretermesso; e facilita gli avvicinamenti poiché previene «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno"»³⁶ nei confronti di altre situazioni giuridiche pur rilevanti³⁷, in applicazione di "criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro, in modo che sia sempre garantita una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati"³⁸.

2. Diritti fondamentali e ideologie

internaz., 2006, 645 ss.; S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009, 125 ss.; A. VESPAZIANI, *Il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza comunitaria: a view from Luxembourg*, in *Impresa e diritti fondamentali nella prospettiva transnazionale* a cura di M.B. DELI, M.R. MAURO, F. PERNAZZA, F.P. TRASCI, Napoli, 2012, 275 ss. e, *ivi*, 286; M. CASALI, *Il diritto all'oblio nella sentenza Google Spain. "Ieri la damnatio memoriae, oggi l'obbligo del ricordo"*, in *Orientamenti della corte di giustizia dell'Unione Europea in materia di responsabilità civile* a cura di G. ALPA e G. CONTE, Torino, 2018, 143 ss. e, *ivi*, 148.

³⁵ Con la direttiva del bilanciamento si offre una soluzione a un problema di teoria generale del diritto che attiene alla composizione dei conflitti che si diano tra valori, interessi, diritti, libertà, principi accomunati dalla rilevanza costituzionale: per la proposta, v. a es., R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985 (anche nella trad. it., sull'edizione Frankfurt am Main, 1994, *Id.*, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012); *Id.*, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars Interpretandi*, 2002, 131 ss.; *Id.*, *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, *ivi*, 2005, 99 ss.; e cfr. G. MANIACI, *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2002, n. 2, 47 ss. V. pure R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, 142 ss.; *Id.*, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 302 ss.; G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 96 ss.

³⁶ Che riecheggia SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, Stuttgart, 1967 (anche nella trad. it., *Id.*, *La tirannia dei valori*, Roma, 1987). Cfr. P. PERLINGIERI, "Dittatura del relativismo" e "tirannia dei valori", in *Iustitia*, 2011, 225 ss.

³⁷ V. C. Cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 1424 ss.

³⁸ V. C. Cost., 23 marzo 2018, n. 58, cit., 1953 ss., e, prima, a es., C. Cost., 24 marzo 2016, n. 63, in *Foro it.*, 2017, I, 1451 ss., e C. Cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Giur. cost.*, 2012, 4216 ss.

L'osservazione analitica delle entità contenute nella nozione di soggetto come fattispecie – che ne vagli le consistenze in un'ottica comparativa e, segnatamente, differenziale per stabilire se, al di là della portata unificante del concetto che le sintetizza riducendo a unità il molteplice, siano da ordinare, s'incanalino in specie – ne determina una scissione in diversi contingenti, che costituisce un preliminare passo nella costruzione giuridica delle differenze tra i soggetti. Lo sguardo posato sull'individuo ne fa cogliere il peculiare tratto dell'umanità, sul cui presupposto e per presidiare la quale s'isola la persona (umana) e le si predicano diritti e libertà³⁹ detti, via via, intangibili⁴⁰, fondamentali, inviolabili, dell'uomo⁴¹ o inalienabili⁴² perché consustanziali a tutti gli esseri umani: cosicché al concetto giuridico unificante i soggetti in astratto si affianca una classe di situazioni giuridiche unificante gli individui in una più concreta angolazione.

Certo si può discutere quale sia il perimetro di tale classe, quali siano cioè le situazioni in essa incluse, con particolare riguardo a quelle che hanno contenuto più spiccatamente economico o mercantile o senz'altro di stampo patrimoniale, come la proprietà⁴³. Ma si tratta di procedere a un'*actio finium*

³⁹ La distinta menzione riflette, innanzi tutto, l'intitolazione della CEDU e la separata citazione di diritti e libertà (e principi) nel preambolo della Carta di Nizza. Inoltre (come ricorda G. PINO, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali ragionamento giuridico*, cit., 109 ss., che la impiega pur ritenendo che le libertà si riportino ai diritti), riflette anche l'abitudine a livello comunitario ed eurounitario di predicare il termine libertà (fondamentali) a situazioni di rilevanza economica o mercantile, collegate dunque a interessi economici o a valori del mercato (come la libertà d'impresa – economica o d'iniziativa economica privata –; di circolazione di persone, servizi, merci e capitali; di concorrenza; di libera prestazione di servizi; di stabilimento: cfr. Corte Giust. UE, Grande Sezione, 15 novembre 2016, causa n. 268/15, cit., 2616) per distinguerle dai diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e da quelli riconosciuti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Per l'impiego, v. pure G. ALPA e G. CONTE, *Premessa*, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali* a cura di G. ALPA e G. CONTE, Torino, 2018, 1 ss.

⁴⁰ Ad. es. P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, 191 ss., anche per un'analisi delle implicazioni dell'uso del termine rispetto ad altri che seguono.

⁴¹ A es., v. G. ALPA e G. CONTE, *Introduzione. La Corte di Giustizia e i diritti fondamentali*, cit., 4; nonché G. ALPA e G. CONTE, *Premessa*, cit., 1 ss.

⁴² A es., v. C. Cost., ord., 26 gennaio 2017, n. 24, cit., 393 ss.

⁴³ L'inclusione della proprietà tra i diritti fondamentali della persona trascorre dal secondo capitolo del trattato sul governo del progenitore del liberalismo classico (J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, London, 1690, la cui redazione precedette, ma la cui pubblicazione attese la fine della *Glorious Revolution* inglese del 1688 e l'accettazione, nel 1689, da parte di Guglielmo III d'Orange del – l'English – Bill of Rights o Dichiarazione dei diritti civili e politici predisposta dal Parlamento inglese: un testo che, scritto in contrapposizione all'opera,

regundorum rispetto a un nucleo che sembra essere sufficientemente condiviso e consolidato sul piano culturale; e da questo transitato in fonti giuridiche che occupano posizioni di vertice in seno all'articolato sistema pluralistico o rete ch'esse compongono⁴⁴. Si tratta di un regolamento di confini che

pubblicata postuma, di Sir R. FILMER, *Patriarcha; or the Natural Power of Kings*, London, 1680, si oppose ai realisti sostenitori del diritto divino dei re e dell'assolutismo monarchico; in cui si svolse un'articolata critica alla teoria del diritto divino dei re, sviluppando l'antitetica dottrina dei diritti naturali degli uomini e dell'origine consensuale del governo; e che sostenne le ragioni dei *Whigs*, ossia dei liberali dell'epoca che all'esito di quella rivoluzione prevalsero) al secondo articolo della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Sul rapporto tra diritti fondamentali e diritti patrimoniali, per un'interpretazione restrittiva dei primi per ragioni di "forma o struttura", v. a es. L. FERRAJOLI, *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, in <http://www.ristretti.it/arestudio/territorio/opera/documenti/approfondimento/diritti.htm>. Per l'indirizzo per cui i diritti fondamentali includono anche *economic rights* (quali i *property rights* e la *freedom of contract*) e questi ultimi debbono ricevere la medesima protezione dei *non-economic* o *personal rights* (quali i *privacy rights* e la *freedom of speech*, v. a es. R.A. EPSTEIN, *The Classical Liberal Constitution*, Cambridge, Mass., 2014, 684 e *passim* (contra, S. SHERRY, *Property is the new privacy: the coming constitutional revolution*, 128 [2015] *Harv. L. Rev.* 1452 ss., su cui v. R.A. EPSTEIN, *An Unapologetic Defense of the Classical Liberal Constitution. A Reply to Professor Sherry*, 128 [2015] *Harv. L. Rev. Forum* 145 ss., <https://harvardlawreview.org/2015/03/an-unapologetic-defense-of-the-classical-liberal-constitution/>).

⁴⁴ Per alcuni riferimenti a tali fonti, v. *supra* nelle note. Sono fonti eterogenee, per natura e provenienza, poiché al ridimensionamento (o crisi) della sovranità degli Stati (v. già F. VASSALLI, *Superamento dello Stato nazionale e della sovranità statale*, in *Comun. intern.*, 1946, 483 ss.; più di recente, cfr. D. D'ANDREA, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-modernità e nuovo Medioevo*, nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, 77 ss., e P. GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, *ivi*, 2002, 39 ss. e, *ivi*, 52 ss.) sono collegate la recessione del fenomeno dell'unificazione statale del diritto e la correlativa affermazione di un sistema pluralistico di fonti (v. a es. G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., 407 ss.; A. GRILLI *L'Italia dal 1865 al 1942: dal mito al declino della codificazione*, in *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni* a cura di M. ASCHERI, Torino, 2008, 157 ss. e, *ivi*, 172 s.; e J.L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, 1999) molto articolato (per una rassegna che individua dieci tipi di fonti, cfr. S. RODOTÀ, *Un Codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio* a cura di P. CAPPELLINI-B. SORDI, Milano, 2002, 541 ss. e, *ivi*, 548 s.: « trattati, convenzioni, accordi internazionali; - discipline "regionali", come le direttive e i regolamenti dell'Unione europea; - leggi nazionali; - norme statali (negli Stati federali), regionali o comunque derivanti da processi di decentramento normativo; - diritto giurisprudenziale (comprensivo delle decisioni arbitrali); - regole provenienti da autorità indipendenti sovranazionali o nazionali; - linee guida provenienti da organismi internazionali; - modelli contrattuali uniformi; - codici di condotta internazionali o nazionali; - regole o standard di "normalizzazione" tecnica»), la cui complessità (tale da indurre a parlare, in luogo d'un sistema, di una "rete di fonti", governata da complessi criteri di coordinamento: v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *I Percorsi del Diritto: esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, cit., 2011, 3; e ID., *Il giudice e il fatto: nuove suggestioni del pensiero vichiano, in Ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto* a cura di E.M. MARENGHI, Napoli, 2014, 111 ss.) è dipesa,

è delicato e implicante per la rilevanza dell'ambito che determina, perché configura a livello giuridico la basilare e universale condizione dell'essere umano delineando *standards* (quelli dei diritti umani) dai compositi riflessi nel campo dei diritti economici, sociali, alla formazione culturale, civili e politici; che, quindi, risente inevitabilmente di preferenze ideologiche di vario tipo che precedono la soggettiva proposta dei luoghi ove apporre i termini; che sgorga da un confronto dialogico, ma a cui non conviene lo scontro radicale.

La contrapposizione puramente ideologica non solo è inadatta al tema, che attiene al riconoscimento di diritti e libertà che non sono semplicemente inerenti, ma coesenziali alla persona in quanto essere umano e, dunque, caratterizzati in principio da assolutezza e generalità, che implicano la loro tendenziale finitezza che esige razionalità nella selezione⁴⁵. E non solo è

innanzi tutto, dall'accresciuto rilievo delle fonti che trascendono la dimensione nazionale (sui rapporti tra questa e quella sopranazionale del diritto v., a es., O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 1 ss.), dunque dalla internazionalizzazione e, poi, dalla globalizzazione del diritto (in tema v., a es., M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; ID., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; B. PASTORE, *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?*, in *Ars interpretandi*, 6, 2001, 157 ss.; e, con particolare riguardo al *multilevel constitutionalism*, G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 19 ss. e 43 ss.) nonché, per quanto attiene alle esperienze domestiche degli Stati membri dell'U.E., dal concatenato fenomeno della c.d. "europeizzazione" dei diritti nazionali o, almeno, di loro ampi settori (su cui v. A. TIZZANO, *Problemi "linguistici" nell'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2017, 861 ss., § 5; e ID., *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, *ivi*, 2009, 141 ss. e, *ivi*, 152).

⁴⁵ In tale prospettiva, può essere utile ricordare il niente affatto marginale (né recente, né limitato all'esperienza domestica: v. *supra* in nota) orientamento che accoglie un'accezione lata della nozione di diritti e libertà fondamentali (cfr. a es. R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., 142 ss.; P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia dei)*, in *Enc. dir. Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, 365 ss.; G. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, 159 e *passim*; C. Cost., 9 maggio 2013, n. 85, cit., 1424 ss.; e la già ricordata giurisprudenza della Corte di Giustizia), che non include i soli diritti umani o diritti fondamentali della persona in senso stretto (che spettano all'uomo in quanto tale: la distinzione anche rispetto ai diritti del cittadino è formalizzata almeno dal 1789; v. pure Cass., 22 luglio 2015, n. 15362, cit.), ma si estende a comprenderne pure di natura economica, mercantile, patrimoniale: *contra* l'inclusione a es. della libertà (di iniziativa) economica (privata) tra i diritti fondamentali costituenti diritti inviolabili dell'uomo v. F. GALGANO, *Commento sub art. 41*, in F. GALGANO e S. RODOTÀ, *Art. 41 – 44. Rapporti economici*, t. II, nel *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna, 1982, 1 ss. e, *ivi*, 26, ma con riferimento all'ordinamento costituzionale nazionale (ossia in prospettiva giuspositivistica, con riferimento a quel dato normativo in cui, tra l'altro, si tende a rintracciare il principio personalistico) e in presenza di voci antitetiche colà riferite (sulla categoria dei diritti fondamentali, v. pure G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento*

divergenza tra poli che sottintende l'ambizione di ciascuno di imporre l'autocratica egemonia di "un" ideale dispotico e, dunque, reca il pericolo di farlo prevalere sulla razionalità con cui l'ideologia deve necessariamente confrontarsi trovandovi un argine capace d'irreggimentarla o, senz'altro, di respingerla, tanto più se si considera che il diritto, pragmaticamente, deve essere oggettivamente sensato sul piano sia della razionalità assiologica (diritto equo, diritto giusto) del dover essere; sia della razionalità dell'essere, ossia della razionalità economica, *i.e.* dell'efficienza del diritto⁴⁶.

Di più. L'antitesi ideologica favorisce forme di progressismo estreme: per difetto, ossia limitative di quell'ambito; o per eccesso, cioè proclivi a una moltiplicazione di "diritti" che fa perdere senso alla categoria e, inoltre, reca il rischio di far apparire la persona umana come una fattispecie e pure relativa, che abbisogna d'essere giuridicamente configurata, di ricevere attribuzioni, anziché come essere che reclama riconoscimenti per quel che è, pretesi dall'individuo in sé, a partire cioè dalla sua umanità. In entrambi i casi, si veicolano e promuovono novità che allontanano da quel nucleo faticosamente formalizzato, che rendono insicuro e svigorito⁴⁷; e che indeboliscono poiché il progressismo che proceda senza gradualità,

giuridico nello Stato costituzionale, cit., cap. IV e V, e *supra* in nota). Indipendentemente dalla composizione e dall'estensione della categoria in considerazione, le componenti si possono ordinare gerarchicamente, riconoscendone alcuni inalienabili (cfr. C. Cost., ord., 26 gennaio 2017, n. 24, cit., 393 ss., in base al principio personalistico) o, comunque, inviolabili, intangibili; oppure si può optare per una collocazione di tutti al medesimo livello, secondo la tendenza del diritto eurounitario. Nell'uno e nell'altro caso, la tecnica del bilanciamento può operare (anche nel primo possono darsi contrasti interni per la cui soluzione è alternativa all'adozione d'una gerarchia caratterizzata da rigida fissità), ma parrebbe indispensabile nel secondo; e in entrambi sembrerebbe tanto più favorito quanto più aumentino l'estensione e l'eterogeneità della detta categoria.

⁴⁶ Cfr. A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1105 ss. E v. gli accenti critici, più che nichilistici di N. IRTI, *Un contratto 'incalcolabile'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 17 ss., ora nel volume ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., 107 ss., ove si osserva che "[l']immagine weberiana del diritto razionale ormai appartiene al passato" esemplificando con riferimento alla crisi della fattispecie e, segnatamente, del "concetto del contratto come fattispecie" (ivi, 109).

⁴⁷ Cfr. K. POLANYI, *The Tacit Dimension*, New York, 1966, 62 s.: "I believe that the new self-determination of man can be saved from destroying itself only by recognizing its own limits in an authoritative traditional framework which upholds it. Tom Paine could proclaim the right of each generation to determine its institutions anew, since the range of his demands were in fact very modest. He unquestioningly accepted the continuity of culture and of the order of private property as the framework of self-determination. Today the ideas of Tom Paine can be saved from self-destruction only by a conscious reaffirmation of traditional continuity. Paine's ideal of unlimited gradual progress can be saved from destruction by revolution only by the kind of traditionalism taught by Paine's opponent, Edmund Burke".

per salti, riduce il grado di condivisione che appartiene ai segnalati fattori da cui dipende sia la stabilità dei *constitutional essentials* che includono i diritti e le libertà in discorso⁴⁸ sia, correlativamente, un'ordinata democrazia costituzionale⁴⁹.

Del resto, questi ultimi formano una categoria in cui ben possono convivere situazioni (collegate a interessi e valori) differenti perché plurime sono le dimensioni che occupa la persona umana, che costituiscono le facce di un poliedro⁵⁰ che riflette i diversi punti di vista da cui la si può guardare, rivestendo la complessità dell'individuo come entità biologica; e ben possono verificarsi frizioni endogene tra le singole componenti⁵¹ la cui accennata diversità, calata nelle relazioni interpersonali che le mettono in rapporto e in cui si confrontino persone che esprimano istanze particolari divergenti, può tradursi in conflitto⁵². Inoltre, essi si collocano (ed evolvono) in un quadro istituzionale di cui – al di fuori d'una visione prettamente liberale, soggettiva, individuale che li si considera *ex se* fondativi di pretese, attribuendo loro portata antagonistica rispetto allo Stato e fondamento precostituzionale⁵³ – tendono a far parte, ponendo condizioni, ma

⁴⁸ Ossia gli “equal basic rights and liberties of citizenship that legislative majorities are to respect”: v. J. RAWLS, *Political Liberalism*, cit., 227.

⁴⁹ Cfr. G.K. HADFIELD e S. MACEDO, *Rational Reasonableness: Toward a Positive Theory of Public Reason*, cit., 7 ss.

⁵⁰ Non si allude alla frantumazione dell'unità della persona in multiple identità per coglierne specifiche sfaccettature (segnatamente attraverso distinti trattamenti di dati personali che ne moltiplicano le identità, create ciascuna in funzione d'una particolare esigenza di raccolta di informazioni e così, a es., in vista d'una specifica finalità economica: v. S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583 ss., e cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Privacy e informazioni a contenuto economico nel d. legisl. n. 196 del 2003*, in *Studium iuris*, 2004, 452 ss.), ma ai diversi ruoli e interessi che, di volta in volta, la singola persona rispettivamente assume ed esprime.

⁵¹ Per un esempio, v. C. Cost., 9 maggio 2013, n. 85, cit., 1424 ss., nel caso Ilva, sul contrasto, tra l'altro, tra diritto alla salute e diritto al lavoro (prevalso).

⁵² Si può portare l'ulteriore esempio della tensione tra diritto alla riservatezza e diritto all'informazione: v., a es., A. GIULIANI, *Informazione e verità nello Stato contemporaneo, ne Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, Atti del X Congresso naz. della Società ital. di filosofia giuridica e politica (Bari 3-5 ottobre 1974), a cura di ORECCHIA, Milano, 1976, 167 ss. e 243 ss., ivi spec. 243, e N. LIPARI, *Diritto e valori sociali*, Roma, 2004, 167. Cfr. R. V. ROPPO, *Diritti della personalità, diritto all'identità personale e sistema dell'informazione. Quale modello di politica del diritto*, ne *L'informazione e i diritti della persona* a cura di G. ALPA, M. BESSONE, L. BONESCHI e G. CHIAZZA, Napoli, 1983, 29 ss., e G. ALPA, *Privacy e statuto dell'informazione (Il Privacy Act e la Loi relative à l'informaticque, aux fichiers et aux libertés n. 78-17 del 1978)*, cit., 65 ss. Il tema, nel tempo, si è dilatato: v. S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 584 ss.

⁵³ V. P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva*

risultandone condizionati. Anche evitandosene una ricostruzione puramente istituzionale a favore della preferibile opzione che ne coglie e contempera il duplice, complementare carattere soggettivo (individuale) e istituzionale che sembrano manifestare, essi sono ingredienti dell'ordinamento costituzionale complessivo, pluridimensionale e pluriorientato, che dà rilievo anche a interessi metaindividuali: in esso trovano almeno “garanzie d'istituto” che tendono a tranquillizzare rispetto all'insicura loro persistenza, ossia a proteggere da tendenze eversive e ad assicurare loro una speciale protezione in congiunture residuali di rischio, o una più penetrante funzione sistemica di posizioni difensive a efficacia orizzontale⁵⁴, capaci di fungere quali parametri di costituzionalità in quanto valori supremi intangibili⁵⁵; ma in esso, per l'appunto, convivono con altri dettami che – propesi ad attestare ulteriori valori e principi, rivolti a perseguire altre finalità, a esempio attinenti all'assetto economico generale della società⁵⁶ – concorrono a delineare l'intera cornice ordinamentale e costituiscono fattori esogeni con cui possono entrare in urto⁵⁷.

storico-comparativa, cit., 188, 190.

⁵⁴ La *Drittwirkung* riguarda anche i diritti fondamentali così come riconosciuti dalle fonti eurounitarie, fondandosi sulla considerazione che la Carta di Nizza “ha lo stesso valore giuridico dei trattati” ex art. 6 TUE (v., a es., M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, ne *La Costituzione europea. Un primo commento* a cura di F. Bassanini e G. Tiberi, Bologna, 2004, 57 ss., e A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le “libertà fondamentali” dell'Unione Europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 712 ss., e nell'antologia *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali* a cura di G. ALPA e G. CONTE, Torino, 2018, 417 ss.; per connessione, v. pure G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, *ivi*, 359 ss., da cui si cita, e in *Giust. civ.*, 2016, 443 ss., nonché *Id.*, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 247 ss.); o ch'essi comunque costituiscono principi generali (v. G. ALPA, *Diritto privato europeo*, cit., p. 159).

⁵⁵ Cfr. P. RIDOLA, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, cit., 188 ss.

⁵⁶ Sulla c.d. costituzione economica, nell'ampia letteratura, cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012, e G. DI PLINIO, *Il Common core della deregulation: dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sovranazionale*, Milano, 2005; *Id.*, *Sulla Costituzione economica. Contributo per una teoria degli effetti costituzionali dell'economia*, in *Il risparmio*, 2008, 23 ss.; *Id.*, *La velocità delle costituzioni economiche tra passato e presente della UEM*, ne *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai Trattati di Roma* a cura di A. CIANCIO, Torino, 2017, 207 ss.

⁵⁷ Si può fare l'esempio del contrasto tra la protezione e la libera circolazione dei dati personali (v. Corte Giust. UE, 9 marzo 2017, causa n. 398/15, in *Foro it.*, 2017, IV, 165 ss.); oppure, con riguardo a C. Cost., 9 maggio 2013, n. 85, cit., 1424 ss., nel caso Ilva, in cui il già segnalato al contrasto endogeno tra diritto alla salute (e alla salubrità dell'ambiente) e diritto al lavoro si aggiunge quello tra diritto alla salute (e alla salubrità dell'ambiente) e diritto allo svolgimento d'una attività economica (prevalso in uno con il diritto al lavoro).

Nell'uno e nell'altro caso⁵⁸, si registrano attriti del diritto⁵⁹ interni che la contrapposizione ideologica aumenta e tende a superare solo attraverso la composizione di rigide, ma insicure, partigiane⁶⁰ gerarchie assiologiche ordinanti che si propongono e divengono premesse assiomatiche d'ogni discorso⁶¹ che, quand'anche siano munite d'intima razionalità, a esempio muovendo dall'anteriorità logica dei diritti fondamentali dell'uomo, sono autoreferenziali; consolidano il conflitto; promuovono egemonie incondizionate e indiscutibili; riducono gli spazi della condivisione; abdicano al bilanciamento secondo equilibrati criteri di proporzionalità e di ragionevolezza⁶²; soddisfano tutt'al più lo standard della razionalità assiologica, ma si disinteressano dell'accennata razionalità dell'essere di cui quei criteri possono dirsi estrinsecazione e di cui il diritto – *in primis* quello dell'economia, che riguarda le relazioni di mercato e, dunque, un esteso segmento dell'organizzazione sociale – non sembra che possa fare a meno. Ciò parrebbe l'opposto di quanto serve a un proficuo dialogo tra valori e interessi diversi che, depurati dagli eccessi incoerenti, aspirino a un mutuo riconoscimento e raccordo, anziché a un infecondo *ius excludendi* dal dominio del diritto per guadagnare un incondizionato primato su quelli che non collimino.

⁵⁸ Cfr. N. IRTI, *I 'cancelli delle parole' (intorno a regole, principi, norme)*, cit., 81, ove il richiamo a B. PETROCELLI, *Tecnicismo e antitecnicismo nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, 285 ss., in cui si profila che il “mondo dei valori ... sia ... un mondo di tendenze contrastanti”; e pone problemi di selezione (relativi a chi e come si compia la scelta: v. anche G. FILANTI, *Valori, principi, fattispecie*, in *Jus civile*, 2015, 720 ss., spec. 721) che, peraltro, le segnalate prospettive della “condivisione” di, e della “interazione” (o bilanciamento) tra valori e principi possono attenuare.

⁵⁹ Cfr. F. CARNELUTTI, *La guerra e la pace*, a cura di G. TRACUZZI, Torino, 2014, 81 s.

⁶⁰ Cfr. N. IRTI, *I 'cancelli delle parole' (intorno a regole, principi, norme)*, cit., 81, per cui sul “piano meta-positivo di sommi ‘principi’ e ‘valori’” incide la soggettività (s’incontrano “la soggettività dell'appello con la soggettività della risposta”), che può ingrossare la “vena di irrazionalità ... [che] riposa sul rifiuto dell'astrazione, sull'incapacità o difficoltà di cogliere la logica propria del diritto, che è logica dello schematico e del tipico”.

⁶¹ Cfr. H. ARENDT, *Totalitarianism: Part Three of The Origins of Totalitarianism*, San Diego – New York – London, 1985, 169. A proposito di assiologie assiomatiche, v. J.N. FINDLAY, *Platone: le dottrine scritte e non scritte*, a cura di G. Reale, 1994, 365.

⁶² Sul bilanciamento dei diritti e delle libertà fondamentali, le sue tecniche (test di necessità, test di idoneità e test di proporzionalità in senso stretto, da un lato, su cui v. pure l'art. 52, par. 1, della Carta di Nizza; e criterio di ragionevolezza, dall'altro) e i reciproci rapporti tra queste ultime, v. anche F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà “fondamentali”, tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo?*, in *Contr. e impr.*, 2018, 190 ss. (ivi, risp., 209 ss.; 213 ss. e 203 s.), e G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., cap. VII e VIII. Sulla ragionevolezza in particolare, cfr. pure G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 105 ss., e S. TROIANO, *Ragionevolezza (dir. priv.)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano, 2013, 763 ss.

3. Diritti fondamentali e gerarchie

Le gerarchie anche assiologiche concorrono a dar forma e sostanza all'ordinamento ed evolvono. Ma conviene contenere la chiave di lettura per cui l'ordine che s'impone, così come la norma giuridica che si afferma ciò fanno all'esito di una competizione tra campioni rivali governata da rapporti di forza⁶³ in base ai quali soltanto si determina chi sopravvive: tant'è che persino in prospettiva etologica si spiega che la prevalenza è risultato che dipende anche dall'idoneità del costruito a soddisfare le esigenze di coloro che ne sono avvinti, biologiche e culturali⁶⁴.

Il bilanciamento rifiuta l'idea di un diritto costruito su di "una" (opinabile, almeno se non sia elementare e minimale) gerarchia contraddistinta da granitica fissità, a cui sostituisce una "gerarchia mobile"⁶⁵.

In relazione a ciò, si può segnalare il rischio che il principio personalistico⁶⁶, inarticolatamente inteso, possa essere eroso, specie a causa di scelte operate in seno all'ordinamento comunitario⁶⁷. Riguardo a esse, però, per un verso, la

⁶³ Esito d'un rapporto di forza formalmente ratificato dal diritto, a es., sembrerebbe a N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 42, l'"onnipotenza mercantile capace di determinare crisi" contrapposta alle "sempre più avvertite esigenze di solidarietà": tuttavia, la diffusa avversione, almeno in Europa, negli USA e in Australia, per l'immigrazione (che al "mercato" parrebbe convenire) può sfatare tanto le seconde quanto la prima.

⁶⁴ Cfr. A. GIANOLA, *Diritto ed etologia*, in *Digesto IV, Disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, V, Torino, 2010, 545 ss. e, ivi, 553 s., nonché ID., *Antropologia giuridica*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, 89 ss.

⁶⁵ V. R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, cit., 145.

⁶⁶ Ossia della prevalenza della persona sul mercato, i.e. di valori e interessi direttamente e strettamente inerenti alla persona rispetto a quelli di natura economica, mercantile, patrimoniale: cfr. P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, cit., a es. 5 ss., 25 ss., 65 ss.; G. ALPA, *La persona nelle costituzioni: sintesi storica*, in *Cultura e diritti*, 2013, n. 3, 65 ss.; ID., *Attualità e attualità nella Costituzione: il caso dei diritti della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 1 ss.; per il suo fondamento costituzionale cfr. pure P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, cit., 208 ss.; N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, cit., 83 ss.).

⁶⁷ Tenuto conto che in seno a esso i diritti fondamentali (anche quelli della persona) si collocano al medesimo livello, il che si riflette sulle tecniche e sugli esiti del bilanciamento (ché nessuno di quelli è dominante o recessivo, sicché viene meno il criterio della prevalenza), e delle indicazioni che si ricavano (v. F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà "fondamentali", tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo?*, in *Contr. e impr.*, 2018, 190 ss.) sia dal Trattato di Lisbona (che comporterebbe un affievolimento della teoria dei controlimiti: per l'estensione del primato del diritto europeo sul diritto interno; per l'incremento dei poteri degli organi giurisdizionali domestici in materia di diritti fondamentali;

teoria dei controllimiti ha mostrato di non volersi affievolire⁶⁸. E, per altro verso, il pericolo proviene non tanto dai modelli applicativi, stante la considerazione che i diritti fondamentali della persona hanno trovato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶⁹, quanto da quelli legislativi⁷⁰ dandosi in proposito

per l'accentramento in capo alla Corte di giustizia dell'accertamento e del controllo della portata dei diritti fondamentali, in conformità della cornice valoriale propria del diritto eurounitario, in occasione non soltanto di pregiudiziali interpretative, ma pure di quelle di validità delle norme comunitarie *ex art. 267*, par. 1, lett. b, TFUE); sia dalla Carta di Nizza (a cagione dell'art. 52, par. 1, che contiene una clausola di portata generale sulla limitabilità dei diritti fondamentali).

⁶⁸ V. C. Cost., ord., 26 gennaio 2017, n. 24, cit., 393 ss., in relazione a Corte Giust. UE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa n. 105/14, cit., 1328 ss., prima, e, poi, a Corte Giust. UE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa n. 42/17, cit., 18 ss.

⁶⁹ Cfr. G. PINO, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, cit., 109 ss.

⁷⁰ Si porta l'esempio del regolamento UE del Parlamento europeo e del Consiglio 27 aprile 2016, n. 2016/679 (in breve "GDPR") su cui v. ad. es. il volume collettaneo a cura di S. SICA, V. D'ANTONIO e G.M. RICCIO, *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano, 2016; quello diretto da G. FINOCCHIARO, *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017; i due tomi di F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali*, (t. I, *Dalla dir. 95/46 al nuovo regolamento europeo*; e t. II (Il regolamento europeo 2016/679), Torino, 2016; M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1249 ss.; R. SENIGAGLIA, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1023 ss. In esso si è ritenuto che (v. F. BRAVO, *op. ult. cit.*, 190 ss.) il principio personalistico sarebbe stato rimesso in discussione nel ridelineare il bilanciamento (ivi, 204) tra il diritto alla protezione dei dati personali contemplato dall'art. 8 della Carta di Nizza (ma anche dall'art. 16 TFUE) e il contrapposto interesse alla libera circolazione dei dati quale espressione tra l'altro della libertà (d'impresa o) economica anch'essa contemplata dalla detta Carta all'art. 16 (ivi, 208); e che, in particolare, in relazione all'art. 1, par. 3, e al considerando n. 4 GDPR, sarebbe da registrare un "capovolgimento degli equilibri tra diritti e libertà fondamentali finora riscontrati" (ivi, 204), non solo e non tanto perché si dà atto che il diritto alla protezione dei dati personali non costituisce una prerogativa assoluta, siccome previsto dal detto considerando (ivi, 205), bensì in quanto ora «[l]a libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali» *ex art. 1*, par. 3, citato, così attuando, ma "con una formulazione generale ed aprioristica", l'art. 52 della Carta che ammette limitazioni dei diritti fondamentali, ma informate a proporzionalità (ivi, 204 s.). Si può peraltro anche ritenere che, in luogo di un capovolgimento, si abbia un affinamento tenendo conto che il diritto alla protezione dei dati personali non costituisce una prerogativa assoluta (considerando n. 4) poiché convive con altri diritti e libertà fondamentali; ciò trova fondamento nella clausola di loro limitabilità e bilanciamento espressa dall'art. 52 della Carta di Nizza; la "libera" circolazione dei dati personali non forma oggetto d'una "libertà", tantomeno fondamentale, autonomamente rilevante, ma è funzionale alla realizzazione sia di diritti e libertà fondamentali che non si risolvono neppure in quella economica (sotto questo profilo, pur essendo incontestabile la

rilievo all'art. 52 della Carta di Nizza, che prevede la limitabilità dei diritti fondamentali in generale⁷¹ implicandone l'equivalenza, sottintendendone la collocazione al medesimo livello. Sennonché, la disposizione non solo è aperta all'interpretazione, ma pone limiti e detta condizioni e criteri⁷². Il rischio, cioè,

rilevanza economica dei dati personali nella società contemporanea, innanzi tutto al fine di orientare le scelte imprenditoriali concernenti la produzione e l'offerta di beni e servizi che si avvantaggiano della disponibilità di quelli, appare parziale e forviante una lettura mercantile del GDPR che ne enfatizzi o, peggio, colga solo la finalità di far prevalere istanze economiche su quelle della persona, la libera circolazione sul diritto alla protezione dei dati personali per soddisfare esigenze del mercato, tanto più che nel considerando n. 9 sono le differenze di disciplina del diritto alla protezione di tali dati, piuttosto che i limiti alla circolazione di questi ultimi, a essere considerate un freno alle attività economiche e capaci di falsare la concorrenza: cfr. però A. MANTELERO, *il nuovo approccio della valutazione del rischio nella sicurezza dei dati*, ne *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., 287 ss. e, ivi, 294 s.), ma si estendono a es. a quelle di pensiero, di coscienza, di espressione e d'informazione (considerando n. 4 e art. 85 GDPR; artt. 10 e 11 della Carta), sia di interessi generali (a es. considerando n. 10 e artt. 6 e 9 GDPR; e art. 52 della Carta), oltre che all'adempimento di obblighi, tanto più che "la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione" non è che un tipo di trattamento (art. 4) strumentale a una qualche finalità e la circolazione ne è un effetto; si spiega così la ragione per cui la libera circolazione dei dati personali non può essere di per sé limitata o vietata puramente e semplicemente per motivi attinenti al diritto alla protezione di quelli, ché altrimenti si attribuirebbe alla prima un'autonomia che non ha e al secondo sicura attitudine a incidere, mentre la comparazione dev'essere effettuata tra quest'ultimo e i diritti e le libertà effettivamente implicate (cfr. artt. 52 e 8 della Carta); di ciò pare potersi trarre conferma art. 6, par. 1, lett. f), GDPR per cui il "legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi" tiene luogo al consenso dell'interessato al trattamento finché non ne "prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali ... che richiedono la protezione dei dati personali" e che abbracciano il diritto alla riservatezza, che nella Carta (art. 7) è considerato distintamente dal diritto alla protezione dei dati personali; quest'ultimo è diritto alla «liceità, correttezza e trasparenza» del trattamento (art. 5 GDPR), la prima delle quali riposa innanzi tutto sul principio di autoresponsabilità (sul consenso dell'interessato, ex artt. 6 e 9 GDPR; o, addirittura per dati personali particolarmente delicati, sulla sua scelta di renderli "manifestamente pubblici", ex art. 9 GDPR) e, poi, su altri "fondamenti" (v. pure art. 8 della Carta) che si rintracciano in concorrenti diritti, libertà, interessi di parte, interessi generali, obblighi e così via, di modo che non stupiscono le condizioni e i limiti posti al diritto all'oblio dall'art. 17 GDPR.

⁷¹ V. F. BRAVO, *op. ult. cit.*, 208.

⁷² Tant'è che, riprendendo il discorso sul GDPR, si è profilato che in relazione a esso possa addirittura sollevarsi una pregiudiziale di validità (che, per quanto si è dianzi accennato in nota, non parrebbe fondata) ex art. 267, par. 1, lett. b, TFUE, perché si stabilisce che la libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (v. F. BRAVO, *op. ult. cit.*, 213); o che, in alternativa, la puntualizzazione semplicemente orienti l'operazione di bilanciamento, nel senso di attribuire alla libertà di (*recte*: libera) circolazione dei dati personali il ruolo di diritto "limitante" o "recessivo" (v.

non può essere trascurato, né minimizzato, ma dipende da una concezione giuspositivistica dei diritti e delle libertà fondamentali che meccanicamente lo reca con sé⁷³; che in ambito comunitario non può che essere piuttosto marcata, avuto riguardo all'esigenza di armonizzazione degli ordinamenti nazionali degli Stati membri; che indebolisce gli ordinari strumenti argomentativi volti al potenziamento dei diritti fondamentali della persona, ma potrebbe non eclissarli. Così, si contrappone all'idea di stampo giusnaturalistico che esistano diritti «prima, senza e anche contro lo Stato»⁷⁴, che sono collegati alla sacralità della persona e che non debbono essere resi operanti nei singoli ordinamenti,

Id., *op. ult. cit.*, 215), secondo un'opzione che appare più coerente con quanto si è dianzi osservato in nota (ma con la duplice precisazione che la comparazione sembra doversi attuare tra il diritto alla protezione dei dati personali, da un lato, e, dall'altro, i diritti e le libertà alla cui realizzazione la libera circolazione di tali dati è funzionale; e che, nel confronto da attuarsi secondo le tecniche delineate dall'art. 52 della Carta di Nizza, in base al dato positivo nessuna delle situazioni in gioco sembra suscettibile di vedersi predicato, invariabilmente *ex ante*, la veste di termine "limitante" o "recessivo", data in principio l'equivalenza di tutte che giustifica quelle tecniche (idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto; e ragionevolezza).

⁷³ Per la prospettiva per cui la previsione dei diritti fondamentali da parte del diritto positivo di un determinato ordinamento è "insomma" condizione della loro esistenza o vigore in quell'ordinamento, v. L. FERRAJOLI, *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, cit.; Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, 2001, 5 ss.; Id., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., § 3.3. Ciò si accompagna a un chiarimento circa il ruolo della scienza giuridica in Id., *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, cit (v. pure in Id., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007): sul presupposto che siano «diritti fondamentali» ... quei diritti soggettivi che spettano universalmente a «tutti» gli esseri umani; che, se entro un sistema nomostatico (morale, diritto naturale) «fondato unicamente su principi di ragione ... non esistono né antinomie né lacune», vigendo il «principio giusnaturalistico *veritas non auctoritas facit legem*», «nei sistemi nomodinamici di diritto positivo ... l'esistenza o l'inesistenza ... dipende da ... una norma positiva» sicché «sono ... possibili e inevitabili ... sia lacune che antinomie» conseguenti al «principio giuspositivistico *auctoritas non veritas facit legem*»; che «[i]l principio di completezza, ossia il divieto di lacune, è anch'esso, al pari del principio di non contraddizione, un principio teorico normativo»: su tali presupposti si conclude che si dà «[s]ul piano metateorico ... un ruolo non puramente descrittivo ma altresì critico e normativo della scienza giuridica nei confronti del suo oggetto: critico nei confronti delle lacune e delle antinomie che essa ha il compito di rilevare, e normativo nei riguardi della legislazione e della giurisdizione cui essa impone il loro completamento o la loro riparazione».

⁷⁴ V. G. OPPO, *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 1 ss. e, ivi, 2. Sul contrasto tra le leggi della città scritte da Creonte e le leggi degli Dei di cui Antigone proclama la superiorità, resta memorabile il fraseggio tra l'uno e l'altra concepito da Sofocle, *Antigone*, vv. 495 ss. (a es. in Sophocles, *The three Theban Plays. Antigone, Oedipus the King, Oedipus at Colonus*, trans. by R. FAGLES, New York, 1982, 81 s.), per la verità variamente interpretato: v. T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1955, 756 ss., e A. PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2009, 163.

ma possono essere sempre invocati dagli individui⁷⁵. Una visione che, però, quanto agli esiti, può tentare di rivivere nella concezione del diritto eretto sul principio di non contraddizione⁷⁶ che pretende il fondamento logico e, segnatamente, dialogico, della validità oggettiva⁷⁷ delle norme giuridiche; è espressione di un costruttivismo radicale all'interno del quale l'anteriorità logica dei diritti fondamentali dell'uomo può giocare un ruolo non marginale sul terreno della ragionevolezza; e si riallaccia all'archetipo di pensiero per cui il diritto non coincide con le disposizioni di fonte *lato sensu* legislativa, che dopo un periodo di crisi⁷⁸ ha riacquisito vitalità con il riconoscimento di una società pluralistica⁷⁹. Così pure, ove il dato positivo prospetti l'equivalenza dei diritti

⁷⁵ Per una rassegna critica di diverse concezioni di stampo giusnaturalistico dei diritti della persona, v. a es. A. BARBERA, *Commento sub art. 2*, in AA.VV., *Art. 1 – 12. Principi fondamentali*, nel *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975, 83 ss.

⁷⁶ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 176 s. e *passim*.

⁷⁷ *Id.*, *op. ult. cit.*, 165 s., 169 ss.

⁷⁸ Per tutti, v. P. GROSSI, *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità*, in *Id.*, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 3 ss. e, ivi, § 2, per il quale con l'inizio della “modernità giuridica” ... tra Settecento e Ottocento ... si teorizza un esasperato statalismo” e lo “Stato si pone come l'unico produttore del diritto” per cui “solo la manifestazione della volontà dello Stato, ossia la legge, ha il crisma della giuridicità”, istituendosi “un vincolo strettissimo, addirittura necessario, fra potere politico e diritto”; e, così, v. *Id.*, *L'Europa del diritto*, cit., 104 ss., si dà avvio a “un lungo periodo non solo di legalismo ma di autentica legolatria” in cui al “vecchio caotico pluralismo giuridico si ... sostitu[isce] un rigidissimo monismo giuridico”. Il fenomeno per M. TEDESCHI, *La comunità come concetto giuridico*, in *Comunità e soggettività* a cura di M. TEDESCHI, Cosenza, 2006, 9 ss. e, ivi, § 2, non trovò ostacolo neppure nella teoria della “pluralità degli ordinamenti giuridici, che ha convissuto, svuotato di contenuto, con il formalismo e il positivismo giuridico” e “con lo Stato totalitario [che] ha convissuto con la pluralità di ordinamenti giuridici ma svuotando i gruppi di contenuto”, tal che “[t]utto ciò che in quegli anni non era possibile ricondurre al diritto dello Stato, come il diritto canonico e il diritto internazionale, non era considerato giuridico”. “[I]l declino dell'idea che il diritto sia nel suo complesso indipendente dalla volontà dei governanti, e che non possa identificarsi senz'altro, e senza residui, nelle leggi e nei decreti emanati di volta in volta dai detentori del potere politico, è uno dei fenomeni più impressionanti, per la loro portata, non meno che per la loro diffusione, in quasi tutte le società civili dell'epoca contemporanea” per un critico B. LEONI, *La fabbrica del diritto*, in *Le Stagioni*, 1961–1962, 22 ss., rist. in *Id.*, *Il diritto come pretesa* a cura di A. MASALA, con *Introduzione* di M. BARBERIS e *Postfazione* di A. FEBBRAJO, Macerata, 2004, 61 ss. e, ivi, 62.

⁷⁹ Con il riconoscimento (a es. art. 2 Cost.) della società pluralista basata su formazioni sociali intermedie (che per P. RESCIGNO, *Ascesa e declino della società pluralista*, in *Quad. scienze soc.*, 1965, 333 ss., e in *Persona e Comunità. Saggi di diritto privato*, I, Bologna, 1966, 3 ss., da cui si cita, tendono a “colmare il vuoto apertosi tra l'individuo e lo Stato all'inizio dell'età moderna” – ivi, 8 – recuperando il modello delle comunità medievali, ossia colmando “il vuoto scavato tra l'individuo e la comunità generale dall'avvento dello Stato moderno ... col resuscitare le minori comunità che l'ideologia liberale e la rivoluzione industriale avevano soppresso – ivi, 14; e cfr. R.A. NISBET, *The Quest for Community: A Study in the Ethics of Order and Freedom*, New York, 1953, trad. it. *Id.*, *La comunità e lo Stato. Studio sull'etica dell'ordine e della libertà*,

che dica fondamentali, sembra ridursi la rilevanza del dibattito sulla portata dei principi generali⁸⁰ nella prospettiva di riportarvi i diritti fondamentali della persona e di congegnare i primi in modo da assicurare il primato dei secondi⁸¹. E, tuttavia, non è detto: poiché non è del tutto escluso che la trama

con *Introduzione* di F. FERRAROTTI, Milano, 1957, 40, per il quale “i delitti più grossi della Rivoluzione francese non furono quelli commessi contro gli individui ma quelli contro le istituzioni, i gruppi e gli status personali” –; e sono funzionali all’individuo, allo sviluppo della sua personalità, ai suoi diritti inviolabili che non possono esserne pregiudicati, né essere piegati a fini, interessi altri assunti superiori: cfr. P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 10, e ID., *Le società intermedie*, in *Iustitia*, 1957, 343 ss., e in *Persona e Comunità. Saggi di diritto privato*, I, cit., 29 ss., ivi 33), molteplici attori, “forze collettive precedentemente represses” che operano su diversi piani (economico, politico, culturale, sociale e così via) contribuiscono all’evoluzione dell’ordinamento (v. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2005, 61; e ID., *L’Europa del diritto*, cit., 204, che fa l’esempio del “cosiddetto «diritto del lavoro»” segnalando che, nel Novecento, esso ha “[p]er buona parte ... una matrice squisitamente extra-legislativa”).

⁸⁰ Nell’articolato dibattito che li riguarda e che riguarda il rapporto tra principi e regole, i diritti fondamentali hanno carattere di principi (v. pure G. ALPA, *Le ‘autonomie contrattuali’ tra mercato e persona*, ne *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà* a cura di G. ALPA e V. ROPPO, Roma-Bari, 2013, 204 ss., spec. 233 ss.) e i principi si configurano almeno come “preccetti di ottimizzazione” (*Optimierungsgebote*): v. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, 71 ss.; ID., *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2010, 17 ss.; ID., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 106 ss., 607. Ma la portata conformativa di questi ultimi risulta accentuata se si accolga la proposta del (neo) costituzionalismo garantista (o normativo) d’una riconfigurazione della distinzione tra principi e regole (quali preccetti definitivi: *definitive Gebote*, nel linguaggio di Robert Alexy) collegata a una riclassificazione dei principi (talvolta direttivi, ma talaltra regolativi: v. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2771 ss., e ID., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., §§ II e III) per superare la normatività più debole dei principi e dei valori – dunque anche dei diritti fondamentali – propria del costituzionalismo principialista (o argomentativo) sia nella versione “giusnaturalista” sia in quella “giuspositivista” (v. G. PINO, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost.*, 2011, 965 ss. e, ivi, § 1.2., che si richiama anche per l’indicazione delle implicazioni – ruolo dei principi, del bilanciamento e della separazione tra diritto e morale – e, più in generale, per un’analisi critica della proposta del costituzionalismo garantista).

⁸¹ Sulla distinzione tra principi e regole, nel senso di considerare i primi come “norme senza fattispecie” v. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss. (che appare critico verso l’ascesa dei principi nell’argomentazione giuridica e la correlativa crisi della fattispecie, implicante uno spostamento “dei criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge”; *contra*, a es. L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1 ss., fautore della teoria dei valori “positivizzati”, e già ID., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Dir. lav.*, 1992, 3 ss., nonché, sui termini del confronto, v. N. IRTI, *Un incompiuto dialogo con Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 197 ss.; per altre voci v., a es. G. FILANTI, *Valori, principi, fattispecie*, cit., 720 ss., avverso all’“ascesa dalla fattispecie ai principi”, e F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, cit., 219 ss. e, ivi, 244 ss., che viceversa l’asseconda, negando che vi sia “totale sovrapposizione tra certezza e calcolabilità”

dell'ordinamento comunitario, siccome risulta anche dalle tradizioni comuni degli Stati membri – che riconoscono diritti fondamentali che di quello fanno parte in quanto principi generali (ex art. 6 TUE) che non riguardano necessariamente soltanto l'*an*⁸² –, permetta di costruire principi generali da esse attinti o su di esse modellati che, prima di operare come filtri che impediscono l'irruzione nell'ordinamento interno di regole eurounitarie incompatibili con i principi supremi della costituzione nazionale in ossequio alla teoria dei controlimiti, possano interferire contrastando l'accennata equivalenza o almeno orientando l'interpretazione delle fonti comunitarie e, tra l'altro, dell'art. 52 della Carta di Nizza⁸³.

Non conviene invece risolvere il bilanciamento nel relativismo⁸⁴ poiché,

– ivi, 245 – e congedando “l'obiezione sull'incalcolabilità” come “disagio” di chi “sia chiamato a mutare i propri strumenti conoscitivi e, in particolare, ad affiancare allo studio dello *ius positum* l'analisi giurisprudenziale” – ivi, 246; e cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, cit., 314 ss. –) e, a es. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1115 ss., G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, 51 ss., che utilizza la distinzione tra “regole (con fattispecie) e ... principi (senza fattispecie)”, nonché pure C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 30, che però si riferisce ai principi come a “regole” senza fattispecie; per l'avviso contrario a considerare i principi senz'altro come “norme senza fattispecie” v., a es., G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, cit., 387 s. In tema, v. pure G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Dir. & quest. pubbl.*, 2011, 75 ss. Sul rapporto tra principi e valori, tal che i primi fanno «salire dal diritto ai valori, ... che si celano o si calano nelle norme ... Si celano, se i valori sono intesi come principi storici, creature del tempo, che l'interprete scopre o scova nel fondo delle norme positive. Si calano, se essi sono insediati fuori dalla storia, dati da sempre e per sempre, e tali che “si positivizzano”, di volta in volta, dentro singole norme», v. ancora N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., 36 ss; e il volume ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*. Il “problema” dell'incalcolabilità, *i.e.* “imprevedibilità – e perciò ingovernabilità –” del diritto, posto dal ragionamento “per principi privi di fattispecie”, dall’“ascesa ... di un pensare per valori”, è preannunciato dalle clausole generali (v. C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., 1), che costituiscono una singolarità priva di fattispecie che «sfugge allo stretto principio di legalità» (v. A. GENTILI, *Prefazione*, a V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, XIII ss. e, ivi, XVI).

⁸² A es. chi sostiene che possa configurarsi un principio di “supremazia del valore naturalistico ... che esclude il bilanciamento dei valori e degli interessi” segnala la condizione della compatibilità con il modello di sviluppo socio-economico che è un limite alla quantità e all'estensione di parchi e riserve (v. G. DI PLINIO, *La protezione integrale della natura*, in *Principi di diritto ambientale* a cura di G. DI PLINIO e P. FIMIANI, 2ª ed., Milano, 2008, 12 s.).

⁸³ È questa una riconfigurazione del modello espresso dalla Consulta per cui il legislatore, persino quando provveda mediante leggi di revisione costituzionale, non può introdurre norme che sovvertano principi supremi modificandoli nel loro contenuto essenziale: v., a es., C. Cost., 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Foro it.*, 1989, I, 609 ss.

⁸⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, “*Dittatura del relativismo*” e “*tirannia dei valori*”, cit., 225 ss.

tra l'altro, come si è accennato, possono registrarsi disarmonie anche endogene ai diritti che si pongano al vertice della graduatoria (in ipotesi) bloccata, ch'essa è inidonea a risolvere da sé. Né in una "pericolosa deriva" rispetto a un (impalpabile) "valore intrinsecamente etico della giuridicità"⁸⁵, per la medesima menzionata ragione e poiché non solo si ripiega il diritto sull'etica⁸⁶ e le si assegna un ruolo maestro che sottintende l'ideale degli assoluti morali⁸⁷, ma l'etica, essendo relativa all'agire per il bene, per un verso riguarda il dover essere assiologico, mentre il diritto ha un più lato fondamento (e contenuto) razionale che – vi si è fatto cenno – si estende alla razionalità dell'essere; e, per altro verso, rispetto ai valori e ai fini che promuove, lascia aperte alternative circa gli strumenti, le modalità per attuarli che possono essere plurimi e sono solitamente

⁸⁵ Cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 42.

⁸⁶ Nella prospettiva del rapporto tra diritto e morale (che è "il" problema fondamentale della filosofia del diritto per G. PINO, *Diritto e morale*, in *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico* a cura di G. BONGIOVANNI, G. PINO e C. ROVERSI, Torino, 2016, 3 ss. e, ivi, 3), la loro separazione (su cui la ricerca può muovere da M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in *Revus*, 2011, n. 16, 55 ss., e F. VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, negli *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, 667 ss.) implica che dall'etica sia espresso un ordinamento normativo, distinto dal diritto, che si riassume nella morale, che dell'etica (descrittiva o normativa: etica applicata, etica filosofica normativa, metaetica) forma oggetto di studio.

⁸⁷ Viceversa, la morale e l'etica non muovono da premesse, né hanno contenuti, né offrono soluzioni e modelli incontrovertibili: non solo e non tanto perché si danno morali religiose e laiche diverse (v. a es. J. RAWLS, *Liberalismo politico*, trad. it., Milano, 1994, 6 s.); esse tendono a mutare con i luoghi e il tempo, che propone realtà nuove; e i giudizi morali possono risentire del contesto in cui si tenga il comportamento. Di più. Di là di d'una semplicistica indulgenza per il relativismo, l'idea stessa degli assoluti morali non è condivisa: si può fare l'esempio dell'etica situazionale (*contra*, T.A. SALZMAN, *Deontology and Teleology: An Investigation of the normative Debate in Roman Catholic Moral Theology*, Leuven, 1995) dei consequenzialisti (v. J. FLETCHER, *Situation Ethics: The New Morality*, Philadelphia, 1966) e dei proporzionalisti (v. B. SCHÜLLER, *Zur Problematik allgemein verbindlicher ethischer Grundsätze*, in *Theologie und Philosophie*, 1970, 4 ss.; per un'illustrazione dell'indirizzamento, che riguarda anche Joseph Fuchs, Louis Janssens Peter Knauer e Richard McCormick, v. R.M. GULA, *What Are They Saying about Moral Norms?*, New York, 1982, 61 ss.), per cui esiste un unico assoluto morale che impone di perseguire il maggior bene per il maggior numero possibile di individui, così dando alla morale un fondamento deontologico, cioè sul piano del dover essere, che non è metafisico, ma teleologico che bada ai fini; oppure di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano, 1984, che, abbandonato l'utilitarismo a favore d'uno sviluppo del contrattualismo kantiano, sostiene (ivi, 43) la priorità del concetto di giusto (di giustizia come equità) rispetto a quelli di bene morale e valore morale (attingendo a I. Kant, *Critica della ragion pura*, trad. it., Roma-Bari, 1979, 78, per cui "Il concetto del bene e del male non deve esser determinato prima della legge morale ..., ma ... dopo di essa e mediante essa"), così alterando la sequenza dei concetti fondamentali della filosofia morale (v. V. POSSENTI, *Riflessioni su "Una teoria della giustizia" di John Rawls*, in *Persona y Derecho*, 1993, n. 28, 121 ss. e, ivi, 125. *Contra*, per la difesa degli assoluti morali, v. a es. A. MACINTYRE, *After virtues: A Study in Moral Theory*, Notre Dame, 1981.

discussi. Né in una “filosofia” della sovranità del mercato attraverso il diritto, che in tal senso appianerebbe la tensione tra diritti economici e diritti fondamentali della persona⁸⁸, poiché il bilanciamento postula la negazione di un valore o interesse assoluto rigidamente sovraordinato⁸⁹; e poiché, se si sottintende una contrapposizione tra mercato e morale, si dà per scontata un’antitesi costante e naturale anziché registrare una più realistica tensione eventuale tra morale e mercato che di per sé è innocente, finendo per confondere la fisiologia con la patologia, l’amoralità e l’immoralità di alcuni con l’immoralità del tutto che mettono a rischio la sopravvivenza di quel tutto che in sé le ripudia e in ciò conviene che sia possibilmente assecondato dal diritto⁹⁰. Né in un fenomeno

⁸⁸ E che, per M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 329 ss. e, ivi, 344 s., non è “innocente” nell’accondiscendere all’insediamento del nuovo sovrano fin dall’inizio della modernità e nel consentirgli di “sconfiggere ogni altro pretendente al trono”, espandendo “ricorsivamente” il “codice monetario”.

⁸⁹ Senza peraltro negare l’esistenza di valori primari rispetto ad altri: non rifiuta la gerarchia, ma presuppone (e registra) il pluralismo dei diritti fondamentali, il “corale concorso di valori concomitanti” e ne propone la ponderazione caso per caso (cfr. F. BRAVO, *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà “fondamentali”, tra mercato e persona: nuovi assetti nell’ordinamento europeo?*, cit., 193 s.) come tecnica per assicurarne la convivenza, quale modalità secondo cui vivono nell’ordinamento.

⁹⁰ Lipotetica contrapposizione tra morale e mercato sembra una congettura ideologica che non appare sorretta da solidi fondamenti: per un verso, qualsiasi comportamento umano, in qualsiasi ambito si collochi, può essere conforme o difforme dalle regole morali che si assumano date; e, per altro verso, il mercato si regge sulla fiducia (in un supposto antagonista, che in realtà non è amico, né nemico, ma conclude il contratto) che è condizione dell’accordo e che, a sua volta, si regge sulla (presunzione di) moralità dei comportamenti in quel “luogo” tenuti. Il tema è assai arato: qui può bastare osservare che tra chi assume che un *perfectly competitive market* sia “a morally free zone” (v. D. GAUTHIER, *Morals by Agreement*, New York, 1986, 84), ossia un’area ove non operano *moral constraints*, un’arena in cui le valutazioni morali non giocherebbero alcun ruolo, si ammette che “the morally free zone created by the market can rise only within a deeper moral framework” che rifiuta *force e fraud* (ivi, 102) il che nega che *the market* sia *morally free* (per una critica a D. GAUTHIER, *Justified Inequality?*, 21 [1982] *Dialogue* 431 ss., v. D. BRAYBROOKE, *Preferences Opposed to the Market: Gnashoppers vs. Ants on Security, Inequality, and Justice*, 2 [1984] *Soc.Phil.& Pol’y* 101 ss., anche nella trad. it. ID., *La cicala e la formica: una parabola sul mercato*, in *Biblioteca della libertà*, 1986, n. 93, 5 ss.); rilevare che il padre della *social market economy* ha posto in evidenza che “a competitive market economy, based on division of labor, was an excellent moral academy which, be appealing to their self-interest, encouraged men to be pacific and decent, as well as to practice all the other civic virtues” (W. RÖPKE, *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*, Erlenbach-Zürich, 1942, ed. americana ID., *The Social Crisis of Our Time*, Chicago, 1942, 52), rimarcando che “[t]he market economy is a constantly renewed texture of more or less short-lived contractual relations. It can therefore, have no permanence unless the confidence which any contract presupposes rests on a broad and solid ethical basis in all market parties” (ID., *Jenseits von Angebot und Nachfrage*, Erlenbach - Zürich und Stuttgart, 1958, ed. americana ID., *A Humane Economy: The Social Framework of the Free Market*, Chicago, 1960, 125 s.), per quanto

che appartiene al post-modernismo⁹¹ e, anzi, al “postdiritto”, che consegna al giurista il ruolo neppure più di “tecnocrate per antonomasia ... cultore del positivismo legislativo o scientifico” con cui si sarebbe accreditato, ma di “bocca delle leggi economiche ... o fonte di un ordine concettuale ricavato

debba darsi atto delle addizioni secondo cui “we know today ... competition reduces the moral stamina and therefore requires moral reserves outside the market economy” (ID., *The Social Crisis of Our Time*, cit., 52) e “[m]arket and competition are far from generating their moral prerequisites autonomously ... These prerequisites must be furnished from outside, and it is, on the contrary, the market and competition which constantly strains them, draw upon them, and consume them” (ID., *A Humane Economy: The Social Framework of the Free Market*, cit., 126), con cui si adombra non solo che il mercato non genera autonomamente regole morali, bensì le presuppone (il che casomai sarebbe coerente con la circostanza che la morale che costituisce un ordinamento normativo autonomo), ma entra costantemente in tensione con esse il che, però, (non solo appare in contraddizione con il rilievo per cui “a competitive market economy ... encouraged men to be pacific and decent, as well as to practice all the other civic virtues”, ma comunque) si risolve nel segnalare il rischio che il mercato dia occasione a comportamenti immorali che, tuttavia, per un verso sembrano addebitati, più che al mercato in sé, alla competizione (che, tra l’altro, si registra anche in altri “luoghi”) e, per altro verso, non paiono proprie del mercato, bensì di suoi attori – magari da quella sedotti –, di modo che non si dà una naturale immoralità del mercato, bensì si ha a che fare con la patologia, anziché con la fisiologia di esso che di per sé non è nemico, antagonista della morale, ma può semplicemente dare luogo a occasioni di scostamento da essa (con l’Aquinata sono “sempre l’intenzione dell’uomo (la causa finale è la prima) e il suo comportamento concreto, che determinano la moralità e le amoralità dei fenomeni finanziari e commerciali, non meno di quelli di altro genere: politica, successo, prestigio, potere”, v. L. PEROTTO, *Introduzione alla Lettera alla Duchessa del Brabante*, in T. D’AQUINO, *Opuscoli politici. De Regno ad Regem Cypri - Epistola ad Ducissam Brabantiae - De emptione et venditione ad tempus*, trad. it e introduzione di L. PEROTTO, Bologna, 1997, 399 ss. e, ivi, 406; v. T. D’AQUINO, *Commento alle sentenze di Pietro Lombardo*, vol. 6, Bologna, 2000, l. III, d. 37, q. 1, a. 6, 4; cfr. D. FRIEDMAN, *Morals and Markets: An Evolutionary Account of the Modern World*, New York, 2008, spec. 169 ss., anche nella trad. it. ID., *Morale e mercato. Storia evolutiva del mondo moderno*, Torino, 2012, con *Prefazione* di G. CORBELLINI, per cui “i sistemi morali si sono evoluti in relazione alle regole che hanno governato lo scambio di beni tra gli esseri umani ... sistemi morali e logiche di scambio sono due facce della stessa medaglia”; Dan. FRIEDMAN e D. MCNEILL, *Morals and Markets: The Dangerous Balance*, 2nd edn., New York, 2013; in argomento, cfr. pure J. COLEMAN, *Markets, Moral and the Law*, Cambridge, Mass., 1988); e segnalare l’indirizzo (o il mutamento d’indirizzo) risultante dalle Considerazioni della Congregazione per la dottrina della fede decise in sessione ordinaria dal Dicastero per il servizio dello sviluppo umano integrale, date a Roma il 6 gennaio 2018 nella solennità dell’Epifania del Signore e intitolate *Oeconomicae et pecuniariae quaestiones. Considerazioni per un discernimento etico circa alcuni aspetti dell’attuale sistema economico-finanziario*, Roma, 2018, che, sul legame tra etica e denaro, profila che profitto e solidarietà non sono antagonisti e che, tuttavia, è auspicabile una regolamentazione esterna concernente le dinamiche dei mercati che ne preservi la base etica, la corrispondenza a regole morali (cfr. L. EINAUDI, *In lode del profitto e altri scritti* a cura di A. GIORDANO, Torino, 2011, spec. 137 ss.).

⁹¹ Cfr. L. PATRUNO, *La “teologia economica” dell’Europa e il “banco da macellaio” (Schlachtbank) della Storia*, in *Costituzionalismo.it*, f. 3/2011, <http://www.costituzionalismo.it/articoli/394/>.

dalla scienza economica” in un quadro che sarebbe “oramai descrivibile in termini di sostanziale subordinazione” della politica all’economia⁹²: se si assume e s’imputano tali effetti a un preteso “primato dell’economia”⁹³, occorre tener conto che il bilanciamento giova, perché – come è appena parso di poter rilevare – contrasta totalizzanti primazie; che il diritto è “un” ordinamento normativo che, specie nella ricordata visione in cui se ne fonda la validità oggettiva sul principio di non contraddizione e dunque sull’intima razionalità del discorso (prescrittivo)⁹⁴, attinge ad altre discipline ciò che a quest’ultima conviene, di modo che rispetto a esse non vi è chiusura⁹⁵; che però non v’è confusione, diluizione dell’uno nelle altre, ma autonomia del primo che ha l’autonoma funzione (normativa) di selezionare e legittimare modelli (normativi) provvisti da altre scienze; e che, nel compiersi di questa finalità, il bilanciamento è tecnica che non solo può evitare che il diritto che tenda a mimare una monocromatica ideologia sia casomai munito di razionalità assiologica e, tuttavia, manchi della razionalità dell’essere, ma rivitalizza (o, senz’altro, riscopre) il ruolo del giurista per nulla passivo e tanto meno asservito⁹⁶.

Altro conto è assumere un atteggiamento critico nei confronti delle modalità o degli esiti della ponderazione⁹⁷; o, ancora, porre interrogativi su come sia

⁹² V. A. SOMMA, *Comparazione giuridica, fine della storia e spoliticizzazione del diritto*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico* a cura di M. BRUTTI e A. SOMMA, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, 2018, 509 ss. e, ivi, 510 e *passim* (<http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>).

⁹³ V. ID., *op. ult. cit.*, 520 ss.

⁹⁴ V. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., a es. 497 ss., 503 ss.

⁹⁵ V. ID., *op. ult. cit.*, a es. 97 ss., 105, 135.

⁹⁶ Cfr. P. GROSSI, *Percorsi nel giuridico pos-moderno*, in ID., *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2018, 90 ss., §§ 7 e 8, per il quale è riduttivo il “ruolo di esegeti” che “la modernità ... ha buttato sulle spalle” dei giuristi; che li rende “servi della legge” ponendoli “sotto l’ombra protettiva” del legislatore; che si giova (anche) della “pigrizia culturale” che a lungo “ha reso ... encomiabile ... fornire apparecchi ortopedici alle claudicanze del legislatore” da parte loro; che coopera all’“ingabbiamento coercitivo e innaturale” delle fonti del diritto che “lo rinchiude nel sarcofago di un testo” e, così, alla “crisi del diritto” che “c’è, ma è crisi delle fonti” causata da una tale costrizione; che è “snaturazione ... mortificazione” del giurista nella misura in cui l’esegesi non è “soltanto un primo passo”, ma “assorbe... l’intera sua attività”; a cui si contrappone il più proprio ufficio di “interpreti/inventori” “ritrovato rispetto a civiltà giuridiche passate ... fortemente *promotivo* nel distendersi storico di un assetto sociale” a cui “non sono ... chiamati soltanto politici, sociologi, economisti”, rivestendo “[u]n ruolo privilegiato ... il nuovo giurista” che passa anche per una concezione estesa delle fonti del diritto e la negazione d’una loro “interrelazione ... meramente gerarchica” (v. pure la *lectio magistralis* ID., *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, 2008, anche nell’antologia a cura di G. ALPA, *Paolo Grossi*, Roma-Bari, 2011, 19 ss.).

⁹⁷ A es., si lamenta un “bilanciamento sbilanciato” deplorando l’insufficiente peso riconosciuto “al lavoro e alla sua autonomia collettiva” e, in genere, un “deficit di socialità” dell’intera

meglio tradurli in disposizioni entro plessi normativi, di portata più o meno ampia, chiamati a disciplinare particolari categorie di fattispecie⁹⁸. In tali casi, a essere posto in discussione non è il bilanciamento in quanto tale a cui, in un contesto in cui appare consueta l'“incessante produzione e consumo di norme ... che ... rifiutano l'appello all'unità”⁹⁹, parrebbe ingeneroso negare di aver favorito – in un'ottica di equilibrato (*recte*: graduale) percorso che si svolge su un terreno diverso da quello dell'insidioso scontro frontale tra ideologie – l'espansione del rilievo assunto dai diritti fondamentali della persona, in particolare in ambito eurounitario¹⁰⁰; senza ridurlo nell'esperienza domestica in cui il ricorso alla tecnica in considerazione è risalente¹⁰¹ (sia pure con effetti talora ritenuti differenti¹⁰²); e permettendo loro di fruire di una più articolata tutela

costruzione europea; o che il bilanciamento viene operato dal punto di vista delle “quattro libertà”, anziché “dei diritti sociali”: v. M. BARCELLONA, *Le quattro libertà e i “diritti collettivi” del lavoro: un bilanciamento che non si sarebbe dovuto fare*, ne *I mobili confini del diritto privato* a cura di L. NIVARRA e A. PLAIA, Torino, 2018, 31 ss. e, ivi, 36 s.

⁹⁸ A es., operata la “scelta di fondo che la libertà contrattuale non si possa spingere fino a legittimare la violazione di diritti fondamentali”, ossia ne costituiscono un limite, si segnala il “dilemma del legislatore moderno”: se cioè, ai fini dell'applicazione “corretta e certa del diritto”, all'interno della disciplina del contratto convenga “ignorare i diritti fondamentali” e lasciare che siano tutelati “per via di interpretazione”; oppure “menzionarli in modo che, qualunque sia il processo interpretativo, sia garantita la loro tutela” (v. G. ALPA, *Le ‘autonomie contrattuali’ tra mercato e persona*, ne *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà* a cura di G. ALPA e V. ROPPO, Roma-Bari, 2013, 204 ss. e, ivi, 239).

⁹⁹ V. N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., 8.

¹⁰⁰ Oltre alla giurisprudenza già citata (tra cui spec. Corte Giust. UE, 12 giugno 2003, causa n. 112/90, cit., 793 ss., e Corte Giust. UE, 14 ottobre 2004, causa n. 36/02, cit., 181 ss.), sulla penetrazione dei diritti fondamentali della persona v. pure, tra le altre, Corte Giust. UE, Grande Sezione, 13 maggio 2014, causa n. 131/12, in *Foro it.*, 2014, IV, 295 ss.; e in dottrina, a es. G. PINO, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, cit., 109 ss. per il quale se la Corte di Giustizia “ha spesso perseguito una strategia quantomeno di equiparazione (quando non di subordinazione) sul piano assiologico dei diritti fondamentali rispetto alle esigenze del mercato comune”, tuttavia ora “ammett[e] la possibilità di limitare le “libertà fondamentali” al fine di tutelare “diritti fondamentali” come riconosciuti dalle tradizioni costituzionali nazionali e dalla CEDU”, “[s]uperando gradualmente la tradizionale impostazione che poneva in posizione di prevalenza le libertà economiche e in posizione recessiva i diritti fondamentali”.

¹⁰¹ Seguendo la ricostruzione di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 56, il precedente che segna l'inizio del bilanciamento da parte della Consulta si può addirittura considerare C. Cost., 14 giugno 1956, n. 1, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 149 ss., che di quello pone il logico presupposto dei “limiti naturali” dei diritti.

¹⁰² Per M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 37 s., mentre l'operazione di bilanciamento della Consulta serve ad accertare un eventuale sbilanciamento che determina la caducazione della norma che lascia rivivere la previgente disciplina o al legislatore di intervenire nuovamente (e, in questo senso, il giudice delle leggi “non bilancia”), la Corte di Giustizia ha un “potere di bilanciamento

... interamente determinativo ed alla fine esclusivo ... senza rinvio e senza alternativa” che “non ridà la parola alla *polis* ... la eleva ad arbitro unico, la investe di una funzione ... autenticamente politic[a]. Fino al punto che ... la Corte finisce per porre essa stessa la regola”. Un potere d’incidere le leggi che, in termini generali, non è peraltro estraneo alla giurisprudenza della Corte costituzionale se non con riguardo alle sentenze interpretative (ma v. C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, trad. it. ID., *Il custode della costituzione*, a cura di A. CARACCILO, Milano, 1981, spec. 62, per cui “[l]a determinazione vincolante del contenuto di una legge costituzionale ... dubbia è ... legislazione costituzionale, non giurisdizione”; *contra*, in replica, H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in *Die Justiz*, VI [1930-31], 576 ss., trad. it. ID., *Chi dev’essere il custode della costituzione?*, a cura di C. GERACI, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 253 ss., che peraltro ivi dà atto che l’uso di termini generici da parte del legislatore reca “il pericolo di uno spostamento di potere ... politicamente assai inopportuno”), almeno con riferimento a quelle manipolative – additive o sostitutive – (cfr. G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, nel *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012, 391 ss., 404 ss., 412 ss.), di là dell’attitudine di tale potere a colorare la Corte come “organo di iniziativa o codecisione legislativa” (per Kelsen, se per un verso la dichiarazione di incostituzionalità è “atto negativo di legislazione” e “un tribunale che ha il potere di annullare le leggi è di conseguenza organo del potere legislativo”, per altro verso poiché ciò “avviene in applicazione delle norme della costituzione, manca ... la libera creazione che caratterizza l’attività legislativa ... è principalmente applicazione e solo in misura esigua creazione del diritto, e quindi è veramente giurisdizionale”: v. risp. ID., *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, 4 [1942] *Journal of Politics* 183 ss., trad. it. ID., *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e Americana*, a cura di C. GERACI, in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., 293 ss. e, ivi, 300; ID., *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, 1928, 197 ss., trad. it. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, a cura di C. GERACI, in ID., *La giustizia costituzionale*, cit., 143 ss. e, ivi, 173; ID., *op. ult. cit.*, 174); del connesso risalente dibattito sulla sua ammissibilità (per tutti, cfr. a favore F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1646 ss.; ID., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia* a cura di P. BARILE, E. CHELI e S. GRASSI, Bologna, 1982, 19 ss.; e, *contra*, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, ivi, 103 ss.); e, dei limiti “teorici” all’esercizio di quello per ciò posti, nel tentativo di preservare il carattere giurisdizionale, non legislativo (*i.e.* radicalmente creativo) dell’intervento della Corte (è il caso della condizione di ammissibilità proposta da V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, ne *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività* a cura di N. OCCHIOCUPO, Bologna, 1978, 80 ss., che le sentenze additive siano scritte a “rime obbligate”, secondo una direttiva che diviene giustificazione e testualmente riecheggia nella giurisprudenza della Corte [a es. in C. Cost., 1 luglio 1993, n. 298, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3053 ss.; C. Cost., 3 marzo 1994, n. 70, in *Giur. cost.*, 1994, 749 ss.; C. Cost., 23 giugno 1994, n. 258, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2708 ss.; C. Cost., 15 luglio 1994, n. 308, in *Foro it.*, 1995, I, 32 ss.; C. Cost., 1 giugno 1995 n. 218, in *Giur. it.*, 1995, I, 610 ss.; C. Cost., ord., 14 novembre 2006, n. 380, in *Giur. cost.*, 2006, 3962 ss.; e C. Cost., ord., 19 dicembre 2006, n. 432, in *Foro it.*, 2007, I, 1344 ss.]; a cui tiene luogo la più inflazionata presentazione della manipolazione come “la” «soluzione costituzionalmente obbligata» [tra le altre, v. C. Cost., 6 dicembre 2017, n. 256, in *Giur. cost.*, 2017, 2720 ss.]; che

multilivello che moltiplica le possibilità di loro protezione¹⁰³.

4. *Diritti fondamentali della persona e autonomie contrattuali*

In relazione agli accennati profili, la valutazione da cui si sono prese le mosse esemplifica un modello in cui la segnalazione di istanze di ammodernamento si accompagna a proposte che si conciliano con il quadro di riferimento, favorendone la recezione in uno con l'ideale sottinteso. Qui, per l'appunto, unitamente alla tutela dei diritti fondamentali della persona¹⁰⁴,

si precisa nel consentire la sola aggiunta che venga “trovata tra quelle a portata di mano o fatta derivare da un principio generale o, addirittura, tratta dalla stessa norma costituzionale violata” (V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 80 ss.); che si risolve nell'ammettere l'alterazione sol se la Consulta non introduca una propria creazione, ma si limiti a enunciare ciò che implicitamente, allo stato latente l'ordinamento già preveda, una “soluzione ... logicamente necessitata ed implicita nello stesso contesto normativo” [v. C. Cost., ord., 14 novembre 2006, n. 380, cit., 3962 ss.] o, più latamente, “una estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata” che altrimenti, ossia “[q]uando, invece, si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore” [v. C. Cost., 23 aprile 1986, n. 109, in *Foro it.*, 1985, I, 1761 ss., e C. Cost., 2 febbraio 1988, n. 125, in *Giur. it.*, 1989, I, 30 ss.], non essendo consentite alla Corte valutazioni discrezionali proprie della funzione legislativa) o, almeno, di arginare il potere in discorso affinché non tracimi vistosamente nel terreno prettamente legislativo, ma caso mai addobbandosi con la veste d'una legislazione costituzionalmente obbligata (cfr. R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in *Libertà e giurisprudenza costituzionale* a cura di V. ANGIOLINI, Torino, 1992, 45 ss. e, ivi, 48, ove congeda lo schema delle “rime obbligate” come «la più “euclidea” (certo non la più affascinante) in fondo, delle forme poetiche»).

¹⁰³ Le fonti che li riconoscono si sono moltiplicate: alle Costituzioni nazionali si aggiungono la CEDU e la Carta di Nizza, ciascuna con le proprie Corti. Dal punto di vista della *Drittwirkung* dei diritti fondamentali, ciascuno degli organi giurisdizionali domestici, dopo il Trattato di Lisbona e il valore pari a quello dei Trattati da esso attribuito a quest'ultima (art. 6 TUE), hanno un'alternativa che si aggiunge all'itinerario classico: come ricorda A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, 335 ss., in ipotesi di norme interne che entrino in conflitto con tali diritti, anziché sollevare la q.l.c. dinanzi alla Consulta, è divenuto possibile procedere alla disapplicazione della norma interna incompatibile sul presupposto del primato del diritto comunitario (su cui già Corte Giust. CEE, 15 luglio 1964, causa n. 6/64, cit., 137 ss., e poi C. Cost., 8 giugno 1984, n. 170, cit., 1098 ss.). Inoltre, nel caso in cui si tratti di norme comunitarie, il giudice nazionale può sollevare la questione pregiudiziale di validità *ex* 267, par. 1, lett. b, TFUE (cfr. Corte giust. UE, Grande Sezione, 8 aprile 2014, cause riunite n. 293/12 e n. 594/12, in *Giur. cost.*, 2014, 2948 ss.).

¹⁰⁴ V., a es., G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il «Codice del consumo» nell'esperienza italiana*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2006, 3 ss., e V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*,

con particolare riguardo alla dignità¹⁰⁵, la difesa dei quali ha guadagnato progressivamente spazio anche nell'area delle vicende negoziali in cui essi possono operare come limitazioni che condizionano le manifestazioni dell'autonomia contrattuale¹⁰⁶. Essi possono cioè concorrere a conformare quest'ultima¹⁰⁷ che, rispetto alla sua configurazione classica¹⁰⁸, si è evoluta

in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 535 ss.

¹⁰⁵ Cfr. N. IRTI *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 108 ss.

¹⁰⁶ V. G. ALPA, *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, cit., 204 ss., che trattando dei nuovi aspetti del dibattito sulla autonomia contrattuale, pone in luce i nessi tra la regolazione del mercato e la regolazione del contratto (ivi, 223), proponendo i diritti fondamentali come limite all'autonomia contrattuale (ivi, 227 ss.) ascrivendo loro la natura di principi generali (ivi, 233 ss.). V. pure G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., 247 ss.; R. CATERINA, *Principi generali e strategie neosistematiche nel dibattito sull'autonomia contrattuale*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* a cura di S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA, Torino, 2016, 201 ss., e F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, cit., 219, per il quale l'incidenza dei principi sull'autonomia contrattuale implica il superamento dell'idea ch'essa "incontri solo limiti eccezionali ed analiticamente predeterminati dal ... legislatore".

¹⁰⁷ Sull'attuale conformazione dell'autonomia contrattuale, v. G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Draft common frame of reference del diritto privato europeo* a cura di G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, e P. ZATTI, Padova, 2009, 4 ss., nonché ID., *Party Autonomy and Freedom of Contract Today*, in *The Politics of the Draft Common Frame of Reference* a cura di A. SOMMA, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009, 71 ss. (per il rilievo che se ne dedurrebbe che il contratto sarebbe strumento di giustizia non solo commutativa, ma pure distributiva v. A. SOMMA, *Preface*, ivi, xv ss. e, ivi, xxiv; in tale prospettiva, v. pure ID., *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 75 ss.; ID., *Buona fede e giustizia contrattuale e gestione del conflitto sociale*, in A. D'ANGELO, P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, 75 ss.; e M. MANTELLO, *Libertà contrattuale e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007). *Amplius*, v. G. ALPA, *Il contratto in generale. I. Fonti, teorie, metodi*, nel *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2014, a es. 154 ss., 299 ss., 399 ss., 419 ss., 555 ss. (per una sintesi, v. ID., *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Milano, 2014).

¹⁰⁸ Su cui v. a es. G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, negli *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, IV, Padova, 1950, 183 ss.; Salv. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, Milano, 1955; ID., *Autonomia privata (Appunti)*, Milano, 1957; F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1956, 1213 ss.; F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli altri atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 265 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959; cfr. E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, 1559 ss.

sul piano non solo istituzionale¹⁰⁹, ma anche delle regole operazionali¹¹⁰, specie via via che si sono colte nuove prospettive di osservazione dei fenomeni giuridicamente rilevanti da cui li si guarda considerandone la

¹⁰⁹ Con la severa, all'epoca dissidente critica al negozio giuridico – che è anche il portato della crisi delle ideologie sottostanti la sua costruzione – avviata e condotta da F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 391 ss., ID., *Negozio giuridico (premesse, problematiche e dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 945 ss., ID., *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico* a cura di Salvi, Milano, 1978, 59 ss., ID., *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contr. e impr.*, 1987, 733 ss., ID., *Il negozio giuridico*, nel *Tratt. dir. civ. e comm.* già diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, III, t. 1, Milano, 1988, che lo risolve nel contratto e lo derubrica da categoria logica a «categoria analogica» (ivi, 16); v. pure P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 134, nt. 376, e, per un'anticipazione, M. GIORGIANNI, *Crisi e ideologie nel negozio giuridico*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, 381 ss., e ID., *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 391 ss. Contro il negazionismo, v. l'immediata, contrapposta, più tradizionale voce di G. MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1977, 1 ss.; U. NATOLI, *In difesa del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, cit., 261 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, 2^a ed., Padova, 2004, 11 s., 70 s., 80 ss., e v. già ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *Equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2008, 171 ss.; C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 87 ss. e, ivi, 92; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, 3^a ed., Torino, 2017 81 ss. Per la collocazione del problema in prospettiva storica, v. P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, cit., 120 ss., anticipato da ID., *L'autonomia dei privati*, in *Iustitia*, 1967, 3 ss. Delinea una più ampia crisi, che investe la fattispecie contrattuale, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss. (che si riallaccia a ID., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004; ID., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007; e ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011), ID., *La crisi della fattispecie*, cit., 36 ss., ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss., ID., *Un contratto 'incalcolabile'*, cit., 109, ora riuniti, con altri scritti, nel volume ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*; per un più cauto orientamento, v. a es. A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 ss., e G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, cit., 387.

¹¹⁰ Cfr., a es., G. AMADIO, *Lettere sull'autonomia privata*, Padova, 2005, e ID., *Lezioni di diritto civile*, 2^a ed., Milano, 2016.

portata economico-sociale¹¹¹ e costituzionale¹¹².

Lo possono – così espandendo la rete di loro protezione e rendendo più articolate le cause della tradizionale tensione tra autonomia privata e limiti¹¹³ posti dagli ordinamenti giuridici¹¹⁴ – anche al di là delle norme di fonte legislativa che provvedano loro tutele tipiche, ossia pure dove non vi siano (o non arrivino, avuto riguardo alle rispettive finalità) discipline che delineino modelli positivizzati di loro salvaguardia. Tali regole, se sono precipitati

¹¹¹ V. le intuizioni di T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir. econ.*, 1955, 1179 ss., ID., *Per uno studio della realtà giuridica effettuale*, *ivi*, 1956, 775 ss., ID., *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, *ivi*, 1956, 1238 ss., ID., *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Riv. dir. lav.*, 1958, 275 ss., che diedero luogo a qualche polemica su diversi temi – cfr. a es. ID., *La dottrina commercialista italiana e Francesco Carnelutti*, in *Riv. soc.*, 1960, 1 ss., e F. CARNELUTTI, *Certezza, autonomia, libertà, diritto*, in *Dir. econ.*, 1956, 1193 ss. –; per P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, 284 ss., “Filippo Vassalli e Ascarelli saranno le manifestazioni più vive e più nitide di una consapevolezza svecchiatrice, ma ... espressioni di un filone di pensiero giuridico ... minoritario nella grande fiumana d’una dottrina ancora conquistata da legalismo e formalismo”; si vedano, poi, L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, negli *Studi in onore di Alberto Asquini*, III, Padova, 1965, 1077 ss., P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1970, 512 ss., e P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973.

¹¹² Per tutti, v. P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, cit., 208 ss.

¹¹³ Su questo classico tema, tra gli altri, v. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; A. PAVONE LA ROSA, *Autonomia privata e formazione eteronoma del regolamento contrattuale*, in *Riv. not.*, 1970, I, 216 ss.; A. D’ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987, 47 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, 2^a ed., cit., 51 ss.; P. SCHLESINGER, *Lautonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 231 ss.; G. GRISI, *Lautonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell’economia*, Milano, 1999; A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 263 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; ID., *L’eterno ritorno. A proposito dell’autonomia privata e dei suoi limiti*, in *Pol. dir.*, 2009, 259 ss.; U. LA PORTA, *Limiti dell’autonomia nei contratti di scambio*, in *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio* coord. da P. SCHLESINGER, Milano, 2002, 157 ss.; R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 771 ss.; S.M. CARBONE, *Lautonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, 891 ss.; N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 727 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Not.* diretto da P. PERLINGIERI, IV, 1, Napoli, 2008; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 365 ss.; ID., *Dottrine dell’autonomia privata dall’Italia all’Europa*, *ivi*, 2009, 591 ss.; E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010.

¹¹⁴ Le cui differenze danno luogo a fenomeni di *forum shopping*: v., a es., il volume collettaneo a cura di A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, ove la voce pre-occupata di A. SOMMA, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, *ivi*, 58 ss.

della rilevanza dei diritti in questione, non ne sono esaustive (se non altro non necessariamente), né esauriscono (perlomeno non ineluttabilmente) i modi in cui essa può manifestarsi, nemmeno nell'area in cui le prime sono chiamate a operare e in cui esse delineano assetti e schemi discrezionalmente forgiati e proposti dal legislatore: ciò almeno parrebbe se a quei diritti si riconosca efficacia orizzontale¹¹⁵ e li si reputi parametri di costituzionalità/validità in concorso con il canone della ragionevolezza.

La posizione dei diritti fondamentali della persona che si attesti al più alto livello dei valori ordinamentali (e a cui tali presupposti si associano), peraltro, ne avvantaggia un (più immediato) effetto conformativo dell'autonomia

¹¹⁵ Per un quadro degli indirizzi interpretativi concernenti l'applicazione dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati, v. l'antologia a cura di G. ALPA e G. CONTE, *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, cit., *passim*, che offre una panoramica dei diversi modelli che operano all'interno di differenti esperienze giuridiche europee. A livello istituzionale, v. la sintesi di A. GENTILI, *Le fonti del diritto privato e l'interpretazione*, nel *Manuale del diritto privato* a cura di S. MAZZAMUTO, 2^a ed., Torino, 2017, 3 ss. e, ivi, 28 s.: se si accantona l'irrilevanza dei diritti fondamentali, si può predicare loro un'efficacia (solo) verticale, che riguarda i rapporti con lo Stato ed è quella da più tempo riconosciuta; oppure (anche) orizzontale, che riguarda i rapporti tra privati, permette loro d'incidere su questi ultimi, sull'autonomia privata, segnatamente contrattuale, e costituisce una più recente e discussa acquisizione. Tra l'altro, l'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali può essere (e si discute se sia) diretta o indiretta, *i.e.* immediata o mediata. Nel primo caso, possono essere fatti valere di per sé, cioè costituiscono fondamento di pretese, poteri, immunità su di essi costruiti. Nel secondo caso, possono essere fatti valere in conformità delle scelte del legislatore, in applicazione (cioè invocando non già il diritto fondamentale in sé, bensì l'applicazione) di norme che ne esprimono scelte esplicite, ma anche di clausole generali da esso poste, che si prestano a essere (im)piegate (*recte*: interpretate nel senso più conforme) alla tutela del diritto fondamentale, con predilezione per quella di buona fede (in tal senso sembra orientata l'esperienza tedesca: v. W.C. CANARIS, *L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco*, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, cit., 153 ss.; e P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Il modello di Civil Law*, 4^a ed., Torino, 2016, 166, ove si ricorda che dopo un primo momento in cui s'ipotizzò che i diritti "fondamentali" contemplati dalla legge "fondamentale" tedesca fossero caratterizzati da un'efficacia immediata, prevalse l'indirizzo affermato dalla Corte costituzionale della "precettività mediata" di quelli attraverso le clausole del buon costume e della buona fede). Un'opzione, specie quella che si richiama alla buona fede, che un poco dissimula e non è scevra di pericoli: non tanto perché un diritto o è o non è (non potendosi disconoscere le prerogative conformative del legislatore, sia pure nel limite della ragionevolezza e della totale trascuratezza d'un diritto detto fondamentale), ma perché dietro alla fedeltà al dato positivo qui sta una (più) accentuata discrezionalità riservata all'interprete nell'incidere sull'effettività del diritto (fondamentale); e ciò reca pericoli perché, seguitando, sulla clausola della buona fede si fondò la risoluzione d'un contratto di locazione perché concluso con un contraente ebreo (v. P. KINDLER, *Il ricorso dei Giudici alle clausole generali in Germania*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1998, 662 ss. e, ivi, 664). Una alternativa parrebbe (almeno nella prospettiva del diritto civile e, in particolare, della sanzione della nullità) la considerazione dei diritti fondamentali nella prospettiva della violazione, con essi, dell'ordine pubblico.

contrattuale attraverso la (loro penetrazione nella) legislazione, in cui s'incuneano non soltanto (e non tanto) attraverso l'interpretazione del dato positivo semplicemente orientata alla loro tutela, a mo' d'argomento; ma direttamente, divenendone la protezione (anche nei rapporti economici) una finalità della normazione. Un esempio storicamente accreditato è costituito dal diritto del lavoro¹¹⁶; ma – per quanto in particolare attiene al rapporto tra persona e mercato (o economia) e in relazione alla valutazione ricordata in avvio di discorso – gli si affianca il diritto dei consumatori nelle sue varie articolazioni, incluse le parti che si possono attingere ai plessi normativi concernenti i cc.dd. settori (o mercati) regolamentati (*recte*: più specificamente regolamentati), che formano oggetto del diritto dell'economia.

Il diritto dei consumatori, infatti, non sembra puramente ripiegato sul componimento degli interessi economici tra le parti in conflitto, ma altresì orientato alla difesa dei diritti fondamentali della persona¹¹⁷, tanto più che la protezione dei consumatori è finalità oramai da tempo menzionata dalle fonti comunitarie distintamente dai più tradizionali obiettivi mercantili. Di là di soggettive preferenze per l'anteposizione di questi ultimi rispetto a quelli di natura economica¹¹⁸ e della contingente tassonomia dei diritti del consumatore¹¹⁹, un'interpretazione delle disposizioni a tutela del contraente debole nell'ottica della protezione della persona si reputa giustificata, se non pretesa, nell'ordinamento interno, anche dall'art. 41 Cost. che esprime un

¹¹⁶ Il diritto del lavoro considera il lavoratore “come ‘persona’ fornita di dignità sociale prima ancora che come ‘contraente debole’” per P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro*. Art. 2126, ne *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2013, 98.

¹¹⁷ Per tutti, v. G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il «Codice del consumo» nell'esperienza italiana*, cit., 3 ss.

¹¹⁸ V., a es., V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 535 ss., per cui il valore di vertice e di centro del diritto positivo è la persona e non il mercato che, in quanto espressione di una logica economicistica e patrimonialistica, le è sottordinato in posizione servente; e P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 82 ss.

¹¹⁹ Sull'elencazione dei diritti fondamentali del consumatore, ricollegati all'allora vigente art. 153 Trattato CE – risultante dal Trattato di Amsterdam del 1997, in vigore dal 1° maggio 1999, e dalla conferma del Trattato di Nizza del 2001, in vigore dal 1° febbraio 2003: anteriormente v., dapprima, l'art. 100A Trattato CEE così come modificato dall'Atto unico europeo, in vigore dal 1° luglio 1987, e, poi, dopo il Trattato unico europeo di Maastricht, in vigore dal 1° novembre 1993, gli artt. 100A e 129A Trattato CE; ora, a seguito del Trattato di Lisbona in vigore dal 1° dicembre 2009, v. gli artt. 12 [ex art. 153, co. 2, Trattato CE], 114 [ex art. 95 Trattato CE, integrato recuperando al co. 3 la parte dell'art. 100A del Trattato CE precedente il Trattato di Amsterdam, che l'aveva espunta] e 169 [ex art. 153, co. 1, 3, 4 e 5, Trattato CE] TFUE – , v. G. De CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 747 ss.

principio di libertà (economica), ma anche un vincolo rappresentato da fini sociali¹²⁰.

Si tratta di un'angolatura e una concezione che non evocano la persona per giustificare costituzionalmente l'autonomia privata e riconoscere nel contratto un valore primario dell'ordinamento, in quanto inerenti alla persona e per ciò costituzionalmente protetti dall'art. 41, ma anche dagli artt. 2 e 3 Cost.¹²¹; non si risolvono nel notare che, compatibilmente con una loro interpretazione che le funzionalizzi innanzi tutto al mercato, le regole del mercato fanno appello alla libertà positiva – dei produttori, nell'iniziativa e nella competizione, e dei consumatori, nella scelta dei beni e della consapevole decisione – nella quale, pure, la dignità della persona risiede¹²²; ma fanno dei diritti fondamentali di quest'ultima un criterio di diretta conformazione delle regole¹²³. Ciò sul presupposto che la libertà economica o senz'altro il mercato si confrontino con altri valori di rilevanza costituzionale, che includono tali diritti e che configurano l'una e l'altro seppure con un'incidenza variabile in ragione delle convinzioni dell'interprete: della predilezione ad ampliare gli spazi del bilanciamento dei diversi valori considerandoli coralmemente concorrenti, nel convincimento che il pluralismo, la concomitanza di questi s'accompagni a un loro concorso tendenzialmente corale; oppure a costruire più rigide gerarchie che quel bilanciamento puntano a contenere, se non escludere¹²⁴.

Parrebbe eccessivo estendere l'accennata chiave di lettura a tutte le norme concernenti contratti che siano (o sovente possano essere) asimmetrici¹²⁵, di cui sia (o sovente possa essere parte) un contraente “debole”. Sembrano

¹²⁰ V. V. BUONOCORE, *Rapporti economici*, ne *I Principi fondamentali. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 75 ss., e, ivi, 79.

¹²¹ Così G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti* a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, 799 ss. e, ivi, 806.

¹²² V. N. IRTI *Ordine giuridico del mercato*, cit., 108 ss.

¹²³ Cfr., in termini generali, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974, a es. 81.

¹²⁴ Cfr., a es., P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., 103, per il quale la libertà economica e la funzione stessa del mercato sono configurate dai valori costituzionali inviolabili, quali sono i diritti dell'uomo, e inderogabili, qual è la solidarietà economica, politica e sociale: tal che l'una e l'altro debbono realizzarsi in conformità di detti valori, facendosi prevalere la dimensione dell'essere su quella dell'avere.

¹²⁵ Sulla categoria, per tutti v. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 ss., e ne *Il contratto del duemila*, 2^a ed., Torino, 2005, 23 ss.; ID., *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il terzo contratto)?*, in *Remedies in contract* a cura di G. VETTORI, Padova, 2009, 207 ss.; A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, 370 ss.

sfuggire le discipline di rapporti che – anche a concedere che siano (tosto) sempre asimmetrici e conclusi in posizione di debolezza dalla controparte del contraente obbligato alla prestazione caratteristica – si applichino a “tutti” i rapporti riguardati a prescindere da particolari connotazioni soggettive della parte a presidio del cui interesse negoziale le norme siano in tesi poste. L’ambito applicativo esteso anche a rapporti in cui l’ipotetica parte debole non sia sempre un essere umano, ma possa essere un ente, sembra escludere la possibilità di predicare senz’altro a tali discipline la finalità “della tutela della dignità dell’individuo”¹²⁶: tanto più, ma a conforto non necessario, se alla normativa riferita a “tutti” si affianchino regole dettate solo per alcuni dei rapporti oggetto della prima e applicabili in quanto in essi siano individui a rivestire il ruolo di parte protetta¹²⁷. In tali casi, una lettura che muova nella prospettiva della strumentalità del contratto al mercato e privilegi interpretazioni della disciplina di portata più generale che ne riconoscano e postulino la funzione regolatrice del mercato sembra più appropriata e pertinente.

¹²⁶ Nell’ottica della persona la disciplina del contratto asimmetrico, in particolare di quello del consumatore, è letta da A. PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, 427 ss., per accreditare un avvicinamento del diritto del lavoro al diritto civile o, meglio, al diritto (speciale o ai diritti speciali) dei contratti con contraente debole, siccome anch’essi normati in vista della tutela della dignità dell’individuo.

¹²⁷ È, per esemplificare, il caso della disciplina posta a presidio della c.d. “trasparenza bancaria” che tradizionalmente e in modo irreflesso si reputa riferita a contratti in cui il cliente (della banca) è parte debole (cfr., a es., G. CAVALLI, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976; V. ALLEGRI, *Nuove esigenze di trasparenza del rapporto banca-impresa nell’ottica del contraente debole*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1987, I, 56 ss.; G. CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.*, 1992, V, 354 ss.) e a rapporti al cui “riequilibrio” sarebbe volta (v., a es., A.A. DOLMETTA, *Per l’equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie. Chiose critiche alla l. n. 154 del 1992*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1992, I, 381 ss., e A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie: la difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, 1993.), ma che, per un verso, si applica a tutti (quanto ai capi contenenti gli artt. 115 – 120-*quater* t.u.b., ma v. l’art. 118, co. 2-*bis*, quanto al *jus variandi*; gli artt. 126-*bis* – 126-*novies* t.u.b. sui servizi di pagamento, peraltro suppletivi, *ex art.* 126-*bis*, co. 3, se il cliente non sia un consumatore né una micro-impresa, fermo però quanto disposto dal Regolamento UE, n. 2015/751; gli artt. 127 – 128-*ter* t.u.b.) e si può considerare come una normativa prototipica del contratto asimmetrico proprio perché prescinde da particolari connotazioni soggettive della parte a presidio del cui interesse negoziale è posta; e, per altro verso, è per l’appunto integrata da norme specificamente dettate con riferimento a rapporti in cui il cliente della banca sia una persona fisica con i caratteri del consumatore (artt. 120-*quinquies* – 120-*noviesdecies* t.u.b., relativi al credito immobiliare ai consumatori; artt. 121 – 126 t.u.b., concernenti il credito ai consumatori; artt. 126-*decies* – 126-*vicies sexies* t.u.b., riguardanti i conti di pagamento) secondo le definizioni di quest’ultimo offerte dagli artt. 120-*quinquies*, co. 1, lett. b, 121, co. 1, lett. b, 126-*decies*, co. 3, lett. e, t.u.b.

Ma, con questa precisazione, non sembra ardito un accostamento del diritto del lavoro al diritto dei consumatori¹²⁸ e, più in generale, a discipline del diritto civile (contrattuale) e di diritto (privato) dell'economia che si (pre)occupino della tutela dell'interesse negoziale d'una parte che sia un individuo nel quadro di rapporti asimmetrici¹²⁹. Il che introduce alla seconda delle idee sottese alla valutazione da cui si è partiti: l'inversione del processo che condusse dallo *status* al contratto cristallizzato nelle codificazioni ottocentesche¹³⁰, ossia a un rovesciamento¹³¹ che ricolloca il primo in una più nobile dimensione annettendogli, in particolare, una funzione di protezione¹³².

Quel già menzionato sguardo posato sull'individuo, che lo osserva nella sua dimensione concreta, non soltanto ne fa cogliere il peculiare tratto dell'umanità, ma fa anche emergere le differenze tangibili che percorrono le società, che cioè esistono tra gli esseri umani¹³³; dunque, l'illusorietà dell'ideale loro teorica parità, ossia d'una eguaglianza formale predicata in astratto a tutti i soggetti di diritto¹³⁴ che si confronta con l'assetto fattuale di società percorse da iniquità; e i limiti d'un diritto fittiziamente egualitario predicato a società di diseguali, ossia insensibile alle diseguaglianze materiali. L'attenzione che cada sull'individuo comporta, se non un radicale passaggio "dall'astrattezza

¹²⁸ V. A. PERULLI, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, cit., 427 ss.

¹²⁹ Sulle articolazioni dell'asimmetria informativa, economica e relazionale v. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, ne *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2008, 355 ss. Sull'asimmetria informativa in particolare, v. A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 555 ss., e la monografia di M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

¹³⁰ La formula "dallo *status* al contratto" si suole attribuire a H.S. MAINE, *Ancient law*, London, 1861, anche nella trad. it. *Diritto antico* a cura di V. FERRARI, Milano 1998.

¹³¹ Su cui v. G. ALPA, *Status e capacità giuridica*, in *Vita not.*, 1992, I, 433 ss.; ID., *La rinascita dello status*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna 1992, 435 ss.; *amplius*, ID., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, cit., *passim*. Sull'inversione del processo, *i.e.* sul ritorno dal contratto agli *status* v. già M. REHBINDER, *Status, Contract, and the Welfare State*, 23 [1971] *Stan. L. Rev* 941 ss.; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 ss.; ID., *Status. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.; ID., *Status e capacità*, ne *I mobili confini dell'autonomia privata* a cura di M. PARADISO, Milano, 2005, 15 ss.; N.J. JAMIESON, *Status to contract – Refuted or Refined*, 39 [1980] *Cam. L. f.* 333 ss.; D. COHEN, *The Relationship of Contractual Remedies to Political and Social Status: A Preliminary Inquiry*, 32 [1982] *U. Toronto L. f.* 31 ss.; e, poi, A. BRUNS, *Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status?*, in *Juristenzeitung*, 2007, 385 ss.

¹³² V. G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, cit., 24 ss.

¹³³ V. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 96 ss.

¹³⁴ V. P. RESCIGNO, *Soggetti e persona*, cit., 21 ss.

della soggettività alla concretezza della persona”¹³⁵, una giustapposizione¹³⁶ della persona al soggetto; e, con l’affiancamento dell’analisi concreta alla sintesi astratta che è il riflesso dell’interesse rivolto alla persona, affiorano scarti e l’esigenza di tenerne conto che assecondano, se non impongono l’accoglimento di un principio di uguaglianza sostanziale¹³⁷. Coticché si pongono le basi per l’introduzione di precetti diversificati per categorie di individui interessati, isolate considerando questi ultimi in concreto in relazione alle specificità delle loro condizioni¹³⁸, alle caratteristiche loro peculiari suscettibili di sintetizzarsi in *status*; e di esprimere particolari bisogni della persona che ne sia rivestita.

Anche a questo proposito, è il diritto del lavoro l’esempio storicamente accreditato, ché costituisce un modello di disciplina che – non soltanto, come si è accennato, “ha fatto emergere ... la considerazione normativa [di] un uomo in carne e ossa ... [*alias* di] un concetto ‘concreto’ di persona”¹³⁹ e dei diritti fondamentali della persona (del lavoratore) fornita di dignità¹⁴⁰ in veste conformativa di regole di diritto contrattuale, ma così facendo – avvalora diritti contrattuali confezionati su *status*. Ma, anche a questo proposito, gli si affianca il diritto dei consumatori, che alimenta la tendenza che è stata avviata dal diritto del lavoro¹⁴¹ ed è divenuta un elemento

¹³⁵ V. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 55 ss.

¹³⁶ V. G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, cit., 829 ss.

¹³⁷ Tra i tanti, cfr. P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515 ss.; ID., *Sul cosiddetto principio di uguaglianza in diritto privato*, in *Foro it.*, 1960, II, 666 ss.; e B. CARAVITA, *Oltre l’eguaglianza formale. Un’analisi dell’art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, 19 ss., 58 ss. e *passim*.

¹³⁸ La considerazione dell’essere umano “nella specificità delle sue condizioni umane e sociali”, una volta “abbandonando il vecchio schema di una eguaglianza meramente formale” che milita a superare, favorisce “discipline differenziate in funzione della diversità delle condizioni soggettive” (*recte*, per coerenza, “umane” o “individuali”), ossia “della qualità del destinatario (lavoratore, consumatore, imprenditore, soggetto disabile, minore e via dicendo)” di modo che per N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 55 ss., “[i]l diritto soggettivo non è più attribuito in astratto, ma in funzione della specifica condizione del suo titolare” “in una visione sostanzialistica e concreta della specificità delle condizioni esistenziali insita nell’idea della persona”.

¹³⁹ V. L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell’uomo*, cit., 1117 ss.; S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, 87 e ss.; cfr. G. BONI e A. ZANOTTI, *Sangue e diritto nella Chiesa. Contributo ad una lettura dell’Occidente cristiano*, cit., 18; e P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, cit., 96 ss.

¹⁴⁰ V. P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro. Art. 2126*, cit., 98.

¹⁴¹ In coerenza, parrebbe, con l’evoluzione consolidata nel codice del 1942 per cui “non vi è più un universo che ruota intorno alla proprietà, ma un sistema economico composito in cui proprietà, credito e lavoro sono coordinati” (v. G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., 319), ossia con il transito del diritto commerciale da diritto di classe a diritto comune (v. ID., *op. ult. cit.*, 243) che spostò la disciplina contenuta nel codice civile ottocentesco

qualificante dell'evoluzione del diritto civile¹⁴² (contrattuale) e del diritto (privato) dell'economia. Poste cioè le basi per introdurre disposizioni volte a variare la disciplina del rapporto negoziale in funzione delle caratteristiche del contraente della parte obbligata alla prestazione caratteristica, ossia per trattamenti differenziati secondo una logica che non è più quella di rimuovere trattamenti discriminanti¹⁴³, ma – in positivo – di provvedere precauzioni gradate in funzione delle caratteristiche della “persona” di volta in volta coinvolta nello scambio, si moltiplicano i regimi; e, in relazione a ciò, s'inclina a ragionare in termini di “autonomie contrattuali”, ossia a usare un sintagma la cui flessione al plurale è nel contempo un'operazione tecnica e un'opzione di politica del diritto¹⁴⁴.

5. *Autonomie contrattuali e obblighi informativi*

È questa una lettura della disciplina del contratto che conosce l'alternativa dell'interpretazione d'indole oggettiva della normativa che nega il recupero dello *status* sul contratto¹⁴⁵; e, prima ancora, nega che la protezione della parte vulnerabile, del suo interesse negoziale o della libertà contrattuale, sia fine a sé stessa¹⁴⁶, ossia scopo esclusivo della cospicua eteroregolazione dei contratti

dal centro della vita economica riservandogli il ruolo d'un residuo del mondo tardo-liberale di quell'epoca (v. ID., *op. ult. cit.*, 268).

¹⁴² V. L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, 5 ss.; e S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, cit., 87 e ss.

¹⁴³ V. G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, cit., 147 ss.

¹⁴⁴ V. G. ALPA, *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, cit., 239 ss.

¹⁴⁵ È la lettura della disciplina delle clausole abusive contenute nei contratti conclusi con i consumatori offerta, soprattutto, da G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 20, 22 s., 26 s., 29, 30, che, più in generale, ravvisa il fondamento delle normative europee a tutela del consumatore nell'essere quest'ultimo protagonista del mercato (v. ID., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione: dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 309 ss., e, ivi, 335 s.). Sempre nell'ottica del mercato, ma anche del contemperamento degli interessi dei contraenti, cfr. G. IUDICA, *Clausole abusive e razionalità del mercato*, nel *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore* a cura di C.M. Bianca, F.D. BUSNELLI, L. BIGLIAZZI GERI, F. BOCCHINI, M. COSTANZA, G. IUDICA, M. NUZZO, V. RIZZO, M. SESTA, G. VETTORI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 777 s., e F. BOCCHINI, *Tutela del consumatore e mercato*, ivi, 783 ss., spec. 785 ss.

¹⁴⁶ In tal senso, invece, v. G. OPPO, *Principi*, nel *Tratt. dir. comm.* diretto da V. BUONOCORE, sez. I, t. I, Torino, 2001, 68, per il quale la disciplina dei contratti asimmetrici è posta a tutela della parte debole senza essere giustificata da un generale interesse del mercato.

asimmetrici¹⁴⁷ che, per foggiane il contenuto in un'accentuata ottica di conservazione del rapporto¹⁴⁸, si giova, dal punto di vista tecnico, delle ormai numerose norme imperative invalidanti¹⁴⁹ diffuse con funzione più conformativa che demolitoria¹⁵⁰, di regole talora sostitutive delle pattuizioni delle parti, dell'ampliamento degli spazi della discrezionalità interpretativa¹⁵¹ per l'emenda giudiziale del contratto¹⁵², ma anche dell'intervento normativo delle autorità amministrative indipendenti di connotazione¹⁵³ o senz'altro, nuovamente, di conformazione del contratto¹⁵⁴.

Sul duplice presupposto che il contratto sia strumento di scambio,

¹⁴⁷ La lettura nella prospettiva del mercato non riguarda solo la normativa consumeristica, ma anche, a es., la disciplina sui ritardi di pagamento (cfr. E. CAMILLERI, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, 378 ss., e M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, spec. 9 s.) o sull'abuso di dipendenza economica (cfr. R. NATOLI, *Abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, 82 ss., e, prima, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 210 s., e S. PAGLIANTINI, *Abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, 455 ss.).

¹⁴⁸ Lo si rileva talora attribuendole e approvandone il carattere paternalistico (v. A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 525 ss.); talaltra segnalandone, in un'ottica mercantile, il potenziale effetto di avvantaggiare eccessivamente il contraente debole (v. R. PARDOLESI, *La subfornitura*, in *Manuale di diritto privato europeo* a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, 1061 ss., e, ivi, spec., 1074).

¹⁴⁹ V., a es., ROS. ALESSI, *Contratti dei consumatori e disciplina generale del contratto dopo l'emanazione del codice del consumo*, ne *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 815 ss., e, ivi, 820 s.

¹⁵⁰ Cfr. V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 843 ss.

¹⁵¹ Sulla cui portata, v., tra gli altri, G. ALPA, *Discrezionalità e arbitrio dell'interprete. «Natura» dell'atto. «Circostanze» del caso*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, 527 ss., e A. GAMBARO, *Presentazione* a Barak, *La discrezionalità del giudice*, trad. it. di I. MATTEI, Milano, 1995, 3 ss.

¹⁵² Sull'estensione, a opera delle regole sul contratto asimmetrico, degli spazi in cui opera la funzione correttiva del giudice, scrutinatrice dell'assetto di interessi voluti dalle parti v. ROS. ALESSI, *Contratti dei consumatori e disciplina generale del contratto dopo l'emanazione del codice del consumo*, cit., 820 s.

¹⁵³ Sui cui caratteri v. G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 935 ss.

¹⁵⁴ Cfr. G. GITTI e P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, ne *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto* a cura di G. GITTI, Bologna, 2006, 15 ss., nonché G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, ivi, 91 ss., ove si profila in termini di compatibilità e, anzi, di esaltazione il rapporto tra tali interventi e la funzione dell'autonomia privata.

quindi del mercato¹⁵⁵ a cui è indispensabile¹⁵⁶, e che lo squilibrio tra le parti può incidere sul contenuto negoziale, dunque sul funzionamento del mercato, anche le disposizioni sui contratti che sottintendano l'originaria imparità dei contraenti e alle quali conseguentemente si assegni una finalità di riequilibrio del rapporto, come accade a esempio per le regole in materia di trasparenza dei contratti bancari¹⁵⁷, possono essere interpretate come correttivi che non salvaguardano (solo) il contraente debole, bensì il mercato¹⁵⁸ che ne abbisogna ove difetti una situazione di sostanziale parità tra i contraenti e si giova di una modulazione della libertà contrattuale¹⁵⁹. Si coglie così, del resto, un aspetto notevole della disciplina del contratto, che costituisce un momento significativo del coordinamento di due differenti concezioni del contratto: quella del contratto come composizione volontaria

¹⁵⁵ Specie a tener conto che il mercato non è più un "dove" terrestre, ma l'unità funzionale degli scambi beni o servizi che, dunque, può dirsi veramente costituita quando corrisponda a un diritto dello spazio economico (così, N. IRTI *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 20 ss.); e che, dunque, il mercato (e ciascun mercato), in quanto ordine degli scambi, ha bisogno di norme ordinatrici ed è designato dal suo proprio statuto giuridico, che non risulta da mani invisibili, ma da regole giuridiche (v. ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 10). V. pure G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 7 ss.

¹⁵⁶ Sul nesso di strumentalità del contratto al mercato, in quanto segmento essenziale del procedimento attraverso il quale si realizza la circolazione dei beni e dei servizi, v., *inter alios*, L. ROSSI CARLEO, *La codificazione di settore: il codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 879 ss., spec. 884 ss., che, in relazione a ciò, assegna rilievo prioritario alle regole del mercato anche nel quadro della disciplina dei contratti dei consumatori; e giustifica una più articolata disciplina estesa sia ad antecedenti della formazione del vincolo (l'educazione, l'informazione e la pubblicità), sia ad aspetti che attengono alla fase successiva all'esecuzione del contratto (la sicurezza e la qualità, ad es.). Dall'accennata strumentalità discende che il contratto, visto nella sua funzionalità, si riflette nella realizzazione o meno di un ordinato svolgimento del mercato (cfr. ROS. ALESSI, *Contratti dei consumatori e disciplina generale del contratto dopo l'emanazione del codice del consumo*, cit., 820 s.), sicché le regole dell'uno lo sono anche dell'altro.

¹⁵⁷ Cfr. G. CAVALLI, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, cit., *passim*; G. ALPA, *La «trasparenza» del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 411 ss.; A.A. DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, cit., 381 ss.; A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie: la difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, cit., *passim*; L.C. UBERTAZZI, *Banche e concorrenza. Scritti*, Milano, 2007, 203 ss.

¹⁵⁸ *Contra*, G. OPPO, *Principi*, cit., 68. Cfr. F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 919 ss., nonché P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, cit., 82 ss., e, *amplius*, ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003.

¹⁵⁹ Nel senso che le disposizioni sul contratto asimmetrico modulino l'autonomia privata (e la libertà contrattuale in particolare), piuttosto che limitarla o negarla, v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 329, e G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 808.

di interessi in posizione reciproca formale di conflitto¹⁶⁰; e quella del contratto come strumento di svolgimento di attività economiche, che presta prevalente attenzione al profilo funzionale¹⁶¹.

Ma quella del mercato è soltanto una delle angolazioni in cui si può ragionare intorno alle fattispecie contrattuali¹⁶² almeno, come si è accennato, dinanzi a discipline che non si applichino a prescindere da particolari connotazioni soggettive della parte a presidio del cui interesse negoziale le norme siano in tesi poste. Sicché, perlomeno al di fuori di questi casi, può accadere che l'interpretazione provvista da tale angolatura possa

¹⁶⁰ Si vedano, per tutti, le considerazioni esposte da R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, cit., § 16; da A. RAVÀ, *Lezioni di diritto civile sopra i contratti in generale*, lit., Padova, 1932, 10 ss., con riguardo al codice civile abrogato; e da T. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale*, negli *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 97 ss., in relazione al codice civile vigente; tra gli ultimi, il contratto è strumento per mediare gli interessi delle parti e per ridurre a unità il loro discorde dualismo per N. IRTI *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss. e, ivi, 349 s., che, correlativamente, presupponendo che la composizione delle posizioni in rapporto di dualità postuli trattativa, non solo rimarca l'importanza del dialogo indicando nella tecnica della lingua la principale tecnologia di conclusione del contratto e che quest'ultima è costruita «sull'astratta funzionalità della lingua», ma ritiene che nei moderni codici l'accordo sia «risultato discorsivo e conoscitivo» la cui bilateralità indica la reciprocità dialogica dell'intesa.

¹⁶¹ Neppure questa concezione è recente, come esemplifica l'elaborazione della scuola economica liberale: per resoconti e applicazioni, cfr. G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 573 ss., e AND. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

¹⁶² Per la prospettiva, v. soprattutto N. IRTI *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 289 ss., e in *Persona e mercato. Lezioni* a cura di G. VETTORI, Padova, 1996, 96 ss.; ID., *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 185 ss.; e ID., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., *passim*.

risultare non sempre esente da eccessi¹⁶³, né incontrovertibile¹⁶⁴, né esclusiva¹⁶⁵, poiché può concorrere con – o aggiungersi a – altre, assai persuasive¹⁶⁶. Sono quelle sensibili all'esigenza di contemperamento degli interessi pubblici con gli interessi privati¹⁶⁷. E, soprattutto, sono quelle costituzionalmente

¹⁶³ Si allude all'interpretazione di A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Diritto privato europeo* a cura di N. LIPARI, II, Padova, 1997, 489 ss. e, ivi, 521, la cui personale chiave di lettura, semplificante l'articolazione degli interessi sul presupposto che le regole positive siano da riguardare nella limitata prospettiva in cui le si reputa funzionali alla mera strutturazione del mercato, conduce alla petizione per cui «la tutela del consumatore rileva in termini di mezzo più che di fine» (adde, L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 265 s., almeno con riguardo alla portata delle prescrizioni formali che attrae al diritto degli strumenti e non degli scopi). Ciò nonostante che i processi sottostanti la politica comunitaria – e l'adozione di provvedimenti – di tutela dei consumatori siano chiariti, per tutti, da G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1995, *passim*; né possa indurre in equivoco il contenuto dei “considerando” dei provvedimenti comunitari meno recenti e le motivazioni che essi lasciano emergere, effettivamente orientate al mercato [comune], in quanto è noto sia che essi servono (*recte*: servivano) a chiarire la base normativa dell'adozione del provvedimento cui ineriscono, sia l'originaria estraneità alle fonti istitutive delle Comunità europee dell'espressa menzione, tra le finalità della normazione sovranazionale, della protezione dei consumatori che ha per ciò penetrato con difficoltà l'ordinamento comunitario all'uopo piegandosi altri fini sulla cui realizzazione la loro tutela poteva indirettamente riflettersi.

¹⁶⁴ Con particolare riguardo alla disciplina delle clausole abusive contenute nei contratti conclusi con i consumatori, cfr. A. NICOLUSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit., 549; ID., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, *Eur. dir. priv.*, 2007, 901 ss., spec. 914, nt. 27; E. NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, ne *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato* a cura di P. SIRENA, Milano, 2006, 506 ss.; C. CASTRONOVO, *Quadro comune di riferimento e acquis comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 275 ss., spec. 278, nt. 10.

¹⁶⁵ Nota le plurime anime del Codice del consumo F. RIZZO, *Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati*, Napoli, 2008, 29.

¹⁶⁶ Della giustificazione della disciplina del contratto asimmetrico e, in particolare, di quello del consumatore esclusivamente nell'ottica del mercato, dell'efficienza e della debolezza nel ruolo contrattuale, infatti, si nota un limite che sta nel fatto che si corregge il mercato (la regola del libero incontro della domanda con l'offerta) in nome del mercato; e che disvela che vi sono altri argomenti a cui riferirsi, come la giustizia e la debolezza del ruolo sociale: v. A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 159 ss., che apre a una diversa definizione di consumatore.

¹⁶⁷ Su cui v. G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 25 ss., e cfr. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 65, per il riferimento ai principi informatori del sistema, nonché P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., 273, per l'evocazione dell'interesse sociale.

orientate¹⁶⁸ ai valori normativi¹⁶⁹ della solidarietà¹⁷⁰ o, per l'appunto, della persona che guardano allo *status* (mutevole) del contraente¹⁷¹, la cui considerazione conduce a esiti opposti rispetto alla ricordata negazione del suo recupero sul contratto la cui disciplina può esserne influenzata quanto, tra l'altro, alla formazione e alla validità del negozio¹⁷²; e che profilano la tutela del contraente debole non soltanto come protagonista del mercato, ma in quanto cittadino¹⁷³.

Nel che s'insinua la terza idea che traspare dalla valutazione che ha dato avvio al discorso: quella della rilevanza degli obblighi informativi e della loro conformazione in funzione dei caratteri della controparte del

¹⁶⁸ L'orientamento alla Costituzione nel ricostruire la categoria dell'autonomia privata ne comporta una più marcata, originaria conformazione sul presupposto che essa e, con essa, l'autonomia e la libertà contrattuali non sono mera autoregolamentazione: rilevandosi che tale identificazione è estranea persino nei periodi di maggior liberismo, esse sono sintesi di autoregolamentazione ed eteroregolamentazione e non hanno fondamento in concetti astratti, ma in valori e principi costituzionali dell'ordinamento che governano il giudizio di meritevolezza: v. P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, in *Contratto e Costituzione in Europa* a cura di G. Vettori, Padova, 2006, 146, e cfr. G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 35 ss., e G. IUDICA, *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea*, in *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana* a cura di G. IUDICA e G. ALPA, Napoli, 2006, 165 ss., spec. 172 s.

¹⁶⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 787 ss.

¹⁷⁰ V. Lipari, «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1 ss., e cfr. F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, 92 ss.; *amplius*, già P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*; ID., «Depatrimonializzazione» e *diritto civile*, in ID., *Scuole, tendenze, metodi*, Napoli, 1988, 173 ss.; ID., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, cit., 308 ss.; e il volume a cura di P. STANZIONE, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1999.

¹⁷¹ V. G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il «Codice del consumo» nell'esperienza italiana*, cit., 3 ss.; ID., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1993, 639 ss.; ID., *Sociologia del contratto: nuove idee, vecchi schemi*, in *Sociol. dir.*, 1984, 7 ss.; *amplius*, ID., *La persona. Tra cittadinanza e mercato*, cit., *passim*, e ID., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, cit., *passim*; R. CALVO, *La tutela del consumatore alla luce del principio di eguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 869 ss.; M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche. Capacità, status, diritti*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da M. BESSONE, II, Torino, 2014, 355.

¹⁷² Cfr., a es., G. D'AMICO, *Formazione del contratto*, in *Enc. dir. Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, 567 ss. e, ivi, 588 ss., e A. GENTILI e V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr. e impr.*, 2018, 148 ss.

¹⁷³ Cfr. G. ALPA, *Nuove prospettive della protezione dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 103 ss.; ID., *Art. 1, Finalità ed oggetto*, in *Codice del consumo. Commentario* a cura di G. ALPA e L. ROSSI Carleo, Napoli, 2005, 17 ss.; e N. REICH, *Il consumatore come cittadino – Il cittadino come consumatore: riflessioni sull'attuale stato della teoria del diritto dei consumatori nell'Unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 345 ss.

contraente obbligato alla prestazione caratteristica. Si pone, così, un tema che attiene a un importante aspetto delle regole riguardanti i contratti; e, in relazione a esso, si propone una profilassi che, se per un verso si può riallacciare al ripudio datato d'un orientamento prettamente individualistico a favore dell'affermazione di limiti entro cui confinare l'autonomia privata per finalità d'interesse sociale "come quelle della chiarezza e della buona fede, senza tuttavia menomare l'iniziativa individuale"¹⁷⁴, per altro verso ha concorso a promuovere un significativo avanzamento rispetto all'ancora arretrato contesto storico in cui la proposta si collocò.

Il ricordato orientamento, infatti, non si tradusse in obblighi d'informazione tipizzati nel codice civile¹⁷⁵, il rivelarsi dei quali fu piuttosto affidato all'applicazione della clausola generale della buona fede, che risultava però scarsamente impiegata¹⁷⁶ da dottrina e giurisprudenza¹⁷⁷ quando fu

¹⁷⁴ Fine che dichiaratamente indusse Emilio Betti ad accondiscendere a mettere le proprie "forze a servizio" della preparazione del libro IV del codice civile (v. E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, rist. a cura di E. MURA, Padova, 2014, 39).

¹⁷⁵ L'indirizzo bettiano d'anzì ricordato di rifiuto dell'individualismo atomistico (solitamente considerato manifestazione dell'anti-volontarismo, dell'anti-pandettistica, e anti-borghese: v. M. MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula*, in <http://romatpress.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/501/498>, 9 ss. e, ivi, 11) non raccolse (sufficienti) consensi, sì come lamentato da chi lo espresse: cfr. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, 121 ss. e, ivi, 152 e 159 s.

¹⁷⁶ Dottrina e giurisprudenza, fino agli anni settanta, hanno fatto scarso impiego della buona fede per la discrezionalità del giudicante e le difficoltà interpretative connesse all'applicazione di precetti aventi contenuto indeterminato: tra le clausole generali, è proprio con riguardo al precetto di buona fede che si è sentita l'esigenza di evidenziarne l'indeterminatezza (v. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici*, in *Mem. Ist. giur. Univ. Torino*, LXIV, 1949, 19 ss.). In generale, per il rilievo che «*the law ... represents a community sense of morality, but ... legal rules must also be fair and workable in practise with a reasonable degree of regularity, and reasonably inexpensive to apply*», sicché «*What is needed is a set of rules sufficiently in conformity with the community sense of morality ... at the same time preserving sufficient content to be workable*», v. WADDAMS, *Pre-contractual duties of disclosure*, in P. CANE e J. STAPLETON [eds.], *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford, 1991, 237 ss. e, ivi, 254, da leggersi in connessione con il rifiuto del *good faith principle* da parte di Lord Ackner siccome «*unworkable in practice*»: House of Lords, *Walford v. Miles*, [1979] 2 *W.L.R.* 174 ss.

¹⁷⁷ Sulla resistenza a riconoscere autonoma portata normativa a clausole generali che costituiscono giustificazione soltanto formale della soluzione interpretativa discrezionale, cfr. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, 197, ove della buona fede, sia pure considerata come canone ermeneutico, si evidenzia la strumentalità ad operazioni di controllo del contenuto del contratto. Storicamente, maggiori resistenze all'impiego della regola di buona fede si rinvencono in giurisprudenza: i riferimenti alla buona fede delle parti divengono progressivamente più frequenti, ma all'inizio l'argomento è sovente aggiuntivo: cfr. A. DI MAJO, *Libro quarto. Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, nel *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1988, 340 ss., e la rassegna di casi esposta

formulata la valutazione in esame. In tale situazione, quest'ultima alimentò il fruttuoso clima culturale¹⁷⁸ in cui si caldeggiò lo svolgimento del diritto riconfigurandolo al lume dell'evoluzione economico-sociale¹⁷⁹; in cui, in vista di tale obiettivo, si colsero e si sostennero le potenzialità delle clausole generali¹⁸⁰; e in cui fu contribuito coerente con l'obiettivo di vincere le resistenze all'uso della buona fede con profonde radici nell'individualismo¹⁸¹.

Ancora, l'impulso alla diffusione degli obblighi informativi connaturato alla detta valutazione si associa alla candidatura di un modello di loro disciplina che non li confina nello spazio occupato dagli insicuri esiti dell'applicazione della clausola generale della buona fede, ma ne contempla almeno *in nuce* la tipizzazione legislativa che ne riduce l'incertezza¹⁸². E

da L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da F. GALGANO, Padova, 1988. Sull'evoluzione degli usi della buona fede, si può leggere anche la ricostruzione di C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21 ss.

¹⁷⁸ V., a es., A.M. BENEDETTI, *Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova*, in *Pol. dir.*, 2017, 329 ss.

¹⁷⁹ Sulla necessità di badare a essa rinnovando il tradizionale bagaglio concettuale, v. S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, cit., 9 ss.

¹⁸⁰ Sulle potenzialità ed i limiti propri delle clausole generali, per tutti, cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss., e S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 709 ss.

¹⁸¹ Si può richiamare il già citato precedente in cui Lord Ackner aggiunge inoltre che “*the concept of a duty to carry negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties involved in negotiation*”. Per l'inesistenza nella tradizione inglese della regola di buona fede, da cui non potrebbero derivare il *duty to negotiate in good faith* né un generale *duty of disclosure*, v. pure M.G. BRIDGE, *Does Anglo-Canadian contract law need a doctrine of good faith?*, 385 [1991] *Rev. Canadienne dr. comm.*, 414 ss., J. CARTWRIGHT, *Unequal bargaining. A study of vitiating factors in the formation of contracts*, Oxford, 1991, 224 s. Ma l'interpretazione non è incontrovertibile, potendosi confrontare in senso opposto H.K. LÜCKE, *Good faith and contractual performance*, in FINN [ed.], *Essays on contract*, Sydney, 1987, 155 ss.; J.F. O'CONNOR, *Good faith in English law*, Dartmouth, 1990, *passim*, e l'apertura della House of Lord nel risalente caso *Carter v. Boehm*, [1766] 3 *Burr.* 1905 ss., ove Lord Mansfield affermò che «*Good faith forbids either party by concealing what he privately knows, to draw another into a bargain, from his ignorance of that fact, and his believing the contrary*», pur precisando che «*either party may be innocently silent, as to grounds open to both, to exercise their judgement upon*»), ma anche le regole a garanzia dell'intangibilità del vincolo negoziale.

¹⁸² Sulla diffusione e sulle conseguenze sul piano sistematico della tecnica normativa di introdurre con provvedimenti settoriali elencazioni di dettaglio di obblighi astrattamente costituenti specificazione di clausole generali di diritto comune, cfr. C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, I, 300 ss., A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, cit., 298, e G. ALPA, *La legge sulle SIM e i contratti con i clienti*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 177 ss., in particolare sulla questione se, a fronte di siffatte elencazioni, le clausole generali di diritto comune residuino

che, inoltre, ne suggerisce la modulazione in ragione dello *status* delle parti del rapporto, rispetto alla quale l'accennata tecnica di selezione appare più calzante, perché più adatta a definire e discriminare in dettaglio e all'esito di complessivo vaglio.

Infine, l'idea in questione lascia intravedere che il tema a cui si riferisce assume nel contempo rilievo nella duplice prospettiva della tutela dei diritti della persona e dei valori del mercato, che l'individuo è (anche) *homo oeconomicus* per cui la difesa dell'una dalle asimmetrie informative¹⁸³ può giovare pure all'altro¹⁸⁴. Il campo degli obblighi informativi nella fase precontrattuale – ma anche in quelle genetica e funzionale, rispettivamente della costituzione del vincolo e, poi, dell'esecuzione del rapporto negoziali – si propone come un crocevia in cui si incontrano, convergendovi, istanze diverse afferenti ora la persona¹⁸⁵ ora il mercato, che hanno a che vedere con la trasparenza; e che quest'ultima può contemporaneamente soddisfare nell'ottica raffinata del menzionato interesse sociale di bettiana memoria al quale la trasparenza si può riannodare. Un interesse a cui non appare estraneo il mercato, il suo appropriato funzionamento di cui si sottolineano i fondamenti etici¹⁸⁶ che si avanzano a modello delle regole di comportamento

spazi di applicazione. Nell'accennata tecnica normativa, si è colta un'analogia con le cd. *Verkehrssicherungspflichten* proprie dell'esperienza tedesca (v. A. DI MAJO, *I cinquant'anni del Libro delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 159 ss. e, ivi, 170), con cui si impongono a determinate categorie di operatori economici più elevati *standards* di diligenza (sulle *Verkehrssicherungspflichten*, v. W.C. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, ivi, 1983, 567 ss. e 793 ss., e ancora A. DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, ivi, 1984, 297 ss.).

¹⁸³ Sulle asimmetrie informative la ricerca può muovere da M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, 168 ss. e *passim*.

¹⁸⁴ Cfr. G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., 405, per cui “essendo il consumatore *homo oeconomicus*, occorre collocarlo in una posizione di sostanziale parità con la controparte in ordine alle informazioni, in modo che egli possa effettuare scelte libere e consapevoli; occorre anche che il comportamento della controparte sia corretto; rimane marginale il controllo sul merito, cioè sul prezzo del servizio e sul costo del servizio”.

¹⁸⁵ Nell'area dei rapporti di intermediazione creditizia, anche nella prospettiva della tutela del risparmio contemplata dall'art. 47 Cost. se se ne condivide la lettura che la riconduce ai diritti fondamentali della persona offerta da A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, 349 ss.

¹⁸⁶ La correttezza e l'efficienza di quest'ultimo, nonché la fiducia su cui esso si regge, si avvantaggiano di condotte ispirate a principi etici che le assecondano. Cfr., per tutti, v. F. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza e finanza etica*, Roma-Bari, 1997, ove si pone in luce che la conciliazione dei meccanismi economici con i processi sociali non costituisce negazione del mercato. V. pure V. LEMMA, *Etica e professionalità bancaria*, in *Banche ed etica* a cura di I. SABBATELLI, Padova, 2013, 129 ss. Significativo, del resto, appare il rilievo assunto dalla responsabilità sociale dell'impresa (v. G. ÖPPO, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir.*

nei rapporti contrattuali¹⁸⁷: le quali ove abbiano finalità di trasparenza, di là della base morale che le si assegni, appaiono funzionali tanto a tutelare la persona nelle relazioni negoziali quanto a presidiare valori mercantili che le asimmetrie informative e, più in generale, la disinformazione in principio pongono a rischio¹⁸⁸.

Si tratta di indicazioni concernenti un rilevante profilo della disciplina del contratto che provengono da una dottrina normativa tosto profetica delle linee evolutive delle regole sugli obblighi di informazione nei rapporti

civ., 1992, I, 15 ss.; G. SANTONI, *Etica della società per azioni e recenti misure di moralizzazione del governo societario*, in *Finanza, Impresa e Nuovo umanesimo* a cura di F. CAPRIGLIONE, Bari, 2007, 59 ss.; G. CONTE, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contr. e impr.*, 2006, 136 ss.; ID., *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa*, negli *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 483 ss.; ID., *L'impresa responsabile*, Milano, 2018; nonché il volume collettaneo a cura di ID., *La responsabilità sociale dell'impresa*, Roma-Bari, 2008); e la connessa evoluzione del diritto societario nel senso di superare l'orientamento restrittivo proclive a limitare l'ammissibilità degli atti liberali nell'esercizio dell'impresa ai soli strumentali all'accrescimento della clientela (v. G. OPPO, *Sulle erogazioni "gratuite" delle aziende di credito*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1982, I, 928 ss.) a favore di un ampliamento degli atti senza corrispettivo consentiti a tutti quelli funzionali a una più generica crescita di lungo periodo del valore dell'intrapresa che badi non (sol)tanto all'interesse di breve termine degli *shareholders*, bensì al credito presso il complesso degli *stakeholders* (v., a es., A. GUACCERO, *Interesse al valore per l'azionista e interesse della società*, Milano, 2007; M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Funzione amministrativa e interesse sociale*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2010, 101 ss.; P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, 5 ss.) con riflessi anche sul trattamento fiscale di tali atti (v. E. LOFFREDO, *Economicità nelle imprese individuali e societarie e atti onerosi, gratuiti e liberali*, in *Corrispettività, onerosità e gratuità. Profili tributari* a cura di V. FICARI e V. MASTROIACOVO, Torino, 2014, 193 ss. e, ivi, spec. 207 ss.).

¹⁸⁷ Cfr. M. PELLEGRINI, *Etica e regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Banche ed etica cit.*, 59 ss.; e D. ROSSANO, *Rules Regarding Relations Between Intermediaries and Customers*, in *Italian Banking and Financial Law. III. Regulating Activities* a cura di D. SICLARI, Basingstoke, 2015, 97 ss.

¹⁸⁸ Sugli effetti delle asimmetrie informative sul mercato, v. A. AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 [1970] *Q.J. Econ.* 488 ss. (e, poi, con particolare riguardo al mercato del credito, J. STIGLITZ e A. WEISS, *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information*, 71 [1981] *Am. Ec. Rev.* 393 ss.); esse ostano a un'appropriate valutazione della qualità dei beni e dei servizi; incentivano a offrirne di scadenti; implicano che gli acquirenti, per contenere il rischio, orientino la preferenza verso quelli non troppo cari; determinano, così, un processo controselettivo che tendenzialmente esclude dal mercato quelli di migliore qualità. Sul processo di selezione avversa, in particolare nel mercato del lavoro in cui quello cattivo scaccia quello buono, v. pure M. SPENCE, *Job Market Signaling*, 87 [1973] *Q.J. Econ.* 355 ss.; e ID., *Market Signaling: Information Transfer in Hiring and Related Processes*, Cambridge, Mass., 1974.

negoziali, delle quali le prime sembrano presagi. Paiono attestarle le normative dettate in materia con riguardo ai contratti nei settori regolamentati, nelle quali da decenni ormai si sono addensate prescrizioni che hanno tipizzato gli obblighi informativi, incalzando il ricorso giurisprudenziale alle potenzialità della clausola generale della buona fede progressivamente emerse; e li hanno differenziati non solo per tipologie di operazioni¹⁸⁹, bensì pure – e per l'appunto – per categorie di contraenti¹⁹⁰ (oltre che per tecniche negoziali¹⁹¹) facendo inizialmente leva su obiettivi mercantili. Ciò,

¹⁸⁹ Si possono menzionare i plessi normativi che ebbero per fonti primarie la c.d. legge sulle s.i.m. quanto ai contratti aventi a oggetto attività allora denominate di intermediazione mobiliare (v., a es., G. ALPA, *La legge sulle SIM e i contratti con i clienti*, cit., 177 ss.); oppure il testo unico bancario, quanto ai contratti aventi a oggetto operazioni o servizi bancari o finanziari (v., a es., ID., *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003); o, ancora, il d.lgs. 17 marzo 1995, n.174, e il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 175, quanto ai contratti di assicurazione (v., a es., G. GITTI, *Vecchi e nuovi confini dell'autonomia contrattuale*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema: valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, cit., 391 ss. e, ivi, 396 s.).

¹⁹⁰ Il riferimento va nuovamente alla disciplina dei contratti aventi a oggetto attività già denominate di intermediazione mobiliare (cfr. S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994, 37 ss. e, ivi, 39), poi i servizi di investimento e, ora, con formula ammodernata, i servizi e le attività di investimento (cfr. P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, negli *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, cit., e, ivi, spec. 562 s.); nonché alla normativa sui contratti aventi a oggetto operazioni o servizi bancari o finanziari, poiché a regole di più generale applicazione (artt. 115 ss. t.u.b.) si affiancano disposizioni specificamente dettate per alcuni di quei contratti quando ne sia parte un consumatore introdotte a partire dalla legge 19 febbraio 1992, n. 142, con cui si intese dare attuazione alla direttiva del Consiglio 22 dicembre 1986, n. 87/102/CEE, così come modificata dalla direttiva del Consiglio 22 febbraio 1990, n. 90/88/CEE (in argomento, tra i tanti, v. A. TIDU, *Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo (legge 19 febbraio 1992, n. 142, artt. 18-24)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1992, II, p. 403 ss., e il volume collettaneo ne *La disciplina comunitaria del credito al consumo* a cura di F. CAPRIGLIONE, nei *Quad. ric. Giur. della Banca d'Italia*, n. 15, Roma, 1987).

¹⁹¹ Si allude alla disciplina di matrice comunitaria concernente i contratti dei consumatori negoziati fuori dei locali commerciali già contenuta nella direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, n. 85/577/CEE, e divenuta più articolata con l'introduzione della specifica normativa recata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 23 settembre 2002, n. 2002/65/CE, sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori medesimi (in tema, tra gli altri, , afferente alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori (in argomento, cfr. F. BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, Milano, 2002; V. ZENO ZENCOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi al risparmiatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, II, p. 517 ss.; N. ZORZI, *La disciplina europea dei servizi finanziari*, ne *Il contratto telematico* a cura di V. RICCIUTO e N. ZORZI, Padova, 2002, 283 ss.; G. ALPA e M. ANDENAS, *Fondamenti di diritto privato europeo*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2005, p. 675 ss.) esclusi dall'ambito applicativo della precedente direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 maggio 1997, n. 97/17/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza in genere.

peraltro, quando il fine della protezione dei consumatori e i valori inerenti alla persona non avevano ancora penetrato la trama del diritto comunitario; e occorreva nondimeno rinvenire una (altra) base normativa dell'intervento legislativo che, collocato in seno a quello, promosse la modernizzazione dell'ordinamento domestico e, con essa, il fine e i valori accennati sia pure quale effetto in allora conseguito di riflesso¹⁹².

6. Standardizzazione dell'informazione precontrattuale e nuovi paternalismi

Rispetto alle segnalate linee evolutive, si possono articolare frastagliati interrogativi. *De iure condito*, si può porre l'implicante questione se possa dirsi superata la distinzione tra regole di comportamento e di validità¹⁹³ – che presenta aspetti di ulteriore complessità ove venga in rilievo la relazione tra un contratto quadro concluso tra parti di successivi rapporti da quest'ultimo contemplati¹⁹⁴ –; e, per connessione, si può riproporre

¹⁹² In proposito, si possono richiamare le disposizioni in materia di credito al consumo (ora ai consumatori): cfr. P. LATHAM, *Dispositions communautaires relatives au crédit à la consommation: La Directive 87/102/CEE du 22 décembre 1986*, in *Revue du Marché Commun*, 1988, 219 ss.

¹⁹³ V. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2010, 303 ss., spec. 332 s.; v. pure A. PERRONE, *Less is more. Regole di comportamento e tutele degli investitori*, in *Hominum causa constitutum. Scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmonte*, Milano, 2009, 105 ss. La questione si è posta in relazione all'orientamento che inclinò a configurare come ipotesi di nullità virtuale dei contratti, in particolare aventi a oggetto la prestazione di servizi di investimento, la violazione di regole di comportamento dettate con riguardo alla fase anteriore al perfezionamento del vincolo contrattuale: nell'ampia letteratura, v. G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.; V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 604 ss.; Id. e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, *ivi*, 2006, 25 ss.; G. COTTINO, *Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio, Parmalat, bonds argentini*, in *Giur. it.*, 2006, 537 ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *Resp. civ.*, 2006, 295 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, 1105 ss.; G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento della S.C. sulla asserita nullità da inadempimento*, in *Giur. it.*, 2006, 1602 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 393 ss.

¹⁹⁴ Resta sullo sfondo la nota questione concernente il rapporto tra il contratto quadro – a

il dubbio se la violazione della clausola generale di buona fede possa fondare giudizi di invalidità del contratto¹⁹⁵ al di fuori dei casi in cui rilevi mediamente in quanto fonte di obblighi la cui violazione integri fattispecie invalidanti tipiche¹⁹⁶ o in cui debordi in cause di annullamento classiche. Inoltre, ci si può chiedere, *de iure condendo*, quale sia la più appropriata disciplina del procedimento di formazione del contratto rispetto allo schema ottocentesco imperniato sul volontarismo¹⁹⁷, tendenzialmente espansivo dell'autonomia privata¹⁹⁸, segnatamente negoziale¹⁹⁹, e sul connesso principio consensualistico che collega gli effetti del contratto all'accordo, a concordi manifestazioni di consenso delle parti all'operazione economico-giuridica²⁰⁰; se debbano esservi procedimenti diversificati e, in tal caso, quali ne siano, semmai debbano essere variabili, le più idonee configurazioni, con particolare riguardo alla previsione e alla rilevanza di specifici obblighi

es. avente a oggetto la prestazione di servizi di tratt. – e gli atti negoziali da esso previsti – nell'esempio, i singoli ordini di investimento o disinvestimento aventi a oggetto strumenti finanziari – in relazione alla natura di questi ultimi: per le due tesi che si sono confrontate, v. F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, 889 ss., per il quale essi sono da ricondurre – nel ridetto esempio – alle mere modalità di esecuzione del contratto quadro che si riporta al tipo del mandato; e V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, *ivi*, 2006, 896 ss., per il quale essi danno luogo a singoli contratti, ulteriori e distinti rispetto a quello quadro.

¹⁹⁵ Così parrebbe V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 843 ss. e, *ivi*, 848 ss.; *contra*, invece, siccome la buona fede regola il comportamento, ossia muovendo dalla distinzione tra regole di validità e regole di condotta, v. ad es. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, e ID., *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, 179 ss.

¹⁹⁶ Non si dubita che l'omissione qualificata dalla presenza di uno specifico dovere di informazione costituisca un caso di dolo *ex art.* 1439 c.c.: v. A. GENTILI, *Le invalidità*, ne *I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, II, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, 2^a ed., Torino, 2006, 1394, e V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2001, 816.

¹⁹⁷ Sulla volontà quale fonte dei rapporti contrattuali e sulla sua autonomia: cfr. C. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, 1891; F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli atti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 265 ss.; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand*, Paris, 1961, 5; F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, negli *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 1491 ss.

¹⁹⁸ V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, IV, *Les obligations*, 15^{ème} ed., Paris, 1991, 46.

¹⁹⁹ Cfr. G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, 3^a ed., Torino, 2015, e il volume a cura di P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2014.

²⁰⁰ Cfr. A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000; e ID., *Autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 597 ss.

informativi precontrattuali e s'essa pure vada differenziata²⁰¹; se, anche in relazione a questi ultimi, siano da registrare o convenga introdurre invalidità che si atteggino diversamente rispetto alle figure classiche e rivolte a presidiare l'integrità e l'effettività del consenso²⁰²; se, più in generale, vada apprezzato il potenziamento della clausola generale della buona fede²⁰³, a cui detti obblighi di informazione storicamente si riportano²⁰⁴, e s'essa

²⁰¹ Cfr. G. D'AMICO, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996; ID., *Formazione del contratto*, cit., 588 ss.; A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003; M.C. CHERUBINI, *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, 2005.

²⁰² Cfr. A. GENTILI e V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, cit., 148 ss.

²⁰³ V. S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, I, 1283 ss.; ID., *In tema di integrazione del contratto*, *ivi*, 1965, I, 1433 ss.; ID., *Il principio di buona fede e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1965, I, 149 ss.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; ID., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 ss.; ID., *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto* raccolte da A. ORESTANO, Torino, 2009, 97 ss.; G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, ne *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2003, 155 ss. V. pure A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, nota a Cass., Sez. I, 14 luglio 2000, n. 9321; Trib. Roma, 5 luglio 2000, in *Corr. giur.*, 2000, 1486 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 556 ss.; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, ne *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo* a cura di S. MAZZAMATO, Torino, 2002, 305 ss.; ID., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 33 ss.; ID., *Sul senso delle "clausole generali". Il diritto tra giudice e legge*, in *Dem. dir.*, 2009, 261 ss.; P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 239 ss.; P. RESCIGNO, *Rimeditazioni della buona fede: omaggio ad Alberto Burdese*, ne *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, cit., IV, 565 ss.; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 743 ss.; M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 501 ss.; G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 325 ss.; A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale e gestione del conflitto sociale*, cit., 75 ss.; U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro* a cura di O. MAZZOTTA, Torino, 2008, 5 ss.; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in *Annuario del contratto 2010*, Torino, 2011, 17 ss.; L. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 473 ss.; S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella* a cura di E. DEL PRATO, III, Napoli, 2013, 1693 ss.

²⁰⁴ Per tutti, v. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360 ss.; per la tendenza a ricondurre alla buona fede anche gli obblighi informativi positivamente tipizzati, v. a es. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di*

possa o addirittura debba farsi strumento della giustizia contrattuale ove quest'ultima si reputi obiettivo da coltivare o senz'altro perseguito²⁰⁵.

Ulteriori sono gli interrogativi che investono il contenuto e i modi dell'informazione. In proposito, l'evoluzione della disciplina pare inclini per la standardizzazione non solo degli obblighi informativi nelle diverse

comportamento e di validità nel diritto italo-europeo, Napoli, 2013, 34 ss.; *contra*, R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2010, 303 ss.

²⁰⁵ V. E. DELL'AQUILA, *L'adeguatezza tra i vantaggi nei contratti onerosi*, in *Studi senesi*, 1979, 448 ss.; R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; *Id.*, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, 309 ss.; *Id.*, *Il problema dell'equivalenza fra le prestazioni. Introduzione e premesse storiche*, in *Studi Parmensi*, n. 34, 1983, 159 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss. Sul principio di equivalenza delle prestazioni in prospettiva storica e, segnatamente, per il suo radicamento nel giusnaturalismo e il collegamento con la buona fede, v. G.P. MASSETTO, *Brevi note sull'evoluzione storica della buona fede oggettiva*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema: valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto* a cura di F. MACARIO e M.N. MILETTI, Milano, 2006, 291 ss. e, *ivi*, spec. 307; e AND. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da M. BESSONE, v. XIII, t. IV, 2, Torino, 2004, 18 ss., nt. 7. Restrittivo P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, *cit.*, 231 ss., per il quale "il problema ... non appare quello di garantire l'equità del contenuto economico del contratto, quanto di colpire quelle turbative o pregiudizi della libertà di decisione (specie per asimmetrie informative) tali da poter incidere su di una adeguata valutazione della convenienza dell'affare"; e v. già G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 257 ss., spec. 313. Cauti G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 ss.; *Id.*, *Libertà di contratto e disparità di potere*, *cit.*, 743 ss.; *Id.*, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Persona e Mercato*, 2015, 5 ss.; U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 161 ss. e, *ivi*, 194 ss.; *Id.*, *Equilibrio fra le prestazioni e causa del contratto di scambio*, in *Diritto privato comunitario* a cura di P. PERLINGIERI e L. RUGGERI, I, Napoli, 2008, 521 ss.; A. GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 27 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; *Id.*, *Controllo contenutistico e forme di eterointegrazione del contratto*, in *Diritto privato comunitario* a cura di P. PERLINGIERI e L. RUGGERI, I, *cit.*, 503 ss.; N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 711 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, 451 ss.; *Id.*, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il terzo contratto)?*, in *Remedies in contract* a cura di G. Vettori, Padova, 2009, 207 ss. V. pure F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, 11 ss.; A. RICCI, *Errore sul valore e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2001, 987 ss.; D. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 23 ss.; il volume collettaneo a cura di I. FERRONI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Milano, 2002; A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Seminari del Consiglio Nazionale Forense (2008-2009)*, Roma, 2010, 53 ss.; F. TINTI, *La convenienza economica nel contratto*, Torino, 2017.

esperienze, ma anche delle modalità con cui adempiervi. Quanto al primo aspetto si allude al portato della tipizzazione di tali obblighi a livello comunitario che è stata ed è funzionale al ravvicinamento delle legislazioni nazionali degli Stati membri della Comunità e, poi, dell'Unione europea, originariamente all'eminente fine mercantile di favorire la realizzazione di un mercato unico e competitivo limando le differenze tra le discipline domestiche in quanto capaci di effetti distorsivi della concorrenza tra imprenditori²⁰⁶. Quanto al secondo profilo, si tratta del riflesso d'una disciplina divenuta gradualmente più minuziosa nel normare non soltanto analiticamente il contenuto degli obblighi in considerazione, bensì pure le modalità con cui adempiere a essi, fino al punto di spingersi a (pre) disporre bozze di documentazione informativa vincolanti nella forma e nella sostanza almeno in alcuni settori, ossia con riferimento ad alcune categorie di contratti²⁰⁷.

È questa seconda *côté* del fenomeno accennato che sembra recare più recenti novità. Per un verso, posto che parrebbe acquisito che la standardizzazione favorisca la comparabilità delle offerte dei potenziali emuli²⁰⁸ e, dunque, concorra a creare le condizioni della competizione concorrenziale tra i prestatori, si nota la propagazione al legislatore eurounitario della tendenza nazionale all'allestimento legislativo, precisato

²⁰⁶ V. già G. BERNINI, *La tutela della libera concorrenza e i monopoli (studio di diritto comparato). II. Comunità europee e legislazione degli Stati membri*, Milano, 1963, 158.

²⁰⁷ Si può esemplificare con riferimento al documento sui rischi generali contemplato dalla disciplina dei contratti aventi a oggetto i servizi e le attività di investimento (v. già l'art. 28, co. 1, lett. b, e l'allegato n. 3, Regolamento Consob, 1 luglio 1998, n. 11522, concernente la disciplina degli intermediari: cfr. a es. A.A. DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1998, I, 29 ss.); oppure alla c.d. nota informativa, differenziata a seconda della tipologia di operazione, a cui è stato affidato (v. già l'allegato II, d.lgs. 17 marzo 1995, n. 174, nonché le Circolari Isvap, 1 marzo 2005, n. 551/D, e 2 giugno 1997, n. 303) l'adempimento degli obblighi in discorso quanto ai contratti di assicurazione includendola nel fascicolo informativo composto anche dalla c.d. scheda sintetica e dalle condizioni generali di contratto (cfr. a es. E. PIRAS, *Collocamento dei prodotti assicurativi tramite Internet e tutela del contraente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1505 ss.).

²⁰⁸ Sul rapporto tra standardizzazione e comparabilità, cfr. G. CARRIERO, *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010, 197 s. L'identità della struttura dei moduli impiegati dai concorrenti sembra avvantaggiarla in misura così ragguardevole che il Regolamento Ivass 2 agosto 2018, n. 41, recante disposizioni "in materia di informativa, pubblicità e realizzazione dei prodotti assicurativi", nel confezionare modelli vincolanti di documenti informativi precontrattuali ("Dip") "aggiuntivi" rispetto a quelli "di base" (in parte direttamente disciplinati dalle fonti comunitarie), si spinge a prescrivere l'obbligo di mantenere tutte le sezioni e le rubriche previste dallo schema di riferimento quand'anche una o più di esse fossero destinate a non essere riempite per la mancanza di informazioni integrative rispetto a quelle già riportate nel modulo di base (v. artt. 15, co. 10; 16, co. 4; 29, co. 10).

da fonti subprimarie di attuazione, di tracce coercitive con cui adempiere agli obblighi informativi²⁰⁹. Per altro verso, posto che parrebbe altresì acquisito che l'informazione comandata debba fornirsi con ragguagli conformi ai canoni della chiarezza e della comprensibilità²¹⁰ il difetto delle quali frustra

²⁰⁹ Si può fare l'esempio del prototipo noto come *Standard European Consumer Credit Information* (alias Secci equivalente all'acronimo italiano *Iebcc* che sta per *Informazioni europee di base sul credito ai consumatori*), ossia ai modelli di documentazione informativa imposti, confezionando appositi moduli (v. allegati II e III) dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 aprile 2008, n. 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori (v. a es. M. KENNY e J. DEVENNEY, *Conclusion: consumer credit, debt and investment in Europe*, in J. DEVENNEY e M. KENNY [eds.], *Consumer Credit, Debt and Investment in Europe*, Cambridge, 2012, 306 ss. e, ivi, 307). Oppure quello del *key information document* (alias *Kid* o "documento contenente le informazioni chiave": cenni in F. GRECO, *Intermediazione finanziaria tra «precauzione» normativa ed alea giurisprudenziale: possibili rimedi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 755 ss.; e D. MAFFEIS, *Dum loquimur fugerit invida aetas: lo swap in cassazione, prima di Mifid II e in attesa delle probabilità*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, 9 ss.) previsto per i *packaged retail and insurance-based investment products* (alias *PRIIPs* o "prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati") dal Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio 26 novembre 2014, n. 1286/2014 (su cui v. a es. V. COLAERT, *The Regulation of PRIIPs: Great Ambitions, Insurmountable Challenges*, 2 [2016] *J. of Financial Regulation* 203 ss.), che peraltro non predispone un modulo, ma uno schema recato in forma discorsiva (art. 8) chiamando le autorità europee di vigilanza a elaborare "progetti di norme tecniche di regolamentazione" per specificare, tra l'altro, il contenuto di ciascuno degli elementi informativi previsti dallo schema tenendo "conto dei vari tipi di PRIIP, delle differenze fra di essi e delle capacità degli investitori al dettaglio, nonché delle caratteristiche dei PRIIP" (art. 8, par. 5, co. 1 e 2) e delegando alla Commissione l'adozione di tali norme (art. 8, par. 5, u.c.) che sono state introdotte con il Regolamento delegato (UE) della Commissione 8 marzo 2017, n. 2017/653, anch'esso peraltro ancora scervo di compiuti formulari. O, ancora, quello del precedente *Key Investor Information Document* (alias *Kiid* o "documento contenente le informazioni chiave per gli investitori") previsto in relazione all'offerta al pubblico di quote o azioni di taluni *Oicvm*, segnatamente "aperti", dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 luglio 2009, n. 2009/65/CE (c.d. "UCTIS IV") e dal Regolamento (UE) della Commissione 1 luglio 2010, n. 583/2010, adottato in attuazione degli artt. 75 (par. 2), 78 (par. da 2 a 5) e 81 (par. 1) della direttiva da ultimo citata, anch'essi introduttivi d'una disciplina che non fornisce un modulo (offerto poi dal *Committee of european securities regulators* con le linee guida CESR/10-1321 del 20 dicembre 2010, parallelamente a quelle relative sia alla transizione dal prospetto semplificato – introdotto con la prima delle direttive cc.dd. UCTIS III, i.e. le direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 21 gennaio 2002, n. 2001/107/CE, c.d. direttiva "gestori", e n. 2001/108/CE, c.d. direttiva "prodotti" – al *Kiid* contenute nel documento CESR/10-1319; sia alla chiarezza del linguaggio e alla struttura del *Kiid* contenute nel documento CESR/10-1320): cfr. N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 3rd ed., Oxford, 2014, 251.

²¹⁰ Chiarezza e comprensibilità, oltre che completezza, sono attributi dell'informazione (e delle clausole contrattuali) che danno contenuto alla nozione di trasparenza in senso sostanziale: v. a es. G. D'AMICO, *Manca di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)*, in ID. e S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018,

il fine delle prescrizioni di obblighi informativi quando non neghi la stessa natura informativa della comunicazione perché inidonea a dare conoscenza e, dunque, a integrare adempimento di detti obblighi, si nota un ulteriore sviluppo nella direzione del più esigente connotato dell'adeguatezza delle informazioni. Quest'ultima si giova degli indicati canoni che a essa concorrono, ma non se ne contenta, reclamando anche altri caratteri dell'informazione quali la pertinenza, la semplificazione, la concisione, per le quali pure passa l'idoneità delle comunicazioni informative a raggiungere lo scopo in vista del quale sono previste; e che, almeno in alcuni settori, paiono insistentemente perseguite mediante la standardizzazione normativa dell'informazione, sul piano sia sostanziale sia formale, di cui sembrano costituire significativi esempi il Secci, il Kid, il Kiid²¹¹, ma anche l'Ipid o "Dip danni"²¹².

87 ss. e, ivi, 91 nt. 8.

²¹¹ Il Kiid fu introdotto proprio a motivo della registrata inutilità del prospetto informativo previsto per all'offerta al pubblico di quote o azioni di Oicvm, derivante da un'articolazione, complessità e lunghezza tali da dissuadere dalla lettura (v. L. BURN, *KISS, but tell all: short-form disclosure for retail investors*, in 5 [2010] *CMLJ* 144 ss.; cfr. A. BAGLIONI, *Banche di nebbia. Orientarsi nella disinformazione finanziaria*, Milano, 2017, cap. 5); nonché dell'inefficienza del c.d. prospetto semplificato che, consistente nella replica delle prime due delle tre parti di quello completo (a cui s'aggiungeva), non aveva sanato il difetto) e il Kiid ha per ciò mirato a sostituire con una nota sintetica più dettagliatamente normata per assicurarne la concisione (cfr. N. MOLONEY, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, cit., 249, e P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Conduct of Business Rules in EU Financial Services Regulation: Behavioural Rules Devoid of Behavioural Analysis?*, cit., 260).

²¹² "Ipid", come noto, è l'acronimo di *Insurance Product Information Document*, che denomina il documento informativo precontrattuale standard (previsto dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 gennaio 2016, n. 2016/97, sulla distribuzione assicurativa [c.d. *Insurance Distribution Directive* – IDD], attuata nell'ordinamento domestico con d.lgs., 21 maggio 2018, n. 68, che ha novellato il codice delle assicurazioni private [c.a.p.] in esecuzione dell'art. 5 l. 25 ottobre 2017, n. 163, c.d. legge di delegazione europea 2016-2017) che contiene la descrizione delle principali caratteristiche dei contratti di assicurazione contro i danni, previsto dalla Direttiva IDD e disciplinato dal Regolamento di esecuzione (UE) della Commissione 11 agosto 2017, n. 2017/1469, che stabilisce un formato standardizzato del documento medesimo. La novella ha comportato rilevanti mutamenti. Per un verso, è stata riformata la previgente disciplina dell'intermediazione assicurativa (artt. 106 ss. c.a.p.) per normare in conformità dell'IDD la distribuzione assicurativa (a cui, inoltre, si applica direttamente il Regolamento delegato (UE) della Commissione 21 settembre 2017, n. 2017/2359, che integra detta direttiva quanto agli obblighi di informazione e alle norme di comportamento applicabili alla distribuzione di prodotti di investimento assicurativi, c.d. *Insurance Based Investment Product* o IBIPs) anche per quanto attiene al c.d. "governo e controllo del prodotto" (art. 25 IDD, nonché Regolamento delegato (UE) della Commissione 21 settembre 2017, n. 2017/2358, direttamente applicabile in proposito agli assicuratori e ai "distributori di prodotti assicurativi"): a ciò ha fatto seguito il Regolamento Ivass 2 agosto 2018, n. 40, in materia di distribuzione

A quest'ultimo riguardo, le analisi comportamentali²¹³ mostrano i limiti che lo strumento dell'informazione obbligatoria incontra nel tentativo di superare le asimmetrie informative e, in genere, la disinformazione. L'attitudine del mezzo a realizzare il fine dipende dalla complicità del destinatario delle delucidazioni, dalla sua disponibilità ad assumere un ruolo attivo che implica l'impegno a far proprie le notizie ricevute e fruirne effettivamente; il disinteresse per le informazioni da parte di chi le riceve rende inutile l'obbligo di fornirle; l'indolenza è diffusa e aumenta con la quantità, la complessità e l'estensione delle informazioni²¹⁴ che, quando siano eccessive, anche se apparentemente ineccepibili danno luogo a una situazione analoga a quella in cui esse siano carenti o difettose²¹⁵. Per ciò

assicurativa e riassicurativa. Per altro verso, è stata riformata la previgente disciplina degli obblighi informativi precontrattuali, tenuto conto che per alcuni contratti di assicurazione gli obblighi informativi conoscono una disciplina di fonte eurounitaria direttamente applicabile che regola non solo il ricordato Ipid concernente i contratti di assicurazione contro i danni, ma pure il Kid contemplato (come si è già segnalato dal Regolamento UE del Parlamento europeo e del Consiglio 26 novembre 2014, n. 1286/2014) per i PRIIPs e, così, anche per gli IBIPs: si sono così abbandonati i riferimenti al precedente strumento di informazione precontrattuale che era costituito dalla nota informativa; e, in attuazione dell'art. 185 c.a.p., si sono aggiunti in via regolamentare (Regolamento Ivass 2 agosto 2018, n. 41), documenti informativi precontrattuali ulteriori rispetto a Ipid e Kid standardizzati a livello europeo (in particolare, quali specificità della disciplina domestica, sono stati introdotti sia il "DIP Vita" per i contratti di assicurazione sulla vita diversi dagli IBIPs, sia "Dip aggiuntivi" rispetto a quelli di base: "Dip aggiuntivo Danni"; "Dip aggiuntivo IBIP"; "Dip aggiuntivo Vita"; "Dip aggiuntivo Multirischi"), superando la struttura del Regolamento Isvap 26 maggio 2010, n. 35, che distingueva tra prodotti vita, prodotti di ramo III e V e prodotti danni, per seguire più da vicino l'articolazione dei contratti assicurativi prevista dal c.a.p. Nell'affiancare modelli di base e aggiuntivi, peraltro, non si forniscono definizioni a cui affidare una distinzione concettuale o anche soltanto elencativa tra le nozioni di informazione "principale" e informazione "integrativa", ma sembra di capire che ci si contenti che non vi siano duplicazioni di informazioni.

²¹³ Sulla *Behavioural Law and Economics*, nella letteratura italiana, v. a es. il volume a cura R. CATERINA, *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, 2008.

²¹⁴ Cfr. a es. O. BEN-SHAHAR e C.E. SCHNEIDER, *More Than You Wanted to Know: The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton e Oxford, 2014, *passim*; O. BEN-SHAHAR, *The Myth of the 'Opportunity to Read' Contract Law*, 5 [2009] *ERCL* 1 ss.; P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Conduct of Business Rules in EU Financial Services Regulation: Behavioural Rules Devoid of Behavioural Analysis?*, in A. ALEMANNI e A.L. SIBONY [eds.], *Nudge and the Law: A European Perspective*, Oxford e Portland, 2015, 255 ss.; V. MAK, *Two levels, one standards? The multi-level regulation of consumer protection in Europe*, in J. DEVENNEY e M. KENNY (eds.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge, 2012, 21 ss. e, ivi, 40.

²¹⁵ Cfr. a es. V. SANTORO, *La tutela dell'investitore in strumenti finanziari in prodotti di investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati (PRIIPs)*, in *Regole e mercato* a cura di M. MANCINI, A. PACIELLO, V. SANTORO e P. VALENSISE, I, Torino, 2016, 525 ss. e, ivi, 528, nt. 5; e

sembra apprezzabile la registrata tendenza legislativa alla normalizzazione delle modalità con cui adempiere agli obblighi informativi, in particolare provvedendo (anche) modelli volti ad assicurare che, dalle informazioni complessivamente fornite, quelle principali – e più influenti sulla formazione d’un consenso consapevole all’operazione economico-giuridica – emergano schematicamente e succintamente.

In tal modo, la disciplina degli obblighi informativi si perfeziona, quanto alle tecniche di adempimento, per rimuovere ostacoli alla fruizione della prestazione in una prospettiva in cui parrebbe che, da un lato, non si ignora che nessuno strumento, per quanto raffinato, può vincere la disinformazione se non sia utilizzato da coloro nelle cui mani sia consegnato; e, dall’altro lato, lo sforzo normativo di affinamento dei dispositivi per vincerla si associa alla scelta di lasciare che il principio di autoresponsabilità dispieghi i propri effetti, ossia di lasciare che la noncuranza che per essi manifestino coloro che sono chiamati a giovarsene dispieghi i propri effetti allocandoli in capo a questi ultimi. Sotto questo profilo, l’accennata standardizzazione (e, in genere, gli obblighi informativi) costituisce manifestazione d’un paternalismo dei mezzi (non dei fini), nonché debole (non forte), che più si avvicina – o, addirittura, può riportarsi – allo *harm principle*²¹⁶; che è coerente con un disegno normativo che giustifica sul piano teorico limiti normativi all’autonomia contrattuale, ma in cui resta radicata la *policy* di conservare ampi spazi in cui possano esprimersi preferenze individuali; e che, se non può dirsi che sia senz’altro estrinsecazione dell’anti-paternalismo²¹⁷, può più facilmente raccogliere aperture da parte di chi di quest’ultimo sia esponente, specie al cospetto di accadimenti che ci si convinca che vadano considerati come fallimenti del mercato che passano (anche) per fallimenti cognitivi²¹⁸.

cfr. E. RIGHINI, *Behavioural law and economics. Problemi di policy, assetti normativi e di vigilanza*, Milano, 2012, 144.

²¹⁶ Sulle accennate distinzioni riguardanti le diverse forme di paternalismo e sul “principio di danno” (che si suole ricavare dal *Saggio sulla libertà* di John Stuart Mill e, in ottica anti-paternalistica e liberale, segna il limite del potere statale di comprimere la libertà individuale di scelta; inclina al più ad ammetterne restrizioni sol se vi sia un ben definito rischio di rilevante danno per l’individuo o il pubblico; e implica, tra l’altro, la c.d. “sovranità del consumatore”), v. a es. C.R. SUNSTEIN, *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, New Haven & London, 2014, 1 ss., spec. 4, 6, 19 s., anche nella trad. it. ID., *Effetto nudge. La politica del paternalismo libertario*, Milano, 2015).

²¹⁷ Ma v. A. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l’economia comportamentale ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato* a cura di G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI, Roma, 2014, 11 ss. e, ivi, 13. Cfr. C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 1 ss.

²¹⁸ Cfr., dopo la crisi economico-finanziaria planetaria con cui si è avviato il terzo millennio, R.A. POSNER, *A Failure of Capitalism*, Cambridge, Mass., 2009, che si ascrive ai critici della teoria

La scelta normativa in discorso ben s'inquadra nell'alveo dell'evoluzione della disciplina sulla trasparenza delle relazioni negoziali nel senso dell'affrancamento dall'originario paternalismo con cui si è posta la questione della tutela del contraente debole²¹⁹, proprio di disposizioni che tutelino addirittura contro sé stesso un contraente in ragione delle sue qualità o del suo *status* (di protezione)²²⁰. Non sempre, tuttavia, la questione della tutela del contraente debole, specie con riguardo al consumatore, viene posta con modi meno paternalistici che in passato²²¹; facendo i conti con il vecchio brocardo *dormientibus, non vigilantibus iura non succurrunt* che sanziona la trascuratezza e l'inerzia; e tenendo conto che il problema centrale è quello di articolare disposizioni poste a garanzia della libertà contrattuale, senza indulgere in eccessive benevolenze. Parrebbe dimostrarlo la suggestiva proposta ispirata a un marcato paternalismo *d'antan* che ambisce a trovare fondamento nel principio di precauzione che evoca²²²

economica comportamentale e ai difensori della concezione dell'individuo quale essere razionale (v. C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 8).

²¹⁹ Anche la dottrina ha mutato atteggiamento: v. ad es. P.S. ATIYAH, *An Introduction to The Law of Contract*, 5th edn., Oxford, 1995, che ha molto attenuato le espressioni di favore rivolte nelle precedenti edizioni dell'opera alle disposizioni di cui al testo. E tanto più la legislazione e l'interpretazione si affrancano dai modelli paternalistici quanto più si ragiona in termini di mercato, anziché di persona e di *status*: cfr., ad es., F. BOCCHINI, *Tutela del consumatore e mercato*, cit., spec. 785 ss.; P. STANZIONE, *Per una sintesi unitaria nella difesa del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 887 ss.; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 17 ss.; G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1443 ss.; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, *ivi*, 1998, 1540 ss. (ora anche negli *Scritti giuridici*, I, Milano, 2013, 615 ss.). In argomento v. altresì R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata*, in *Foro it.*, V, 1994, c. 137 ss. e ID., *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 523 ss.

²²⁰ Sul paternalismo delle normative protettive che riguardano i consumatori, i minori, e così via, che limitano la libertà contrattuale, v. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 2nd edn., 1977, 253 ss., e, più in generale, sul paternalismo del legislatore, sulle sue origini e implicazioni, cfr. M.J. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge (Mass.) e London, 1993, 147 ss.

²²¹ V. ad es. A.T. KRONMAN, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 [1980] *Yale L. J.* 472 ss.; ID., *Paternalism and the Law of Contract*, *ivi*, 92 [1983], 763 ss.; e cfr. G. ALPA, *Strategie d'impresa e tutela del consumatore. Per una critica del fenomeno «consumerism»*, in *Pol. dir.*, 1974, 494 ss., H. COLLINS, *Distributive Justice Through Contracts*, 45 [1992] *Current Legal Problems* 49 ss., e ID., *Good Faith in European Contract Law*, [1994] 14 *Oxford Journal of Legal Studies* 228 ss., ove, discettando della politica comunitaria di tutela dei consumatori, l'A. dubita che il modello migliore di disciplina sia quello di scandire una serie di diritti specifici e dettagliati, ed esprime preferenza per disposizioni intese ad assicurare la libertà di scelta, anche per i benefici che potrebbero derivarne sul piano dell'efficienza del mercato, in quanto funzionali alla concorrenza sarebbero le seconde anziché i primi; nonché N. REICH, *Some Remarks on the Theory of European Consumer Law*, in *ERPL*, 1995, 285 ss.

²²² Si allude alla proposta di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria tra «precauzione» normativa*

e caldeggia l'istituzione di "un'autorità" addirittura "non imbrigliata nelle maglie della legiferazione, ma libera di muoversi flessibilmente tra le molteplici «rischiose» – ed *ab origine* inconoscibili – interazioni del mercato finanziario"; a cui andrebbe assegnato "il ruolo ... di vagliare con professionalità, indipendenza e terzietà, l'*an* (cioè il prodotto finanziario) alla base delle singole operazioni con l'obiettivo di prevenire l'eccessivo sbilanciamento delle stesse o l'assunzione unilaterale di rischio, nell'ottica di salvaguardare gli interessi dell'investitore"; e con la quale "si attuerebbe un efficace meccanismo di pronto intervento idoneo a tamponare la propagazione di rischi «non voluti»", "diretto a colmare il gap conoscitivo dell'investitore, sul quale non graverà più l'onere di dover decidere in situazioni di mancanza di informazioni o di difficile comprensione ma nei cui confronti saranno messi a disposizione gli strumenti necessari a tal fine".

In proposito, non si tratta solo di rilevare che, nel settore dell'investimento in strumenti finanziari preso in considerazione, postulare "gap informativi" e, in relazione a essi, "l'onere di dover decidere in situazioni di mancanza di informazioni o di difficile comprensione" appare ingeneroso rispetto ai numerosi e via via perfezionati strumenti informativi dell'investitore predisposti dal legislatore per contrastare "distorte visioni del reale"; e non coglie la causa della disinformazione, che non è (o non è più o non è necessariamente) la carenza o la complessità delle informazioni, bensì l'indifferenza rispetto a esse. Di più: la soluzione prospettata parrebbe incongruente e inutile rispetto al fine di "colmare ... gap informativi" e "garantire all'investitore gli strumenti adatti per decidere coscientemente se

ed alea giurisprudenziale: possibili rimedi, cit., 755 ss., che, nel supposto ossequio per "l'adozione di un approccio precauzionale", muovendo dalla supposta crisi del "paradigma di razionalità", non la risolve in "un'ardita equiparazione totale tra l'irrazionalità inevitabile dell'investitore ed una situazione di incapacità in senso giuridicamente rilevante", e, tuttavia, sul presupposto "che la prima non si traduce in scelte errate o coatte ma riguarda il convincimento viziato da distorte visioni del reale", trascurando i perfezionati strumenti provvisti per contrastarle e le indicazioni provenienti dal principio di autoresponsabilità che avvilisce, propone "un intervento normativo innovativo e suppletivo che possa supportare l'approccio paternalistico costituito dagli obblighi informativi"; proclamando "il fallimento delle tecniche normative basate sull'informazione", procede "alla delineazione di una soluzione alternativa «potenzialmente» in grado di colmare quei *gap* informativi sussistenti tra le parti della negoziazione ed a garantire all'investitore gli strumenti adatti per decidere coscientemente se concludere o meno l'operazione di investimento"; suggerisce di sostituire a "un rapporto diretto tra intermediario ed investitore", al "meccanismo di tutela basato sul flusso di informazioni cercando di perfezionarlo mediante la riduzione della quantità di informazioni, attraverso la trasmissione di informazioni più «semplici»", "la triangolazione del rapporto di intermediazione, ovvero la creazione di una parte diversa dall'intermediario e dal cliente ... che possa valutare in modo terzo ed imparziale l'equità delle condizioni dell'operazione di investimento prima ancora che la stessa venga conclusa".

concludere o meno l'operazione”.

La soluzione, infatti, sta in ciò che “al fallimento delle tecniche normative basate sull'informazione” si sostituisce un modello che implica il sindacato del “l'equità delle condizioni” negoziali e persino dei “rischi «non voluti»” per espungerli dall'operazione: ossia un disegno normativo, fortemente autoritario che cede alla retorica della giustizia contrattuale e contempla un controllo di merito, autoritativo e diffuso, sul contenuto del contratto e sulla “volizione”; che sottrae alle parti la scelta del contratto per rimetterla ad altri, riducendo gli spazi della libera manifestazione delle preferenze individuali; che ripropone forme di paternalismo forte che parevano superate; che trascura che i cultori della *behavioural economics* solitamente inclinano per forme di paternalismo debole tese a creare un'architettura delle scelte che lasci agli individui di promuovere i propri fini così come essi li intendono²²³. L'espedito prospettato, dunque, annichilisce il contratto, la persona e il mercato e fa a meno del principio di autoresponsabilità, del ricordato brocardo: ma, per l'appunto, parrebbe in modo incongruo; e inutile.

Incongruo perché si profila un intendimento rispetto al quale la soluzione offerta (che dovrebbe “colmare ... gap informativi” e “garantire all'investitore gli strumenti adatti per decidere coscientemente se concludere o meno l'operazione”) non realizza l'obiettivo: non si prospettano, infatti, tecniche alternative, più efficienti, d'informazione; il tema è estraneo alla proposta, che non incide sulle tecniche dell'informazione, né colma alcun gap informativo, bensì demanda a un soggetto terzo la selezione di “strumenti” non già informativi, ma d'investimento, la cui individuazione ha l'unico effetto di restringere l'area delle operazioni disponibili tra cui l'investitore può scegliere; non ha dunque nulla a che vedere con l'obiettivo dichiarato, tant'è che un poco contraddittoriamente alla proposta si assegna il risultato di sollevare l'investitore dall'onere “di dover decidere”. Inutile perché la proposta nulla aggiunge sul terreno degli strumenti informativi e, dunque, non apporta alcun contributo che assicuri che la disinformazione sia vinta: la selezione di clausole e operazioni operata dall'autorità immaginata non assicura affatto che la scelta operata dall'investitore tra quelle soltanto sia, dunque, informata e consapevole.

Il dialogo, avviato tanto tempo fa, continua.

²²³ V. C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 19 s.