



IL CONTRATTO, L'ORDINAMENTO GIURIDICO E LA POLEMICA TRA EMILIO BETTI E GIUSEPPE STOLFI**

MAURO GRONDONA

SOMMARIO: 1. Ordinamento giuridico e contratto, ovvero: i limiti alle pretese individuali. – 2. Valori dell'ordinamento e valori del contratto. – 3. Il negozio giuridico come misura dei limiti dell'autonomia privata. – 4. Ordinamento giuridico e valori filosofico-politici. – 5. La polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi, ovvero: a proposito di libertà e limiti dell'agire negoziale. – 6. Individuo ed ordinamento in Stolfi. – 7. Individuo ed ordinamento in Betti. – 8. Individuo, ordinamento giuridico e volontà generale in Stolfi. – 9. Conclusioni. Il mutamento giuridico tra individualismo e solidarismo. – 10. Il diritto e l'individuo di fronte ai valori: la prospettiva di Stolfi. – 11. La prospettiva di Betti.

1. L'oggetto dell'analisi condotta in questo scritto è il rapporto tra ordinamento e contratto, inteso, il primo, quale *summa* delle regole giuridiche di una determinata collettività, che ha espresso (in forme e attraverso procedimenti diversi) un determinato ordinamento; il secondo, quale strumento di attuazione giuridica della scelta economica individuale¹. E ciò per la ragione, ma è quasi inutile precisarlo, che il negozio giuridico è forma e struttura giuridica di un rapporto economico², cioè di un insieme di interessi economici (descrivibili, in linea di tendenza, come antagonistici) che fanno capo alle parti del negozio medesimo, e che, attraverso di esso, sono costituiti in un assetto ordinato, cioè economicamente soddisfacente per i soggetti

** Queste pagine, con modifiche, riprendono il Capitolo II («Il rapporto tra contratto ed ordinamento giuridico», pp. 95-153) del mio libro: *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-generalì per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*, Soveria Mannelli-Bergamo, Rubbettino-Leonardo Facco, 2008.

¹ Cfr. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004 (II ed.), pp. 59-60: «Il senso, vorremmo dire la funzione, dell'incontro tra ordinamento statale e negozio, non è tanto quella di piegare o di adattare il valore negozio ai valori, propri dell'ordinamento statale; ma semmai quello di *constatare il grado di compatibilità* tra il valore espresso dalla regola negoziale, con quello espresso dalle norme dell'ordinamento. In sostanza, per l'ordinamento statale o esiste tale compatibilità o non esiste; se esiste, il negozio potrà realizzare, anche in termini di ordinamento statale, quelle finalità e quegli effetti di cui l'autore o gli autori lo hanno caratterizzato; se tale compatibilità non esiste, o non esiste completamente, il negozio non potrà giovare (o non lo potrà del tutto) di quella più intensa definitività e stabilità che l'ordinamento giuridico sarebbe in grado di assicurargli» (corsivo dell'a.).

² Sul punto, cfr. L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica* (1963), in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 147: «La connessione fra forma giuridica e materia economica si manifesta anzitutto nel comportamento individuale. In quanto si svolge nella società, il comportamento economico del singolo ha bisogno della qualificazione giuridica».



coinvolti e giuridicamente idoneo affinché il risultato economico da essi perseguito sia riconosciuto come legittimo e sia quindi meritevole di protezione e di tutela giuridica³.

Come preciserò tra un momento, il rapporto tra ordinamento e contratto opera non solo sul versante giuridico, ma anche su quello economico. L'ordinamento, infatti, non è solo un insieme di regole tecniche che, in misura maggiore o minore, tracciano i limiti delle condotte individuali, offrendo anche agli individui quegli istituti giuridici cui ricorrere per raggiungere specifici scopi soggettivamente rilevanti; è altresì l'espressione dinamica, ma tuttavia ragionevolmente stabile, a pena del suo stesso venir meno, dei valori filosofico-politici in cui quella comunità, che quell'ordinamento ha progressivamente costituito, si rispecchia ed a cui si richiama.

Detto questo, è allora chiaro come ogni azione economica individuale entri in rapporto con l'ordinamento, sia sul piano economico, sia sul piano giuridico.

Sul piano economico, perché non è detto che ogni scopo economico individuale sia apprezzato dall'ordinamento; sul piano giuridico, perché non è detto che la regolamentazione che i privati hanno dato ai propri interessi sia approvata dall'ordinamento medesimo⁴.

In altre parole, ed in senso più generale, il rapporto tra ordinamento e contratto è il rapporto tra eterodeterminazione giuridica ed autodeterminazione giuridico-economica, laddove l'ordinamento è il filtro delle pretese⁵ individuali: queste ultime tendono a raggiungere specifici obiettivi economici, provvisti di una determinata veste giuridica, affinché tali obiettivi rilevino anche di fronte all'ordinamento⁶, la tavola dei valori e dei principi di quella determinata collettività⁷.

³ Vedi ancora G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 69: «Se è possibile formulare appunto un'ipotesi sul negozio giuridico e proporre una definizione, noi saremmo propensi ad individuare il negozio giuridico come un atto vincolante di privata regolamentazione di interessi che assume positiva "rilevanza" per l'ordinamento statale quando i valori, di cui esso è portatore, siano compatibili con i valori che l'ordinamento persegue».

⁴ In questo senso, è utilizzabile la distinzione sacchiana tra genotipo contrattuale, cioè la nozione ispiratrice unica dell'idea di contratto (debitrice, aggiungiamo, alla prassi ed alla riflessione economica), studiata e valorizzata dal comparatista, e fenotipo contrattuale, cioè la singola definizione giuridico-positiva di contratto, studiata e valorizzata dal giurista interno: R. SACCO, *Genotipi e fenotipi in tema di contratto*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004 (III ed.), pp. 51-74.

⁵ Impiego il termine nel senso fatto palese da B. LEONI, *Lezioni di filosofia*, Catanzaro, , 2003, p. 61: «La pretesa è un fatto psicologico e, come tale, un dato della ricerca empirica. La pretesa non è tuttavia soltanto un fatto psicologico, ma può essere analizzata sotto il profilo della logica e della critica della conoscenza. [...] Nella pretesa è implicita la volontà, da parte di colui che pretende, di porre o di imporre una linea di condotta ad altri: l'idea della pretesa è quindi implicita nell'idea di diritto positivo, ossia "posto" o "imposto" da alcuni ad altri, o, nel caso limite, da tutti a tutti».

⁶ Cfr. T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico* (1958), in ID., *Problemi giuridici*, Milano, 1959, tomo I, p. 48: «La frequente contrapposizione tra "logica giuridica" e "esigenze economiche e sociali", persistente nei dialoghi giuridici, trova la sua origine nelle dicotomie del giusnaturalismo e si collega a sua volta con la credenza in un ordine economico (e corrispondentemente in un ordine giuridico) naturale; si rivela in realtà come contrasto tra valutazioni



L'attività di filtraggio svolta dall'ordinamento considera quindi due elementi: da un lato, l'interesse economico delle parti, alla base della loro azione (giudizio di meritevolezza rispetto ai valori fondanti dell'ordinamento); dall'altro, le regole giuridiche specifiche che le parti hanno utilizzato in funzione del perseguimento dei loro interessi economici (giudizio di adeguatezza tecnica rispetto agli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione dell'attività negoziale – e, quindi, economico-giuridica – di ciascuno).

Si tratta, dunque, di vedere in che misura le parti siano legittimate, attraverso il contratto, a regolare l'assetto economico dei propri interessi, le quali regole siano valide rispetto all'ordinamento⁸.

In termini prettamente civilistici, la questione è la seguente: se, e se sì in che misura, il contratto concluso produca effetti giuridicamente rilevanti tanto quanto quegli effetti siano autorizzati, riconosciuti, recepiti dall'ordinamento, e cioè in quanto siano approvati dall'ordinamento medesimo, il quale, allora, li fa propri; oppure se il contratto sia, di per sé, strumento creatore di regole giuridiche, le quali producono determinati effetti che l'ordinamento fa propri, limitandosi a riconoscere ed a recepire le regole poste dalla privata pattuizione⁹.

normative opposte, tra valutazioni tramandate e nuove istanze, in corrispondenza di mutamenti nella realtà e di nuove concezioni».

⁷ Cfr. quanto scrive H. KELSEN, *Teoria generale delle norme* (trad. it.), Torino, 1985, p. 44: «L'autorità giuridica prescrive un certo comportamento umano soltanto perché essa lo ritiene – a torto o a ragione – utile alla comunità giuridica. Questa relazione con la comunità giuridica è infine decisiva anche per la regolamentazione giuridica del comportamento umano che sia in rapporto individuale con un certo altro uomo. Ad essere protetto dalla norma che vincola il debitore non è soltanto, anzi, non è tanto l'interesse del creditore concreto, quanto l'interesse della comunità giuridica, riconosciuto dall'autorità giuridica, alla conservazione di un certo sistema economico».

⁸ La questione è efficacemente sintetizzata nei termini seguenti da V. ROPPO, *Il contratto, in Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 72: «Contratto *come* norma, e contratto *versus* norma. Fra questa polarità ideali si sviluppa – e nutre il pensiero giuridico-filosofico-politico – la *dialettica fra norma e contratto*: lente attraverso cui guardare agli antichi nodi delle libertà e dell'autorità, del potere pubblico e dei poteri privati, dello Stato e dei gruppi intermedi, delle istanze collettive e degli interessi privati, della *volonté générale* e delle garanzie individuali» (corsivo dell'a.).

⁹ V. ancora G.B. FERRI, *Decisione negoziale e giudizio privato*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1997, I, p. 1 ss., a p. 18: «Ma *riconoscimento* o *autorizzazione* altro non sono che finzioni prive di fondamento. Nella realtà, la rete di *valori* generali, che l'ordinamento statale predispone, per consentire la propria tutela agli atti di autonomia privata e i *valori*, del tutto particolaristici, che quest'ultimo esprime, muovono da esigenze, finalità e logiche diverse, destinate, per altro a non incontrarsi. La *tutela* che il sistema dell'ordinamento statale offre, alle regole private, si riduce, a ben vedere, in caso di violazione dei patti privati assunti, di una “*action en justice*”, con riguardo a quegli atti di autonomia negoziale dei cui *valori* sia possibile, *ex post*, constatare la compatibilità con i *valori* espressi dall'ordinamento statale» (corsivo dell'a.). Ci permettiamo di aggiungere che, a nostro avviso, quando l'atto di autonomia negoziale riceve tutela dall'ordinamento giuridico è ragionevole ritenere che si verifichi un incontro tra valori, da cui un'integrazione, di matrice privata, dell'ordinamento statale. Accade infatti che il valore particolare espresso dal negozio sia compatibile con uno o più valori espressi dall'ordinamento: ma se è così, allora è agevole concludere nel senso per cui il principio generale dell'ordinamento, che racchiude



Ma allora, il problema è anche quello di sapere quale sia il valore pre-giuridico della regolamentazione economica degli interessi delle parti; se, quindi, il momento economico, di per sé, sia irrilevante, a meno che esso non venga recepito dall'ordinamento, oppure se, al contrario, esso sia rilevante, già di per sé, in forza del valore che esprime, ed appunto se, in quanto rilevante, sia automaticamente recepito dall'ordinamento.

Occorre subito chiarire come, al fondo, si celi, in realtà, un autentico problema di limiti all'autonomia privata¹⁰: dicendosi, ad esempio, che attraverso il negozio giuridico le parti non hanno un autonomo potere di porre regole giuridiche, ma che tali regole, per essere, appunto, giuridicamente rilevanti, debbono superare il vaglio dell'ordinamento, non si vuol dire altro se non che l'ordinamento opera quale filtro delle pretese economiche individuali; in questo senso, quindi, il negozio concluso tra due soggetti non produce effetti giuridici perché quel negozio realizza gli interessi economici delle parti, regolandoli secondo quanto da essi stabilito (assetto degli interessi concordemente predisposto), ma produce effetti giuridici perché l'ordinamento considera meritevoli di protezione quegli interessi economici che le parti si propongono di regolamentare con il contratto¹¹.

Sembra allora piuttosto sterile insistere, ancora oggi, nell'individuazione delle ragioni che, da un punto di vista strutturale, militerebbero nel senso per cui il negozio giuridico è un fatto oppure un valore¹².

quel valore, o quei valori, risulta arricchito da una nuova regola che di quel valore è concretizzazione, e che fino ad allora, non essendosi empiricamente manifestata, era giuridicamente inesistente.

¹⁰ Il punto è stato colto lucidamente da L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, p. 2: «Il problema dell'autonomia è, anzitutto, un problema di limiti e di limiti che siano sempre il riflesso di norme giuridiche». Questo a., tuttavia, fa poi propria la più tradizionale idea normativista, quando scrive: «L'autonomia privata non è espressione di una mera liceità o facoltà, ma manifestazione di potere e precisamente del potere di creare, entro certi limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche» (p. 5); «Non vi sono ragioni vere per non accogliere la tesi che il negozio giuridico è fonte di norme giuridiche e che l'autonomia privata è, di conseguenza, potere normativo» (p. 6).

¹¹ Netta è la posizione di R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto* (trad. it.), Torino, 1972, p. 231: «L'autonomia degli individui e delle associazioni trova il suo limite nella critica che lo stato conduce nell'interesse del bene sociale: ad esso compete il potere coercitivo, ad esso compete quindi anche il giudizio sugli scopi cui applicarlo».

¹² Per una compiuta e suggestiva rivisitazione della «idea di negozio giuridico», v. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 7-71; sull'aspetto richiamato nel testo, v. spec. p. 42, ove il riferimento ad «[...] un certo recupero delle teorie soggettive; delle teorie che tendono a ricondurre alla libertà o all'autonomia dei privati, il momento caratterizzante il concetto di negozio e che, dunque, sembrano voler considerare il negozio più come *valore*, che come *fatto*. O meglio che mettono in luce come, nel riconoscimento della regola negoziale da parte dell'ordinamento giuridico, la circostanza che ad essere "riconosciuta" sia un'entità che, già di per sé, esprime un *valore* che, in qualche misura, condiziona e limita, per così dire, la *sovranità* e l'*autonomia* del criterio legale valutante. In sostanza il criterio di valutazione normativo finirebbe per adeguarsi all'oggetto (il negozio appunto) della valutazione; il che potrebbe voler dire che la regola negoziale o è accettata dall'ordinamento giuridico o è respinta, per quello che è» (corsivo dell'a.).



La soluzione al problema non può derivare dalla natura che si attribuisca al negozio, quale fenomeno giuridico/economico/giuridico-economico, ma deriva, al contrario, dai valori che fondano quel determinato ordinamento giuridico, all'interno del quale si situa l'operazione economica che le parti compiono¹³; operazione economica, che necessariamente assume carattere anche giuridico, proprio perché – e non potrebbe essere altrimenti – le parti, con quell'operazione, regolano in certo modo (il riferimento è ancora all'assetto degli interessi in gioco) un complesso di situazioni economiche, individuando contestualmente posizioni soggettive attive e passive, e, quindi, pretese ed obblighi¹⁴.

La distinzione tra struttura economica dell'operazione e sovrastruttura giuridica pare allora essere un'inutile complicazione, derivante, anche e soprattutto, da quel discredito culturale che la sfera dell'economia tradizionalmente ha subito, ed in parte ancora subisce, a favore della forma giuridica, intrinsecamente nobilitante appunto perché volta ad assegnare un indirizzo assiologico al momento economico. Com'è chiaro, questa rappresentazione della svalutazione dell'economia muove dal presupposto radicale per cui il campo dell'Economico è terreno di coltura dei valori individualistici, colorati preferibilmente da gretto utilitarismo e spietato egoismo, laddove la sfera del Giuridico interverrebbe, in funzione salvifica, per mitigare le pretese individuali in vista delle esigenze della collettività, considerata quale soggetto autonomo, titolare di pretese proprie. Il che, com'è altrettanto evidente, certo non risolve il problema del conflitto – umanissimo, e quindi insanabile e perenne, ma benefico – circa i contenuti del Giuridico.

2. Se è necessario che l'ordinamento intervenga per sanzionare, qualificandola in termini giuridici, la condotta delle parti, il rischio sarà però quello di una acritica legittimazione del potere di autonomia regolativa dei privati: inteso, quest'ultimo, nel senso più pieno e proprio, quale potere, evidentemente, non solo di rendere concreti, attraverso gli *n* negozi giuridici attuati, i valori espressi dall'ordinamento, utilizzando le forme giuridiche che l'ordinamento medesimo offre, ma di porre *ex novo* regole e forme – e quindi valori e tecniche di attuazione di quei valori – per costruire assetti economici corrispondenti agli interessi dei soggetti coinvolti in tali operazioni.

¹³ Cfr. ancora G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 65: «In sostanza, nei fatti, i privati possono disporre soltanto del loro concreto assetto d'interessi; e anche quando essi abbiano inteso predisporre tale assetto in modo coerente con la rete di principi previsti dall'ordinamento statale, non sembra accettabile ricostruire tale situazione in termini di cosiddetta volontà degli effetti giuridici. I privati, nel caso specifico, se qualcosa vogliono, questa è la compatibilità tra la regola negoziale cui hanno dato vita e i principi dell'ordinamento».

¹⁴ In prospettiva normativista, v. i rilievi di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009 (V ed.), p. 73: «La norma ci consente di attribuire *significato giuridico* agli atti economici, cioè di risolverli in atti giuridici e casi degli schemi previsti» (corsivo dell'a).



Ne consegue, allora, che quelle impostazioni che sostengono l'irrilevanza del momento pregiudiziale non sono nettamente differenziabili da quelle posizioni che insistono sulla necessità che l'atto economico sia recepito di per sé, appunto in quanto atto di autonomia privata, e qualificato dall'ordinamento in stretto vincolo di necessità con la qualificazione effettuata delle parti, perché possa assumere rilevanza (anche) giuridica. Alla stregua della prima impostazione, nel caso in cui la sanzione dell'ordinamento mancasse, l'atto di autonomia privata non oltrepasserebbe la soglia dell'irrilevanza giuridica; laddove, alla stregua della seconda, se mancasse la recezione, da parte dell'ordinamento, degli atti negoziali dei privati, accadrebbe che non potrebbe verificarsi quella integrazione dell'ordinamento in conseguenza dello svolgersi dell'agire economico e giuridico degli attori del mercato.

Alla base di entrambe le prospettive sta la comprensibile esigenza di porre la necessità, la imprescindibilità e la non superabilità del momento qualificatorio, in funzione ordinante, che è esattamente la funzione fondamentale di ogni regola, a maggior ragione quando essa appartenga ad un sistema complesso¹⁵, quali sono gli ordinamenti giuridici; momento qualificatorio che, sempre, è prodromico al momento della recezione¹⁶.

Non è allora scorretto ritenere che la questione – centrale, come detto – del rapporto ordinamento-negozio possa, ed anzi debba, essere letta in ottica diversa da quella tradizionalmente adottata dalla civilistica; non sul piano tecnico-formale (se si preferisce, dogmatico) della natura e della struttura del negozio giuridico e dell'ordinamento (una tale impostazione riduce la nostra questione al quesito se il negozio, per sue caratteristiche proprie ed intrinseche, considerate in parallelo a quelle

¹⁵ In tema, e per istruttive considerazioni sul problema del mutamento giuridico, vedi E. DI ROBILANT, *La rilevanza degli ordini dinamici in una società complessa*, in E. COLOMBATTO, A. MINGARDI (a cura di), *Il coraggio della libertà. Saggi in onore di Sergio Ricossa*, Catanzaro, 2002, spec. p. 222: «Ciò che nella società complessa appare interessante e fecondo, sul piano della conoscenza e dell'operatività, è costituito dalla presenza di *ordini dinamici*, vale a dire di ordini di *principio* che si *autocorreggono* e lasciano *più spazio alla selezione critica* nel corso del processo dell'evoluzione. La presenza di ordini dinamici dà luogo a una competizione fra gli ordini dinamici stessi e fra gli ordini dinamici e gli ordini statici, il più incisivo dei quali è quello dello stato. Nella società complessa, perciò, si viene a creare una *competizione fra l'ordine statico* (o prevalentemente statico) *dello stato*, da una parte, e *gli ordini dinamici posti dalla società e dai singoli*, dall'altra parte» (corsivo dell'a.).

¹⁶ Spunti critico-ricostruttivi in G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 65: «L'ordinamento [...] non manifesta volontà che esprima un assenso; semmai, verificatasi siffatta compatibilità [tra negozio ed ordinamento], esso (se vogliamo ancora utilizzare il riferimento un po' animistico ad una sua *volontà*), non può non volere che l'assetto d'interessi espresso dai privati non abbia rilevanza giuridica, perché questa rilevanza opera automaticamente e *sfugge*, dunque, allo stesso ordinamento. La constatazione della sostanziale autonomia dei due sistemi (del negozio e dell'ordinamento) consente, forse, di superare le antiche e recenti dottrine che hanno finito per fare del negozio giuridico una figura ibrida, risultante da una sorta di compromesso che vedeva contemporaneamente impegnati nella costruzione dell'istituto entrambi i sistemi» (corsivo dell'a.).



dell'ordinamento, sia idoneo a produrre norme giuridiche)¹⁷, ma sul piano – che diremmo in certa misura funzionalistico – della teoria generale dell'ordinamento¹⁸, cioè enfatizzando la portata sostanziale dei valori filosofici e politici¹⁹ che fondano l'ordinamento²⁰, dovendosi, così, considerare i limiti che l'azione economica dell'individuo incontra nella – più o meno complessa – rete di regole predisposta dall'ordinamento medesimo²¹.

Con la consapevolezza, peraltro, che una rete di regole, giusta la funzione ordinante e protettiva di essa, non può mai mancare²², pena, prima di tutto, la impossibilità di attuazione e di salvaguardia delle condotte economiche individuali.

¹⁷ A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, vol. XIII, tomo IV**, 2004, p. 40, rileva, con nettezza: «Sono troppo noti perché debbano [...] essere ancora ricordati i termini di risalenti ed estenuanti dispute teoriche circa la distinzione tra contenuto ed effetti del contratto e l'imputazione di questi all'autonomia o alla legge. Si avverte ormai la distanza dal clima culturale al quale quelle problematiche appartenevano; i trattati sul contratto degli ultimi lustri o non ne fanno menzione, o vi accennano sobriamente, ne conservano un'eco lontana o apertamente ne svalutano il rilievo, escludendo che si tratti di “problemi positivi” [l'espressione è di Rodolfo Sacco]».

¹⁸ Espressione che va semplicemente intesa quale schema di ragionamento – dunque strumento di sintesi e non di analisi – cui ricorrere per descrivere la relazione sussistente tra l'ordinamento, quale complesso di valori rappresentati da principi e da regole e non quale formalizzazione dei rapporti normativi tra i vari elementi dell'ordinamento medesimo, e l'azione individuale.

¹⁹ Pienamente consapevole della necessità di schierarsi a favore, o contro, determinati valori, è il celebre (e assai discusso) teorico del libertarismo (o, se si preferisce, dell'anarco-capitalismo, la versione radicale del liberalismo classico), M.N. ROTHBARD, *L'etica della libertà* (trad. it.), Macerata, 1996, p. 41: «Lo scienziato politico contemporaneo crede di poter evitare la necessità dei giudizi morali e di poter contribuire a dar formula alla politica pubblica senza impegnarsi in alcuna posizione etica definita. E tuttavia, ogni volta che viene avanzata una *qualsiasi* proposta politica, per quanto ristretta o limitata, allo stesso tempo, volenti o nolenti, si pone un giudizio etico più o meno valido» (corsivo dell'a.).

²⁰ È puntuale il rilievo di N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, p. 865 ss., a p. 867: «Quale che sia l'idea di diritto dalla quale muoviamo, esso è certamente strumento di qualificazione di beni della vita e quindi necessariamente implica, riflette o ingloba giudizi di valore».

²¹ In questo senso, v. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 69: «Se è possibile formulare appunto un'ipotesi sul negozio giuridico e proporre una definizione, noi saremmo propensi ad individuare il negozio giuridico come un atto vincolante di privata regolamentazione di interessi che assume positiva “rilevanza” per l'ordinamento statuale quando i valori, di cui esso è portatore, siano compatibili con i valori che l'ordinamento esprime». E v. anche, in prospettiva più generale, N. LIPARI, *Valori*, cit., pp. 867-868: «Ogni regola o legge suppone [...] il concetto di necessità (*lex dicitur a legando*); peraltro la legge umana, per condizione necessaria di chi la attua, suppone anche il concetto di libertà. L'azione umana, in quanto all'un tempo libera e doverosa, risolve la necessità in esigenza concretamente avvertita e condivisa; e siccome ogni esigenza manifesta un valore, il rapporto tra criterio di condotta o modello di comportamento e rispetto di una regola non si sottrae mai al riferimento agli indici di moralità o di giustizia espressi, in un determinato momento storico, da un individuato contesto sociale».

²² G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 69: «L'ordinamento statuale (anche il più liberale), proprio perché espressione di scelte (ideologiche, politiche, morali ecc.) che tendono a dare una forma organizzata all'intera società cui si rivolge, stabilisce, in coerenza appunto con le proprie scelte, graduazioni di compatibilità e limiti di realizzabilità nei confronti dei tanti non omogenei e, spesso,



3. Non è allora necessario ripercorrere qui il dibattito che, da sempre si può dire, occupa gli studiosi del negozio giuridico, e che ha per oggetto un problema concettuale e definitorio: quello, appunto, della nozione di negozio; è invece opportuno isolare quegli aspetti del dibattito che toccano la diversa questione dei limiti posti dall'ordinamento all'autonomia privata.

Occorre, necessariamente, muovere dall'impostazione per cui il contratto non può non essere produttivo di norme giuridiche, le quali vadano ad affiancarsi a quelle, diverse, di fonte statutale (funzione autopoietica dell'autonomia privata)²³.

La questione, nei termini qui richiamati, come si è accennato poco sopra, lascia aperto qualche margine di critica²⁴.

Riflettendosi sulle ragioni che hanno dato origine a questo dibattito, la conclusione, certa, è che esso è sorto non tanto per un'astratta esigenza di analisi dei processi sociali che hanno condotto, nel tempo, alla formazione di regole²⁵ rispettate dalle collettività di riferimento (regole vincolanti sulla base delle quali i partecipanti alla singola collettività sono legittimati a fondare il proprio affidamento circa le condotte degli altri membri), quanto, piuttosto, per la necessità di capire perché, e fino a che punto, l'azione economica (e cioè l'azione umana *tout court*) degli individui possa essere limitata, in senso più generale, e indirizzata a determinati fini, in senso particolare; e, ancora, ma il quesito è strettamente connesso al precedente, se sia

contraddittori interessi che i singoli componenti il corpo sociale perseguono e, dunque, nei confronti delle attività individuali o di gruppo che se ne fanno portatrici». E cfr. R SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., I, p. 18: «Non è detto che lo Stato abbia sempre ragioni insuperabili per contrastare l'autonomia. Quando lo Stato stava sorgendo, esso ha potuto provvedere nella propria edificazione proprio per assolvere compiti economici totali; ma ha potuto anche, alternativamente o complementariamente, disinteressarsi dell'economia o di una parte di essa, lasciandola ad operatori liberi; e, dopo essersi meglio strutturato, può aver tenuto d'occhio questi ultimi mettendo a punto un sistema di organi giudiziari, o sforzandosi di formulare regole (uguali per tutti i liberi, o uguali per alcune classi di liberi), volte a regolare o riconoscere alienazioni, scambi, promesse. Troviamo quest'ultima soluzione nel diritto degli antichi romani, salvaguardato nel periodo intermedio e giunto fino all'epoca delle codificazioni e ai nostri giorni».

²³ Per un accurato inquadramento della questione, v. R. SACCO, *Autonomia*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, vol. I, Torino, 1987, p. 517 e ss.

²⁴ V. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 1: «Un problema che ricorre ancora in dottrina è quello che attiene alla possibilità di ravvisare nel negozio una fonte normativa di diritto obiettivo. Le opposte soluzioni che vengono offerte, occorre subito avvertire, non incidono su concreti aspetti della disciplina giuridica e denotano piuttosto il carattere meramente concettualistico della stessa impostazione del problema».

²⁵ Spunti in R. DAVID, *Sources of Law* (1981), in *Int. Enc. Comp. Law*, vol. II, chapter 3, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)-Martinus Nijhoff Publishers, Tübingen-The Hague-Boston-London, 1984, pp. 14-24.



legittimo introdurre, da parte dei singoli, mutazioni normative (regole innovative)²⁶, le quali andrebbero così ad ampliare la trama di regole dell'ordinamento, riequilibrandosi, dal punto di vista della produzione normativa, il rapporto tra fonte collettiva e fonte individuale²⁷.

Ma allora, riletta la tormentata vicenda definitoria e concettuale del negozio giuridico all'interno di tale quadro di riferimento, il problema in parola può ben essere ricondotto a quello, diverso, dei limiti alla condotta individuale, la quale, dal punto di vista economico, non incontra, e necessariamente non può incontrare, obiezione alcuna, almeno sotto il profilo del giudizio di valore, volta com'è a perseguire uno scopo soggettivo, dati certi mezzi (soggettivi ed oggettivi), mentre, dal punto di vista giuridico, può certamente andare incontro ad obiezioni, fondate, appunto, su giudizi di valore, le quali si traducono necessariamente in limiti all'agire, cioè alla «autodeterminazione economico-negoziale»²⁸.

Diciamo questo per sottolineare ancora una volta come il tema dei limiti all'autonomia privata interessi, e non potrebbe essere altrimenti, ogni azione produttiva di effetti (cioè, soggettivamente orientata alla produzione di determinati effetti) nella sfera giuridica dell'individuo che agisce, così come in quella dell'individuo che entra in relazione negoziale (scambio) con il primo.

Un interrogativo sui limiti giuridici all'azione umana, allora, può sorgere quando più condotte negoziali pongono alla collettività di riferimento – cioè, la collettività entro la quale quelle condotte si materializzano, regolate come sono dall'ordinamento giuridico di quest'ultima – il problema della tutela di soggetti che quelle condotte hanno condiviso, nel loro momento originario, e che, ad esempio, rifiutano poi di dare esecuzione al contenuto della loro promessa (nell'ipotesi che la promessa di una determinata controprestazione rappresentasse la forma giuridica della condotta). È chiaro che costoro, per fondare, ragionevolmente – cioè con qualche speranza di successo nel giudizio – il proprio rifiuto, potranno tentare di dimostrare che quello scambio, quell'accordo, dunque quel negozio, era ingiusto (per utilizzare un aggettivo

²⁶ Il tema, in chiave economica, è affrontato da D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia* (trad. it.), Bologna, 1994, spec. il Capitolo X («Cambiamento istituzionale e stabilità»), pp. 123-133.

²⁷ Cfr. nuovamente E. DI ROBILANT, *La rilevanza*, cit., p. 222: «Di fronte alla pluralità e alla varietà degli ordini dinamici operanti nella società complessa, lo stato tende a costituirsi come *creatore privilegiato di ordini ottimali*; privilegiato per *conoscenza* (“vera” o “migliore”) e per *valore*. La premessa implicita della pretesa di valenza dell'ordine statico posto dallo stato, infatti, è che lo stato sia in grado di valersi di conoscenza *fondata*, o *migliore* di quella di cui si valgono gli ordini dinamici, in quanto non deviata da interessi dei consociati e fondata su premesse forti che devono essere accettate» (corsivo dell'a.).

²⁸ In questo senso, cfr. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 57: «Con riguardo al negozio giuridico, la difficoltà [di come risolvere il problematico rapporto tra libertà privata ed autorità statale] nasce dal fatto che esso è un valore [...] destinato a confrontarsi con il sistema di valori espresso dall'ordinamento giuridico statale».



di immediata perspicuità, ma che è anche caratterizzato da polisemia). Ed è, viceversa, immaginabile che il soggetto contrastante tali pretese dovrà offrire al giudice argomenti fondati, ad esempio, sulla consuetudine di quella società in riferimento a determinate pratiche degli affari.

4. Posta, quella descritta, come ipotesi di lavoro, non è infondato, ci pare, trarre da essa i seguenti elementi di riflessione, i quali ben possono rivestire una portata più generale: 1) il riferimento ad una prassi costante, cioè ad un insieme di regole consolidate nel tempo²⁹, può assumere rilevanza sia per colpire nuove pratiche, sia per impedire che da pratiche tradizionali siano derivati effetti giuridici inattesi (almeno fino a quel momento); 2) l'operatività di tale sistema stabile di regole (ordinamento) è una garanzia per la collettività, la quale sa che ad esso potrà affidarsi per essere tutelata di fronte a pretese che contrastino con la tradizione.

Il limite all'azione economico-negoziale ha dunque la sua contropartita nella garanzia e nella tutela; il divieto di fare qualche cosa si traduce nella tutela di coloro che hanno subito una coazione, e che vogliono quindi sottrarsi all'impegno coattivamente assunto, così come di coloro che hanno aderito ad un programma economico giuridico ma poi vi resistono, nel momento esecutivo, fondando il loro rifiuto sul contrasto tra i doveri e gli obblighi che derivano da esso ed i principi e le regole espressi dall'ordinamento. Il punto, quindi, è ancora quello del conflitto tra scopi soggettivi e valori oggettivi dell'ordinamento, a tutela di alcune tra le *n* pretese astrattamente immaginabili.

Ad un livello di analisi un poco più raffinato, occorrerà poi introdurre un elemento nuovo: è infatti ben possibile immaginare situazioni nelle quali colui che va al di là dei limiti previsti dall'ordinamento lo faccia deliberatamente (e su tale presupposto riposa la ragione dell'atipicità negoziale, manifestazione esemplare della creatività dell'individuo)³⁰. In questo caso, il limite opera in un senso diverso: non più per proteggere un soggetto da una pretesa (illegittima) altrui, ma per garantire unicamente l'osservanza di certi valori, nei quali la comunità continua a riconoscersi (variante: nei quali i giudici dicono che la collettività continua a riconoscersi). Può darsi che tali limiti non servano a tutelare alcun interesse concreto, ma solo valori tradizionali, la cui rilevanza, però, pare allo stato insuperabile.

²⁹ Da vedere, il classico lavoro di Sir P. VINOGRADOFF, *Custom and Right*, H. Aschehoug & C. (W. Nygaard), Oslo, 1925, p. 21 e ss.

³⁰ Ma v. la prospettiva di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1988 (I ed.), pp. 145-147, ove il rilievo che «[l']atipico, l'assolutamente e radicalmente atipico, è estraneo al diritto, il quale procede (e deve di necessità procedere) mediante la *riduzione dei fenomeni entro gli schemi già previsti*» (p. 145; corsivo dell'a.).



Senza volere qui indulgere in considerazioni di carattere sociologico ed antropologico³¹, poiché la discussione, senza una compiuta serie di dati di riferimento³², rischia di essere banalizzante, e quindi superficiale, va però ancora sottolineato come un'altra ragione che giustifica l'esistenza di un ordinamento sia quella di offrire uno strumento di certezza nella risoluzione delle controversie, e, in senso più generale, uno strumento di ordine della collettività. Certezza fondata, ancora, sul rispetto di determinati valori, e perseguita attraverso l'osservanza di quelle norme specifiche nelle quali tali valori sono stati tradotti. Una tale prospettiva richiama la centralità della c.d. ideologia (individuale e collettiva) nella costruzione del tessuto sociale³³.

In questo senso, allora, anche le discussioni sulla struttura dell'ordinamento giuridico dovrebbero più opportunamente lasciare campo alle discussioni sul contenuto di quell'ordinamento giuridico, posto peraltro che sempre ogni collettività organizzata avrà necessità di fondarsi su determinati valori filosofico-politici non immutabili, ma relativamente stabili³⁴, i quali, nel corso del tempo, alternandosi fasi di maggiore e di minore conflitto, assegneranno un ordine alla convivenza tra individui.

³¹ Per una sintesi storico-antropologica del concetto giuridico di contratto, v. J. GORDLEY, *Contract in Pre-Commercial Societies and in Western History* (1995), in *Int. Enc. Comp. Law*, vol. VII, chapter 2, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)-Martinus Nijhoff Publishers, Tübingen-Dordrecht-Boston-Lancaster, 1997, pp. 3-11. Più in generale, occorre ricordare l'ormai noto lavoro di N. ROULAND, *Antropologia giuridica* (trad. it.), Giuffrè, Milano, 1992, *passim*, ma spec. pp. 255-272, sui rapporti contrattuali.

³² V., almeno, F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione, libertà* (trad. it.), Milano, 2000, pp. 96-99, ove riff., e spec. p. 96: «I principali punti su cui lo studio comparato del comportamento ha gettato un'importante luce, per quel che riguarda l'evoluzione del diritto, sono, in primo luogo, l'aver chiarito che gli individui hanno imparato ad osservare (e a sanzionare) regole di condotta molto prima che tali regole potessero venir espresse in forma verbale; e, in secondo luogo, l'aver mostrato che queste regole si sono sviluppate perché portavano alla formazione di un ordine nelle attività dell'intero gruppo».

³³ V. ancora F.A. VON HAYEK, *Legge*, cit., p. 90: «Pochi assunti sono meno creduti dalla maggior parte degli uomini dotati di senso della concretezza e sono trascurati dalla scuola di pensiero politico attualmente dominante, come quello secondo cui ciò che è sprezzantemente qualificato come ideologia ha il potere di dominare coloro che si credono liberi da essa persino più di coloro che la professino consapevolmente. Tuttavia, poche cose dovranno impressionare lo studioso dell'evoluzione delle istituzioni sociali più del fatto che ciò che le determina in modo decisivo non sono tanto le opinioni favorevoli o meno sulle loro conseguenze immediate, bensì i preconcetti generali in base a cui si decidono i problemi particolari. Il potere delle idee astratte si fonda ampiamente sul fatto che esse non sono consapevolmente sostenute come teorie, ma vengono trattate dalla maggioranza della gente quali verità autoevidenti che agiscono come premesse tacite».

³⁴ Cfr. F.A. VON HAYEK, *La società libera* (trad. it.), Catanzaro, 2007, pp. 169-170: «Come tutti gli altri valori, i nostri costumi non sono un prodotto ma un presupposto della ragione, fan parte dei fini per servire i quali il nostro intelletto si è sviluppato come strumento. In ogni stadio della nostra evoluzione, il sistema dei valori in cui nasciamo fornisce gli scopi al cui servizio la nostra ragione deve porsi. Questo carattere della struttura dei valori implica che dobbiamo bensì lottare sempre per migliorare le nostre istituzioni, ma non possiamo mai mirare a rifarle completamente e che, nei nostri sforzi per migliorarle, dobbiamo accettare come vere molte cose che non capiamo. Dobbiamo sempre lavorare all'interno di una struttura di valori e di istituzioni che non è opera nostra. In particolare, non



5. Chiarito, quindi, come il rapporto tra ordinamento e condotta individuale (nel duplice senso di condotta giuridica ed economica) possa essere meglio compreso se considerato nella prospettiva dei limiti che la condotta individuale medesima trova nell'ordinamento, rimanendo così in ombra il carattere auto/etero-normativo del negozio giuridico, ci pare opportuno fermare la nostra attenzione su di una celebre polemica scientifica che coinvolse due illustri civilisti – Emilio Betti e Giuseppe Stolfi – intorno alla metà del secolo scorso. Ripercorrerla qui è assai istruttivo, poiché la chiarezza teorica ed argomentativa delle rispettive posizioni³⁵ permette di rimeditare con profitto il problema in discorso, attestando, ci pare altresì, la fondatezza della nostra impostazione.

Procedendo con ordine, offriremo una sintesi del pensiero di Stolfi, della replica di Betti e della contro-replica di Stolfi, per poi concentrarci sull'esame dei valori filosofico-politici a fondamento di una diversa concezione del negozio giuridico e concludendo così la nostra riflessione aperta più sopra sui limiti che gli atti di autonomia privata incontrano nel momento del raccordo con l'ordinamento statale.

6. Iniziamo, intanto, col dire che presentare la polemica unicamente come scontro tra due costruzioni tecnico-giuridiche³⁶ opposte del negozio (volontà *versus* dichiarazione) è fuorviante e riduttivo.

Certo, il ruolo della volontà, all'interno del negozio, ricopre un ruolo centrale nella polemica, ma non è fine a se stesso, non è cioè rilevante esclusivamente dal

possiamo mai costruire aprioristicamente un nuovo corpo di norme morali o far dipendere la nostra osservanza delle norme dalla nostra comprensione delle sue implicazioni in una determinata circostanza».

³⁵ Considereremo le seguenti opere: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (rist. corr. II ed.); ID., *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, in *Giurisprudenza italiana*, 1947, IV, c. 137 e ss.; ID., *Negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, 1965, p. 208 e ss.; ID., *Autonomia privata*, *ibid.*, vol. I², Utet, Torino, 1958, p. 1159 e ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947; ID., *Il negozio giuridico è un atto di volontà* (1948), in ID., *Studi di diritto privato*, Milano, 1980, p. 372 e ss.; ID., *Negozio giuridico*, in ID., *Note di giurisprudenza e saggi di vario diritto*, Milano, 1981, p. 787 e ss. Un contributo illuminante, nell'analisi della polemica, è rappresentato da: N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica* (1990), in ID., *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, p. 41 e ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., spec. pp. 44-46; ID., *Il diritto statale e il suo doppio* (1988), in ID., *Le anamorfosi del diritto civile. Saggi*, Padova, 1994, p. 125 e ss., spec. pp. 135-136; ID., *Il negozio giuridico e le idee di Luigi Carriota Ferrara*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1995, I, p. 693 e ss., spec. pp. 699-700.

³⁶ Significativo, in questo senso, ci pare il rilievo dello stesso G. STOLFI, *Teoria*, cit., p. VIII, nota 1: «Questo libro è destinato agli studenti ed alle persone colte». A nostro giudizio, tale affermazione può ben essere letta nel senso che l'opera vuole adempiere a due bisogni: intanto, la formazione dei futuri giuristi; ma anche, e forse soprattutto – si tenga conto che il volume esce nel 1947 –, la formazione, politico-giuridica in senso lato, di ogni persona interessata alla ricostruzione culturale e sociale dell'Italia nella fase successiva al fascismo. Di qui, l'esigenza di insistere più sui valori che sui tecnicismi. Esigenza che fu colta appieno da Betti: v. la successiva nota 37.



punto di vista tecnico – appunto, quale elemento essenziale del negozio –; piuttosto, esso va considerato quale veicolo di raccordo tra i valori espressi dall’ordinamento ed i valori espressi dai privati che agiscono negozialmente³⁷.

Stolfi esordisce ricordando con solennità che, «se è vero che la realtà è diversità, non è men vero che il pensiero è unità. Pensare è lo stesso che ricollegare le varie norme ad alcuni principi o, meglio ancora, ad un principio solo che di quelle sia la giustificazione razionale. Perciò chi non voglia immiserirsi nella banale esegesi dei testi, deve ricercare l’intimo nesso per determinare attraverso il loro apparente disordine il cardine su cui tutti di impernano [...]»³⁸; tale principio «[è] quello che da secoli costituisce il segno di distinzione del diritto civile: il rispetto scrupoloso dell’autonomia della volontà individuale, intesa nel più ampio significato»³⁹. In particolare, «perché gli uomini possono [sic] vivere l’uno accanto all’altro, e quindi stringere i legami familiari che danno senso alla vita o scambiare i beni ed i servizi che permettono di viverla, senza sentirsi mai impacciati dalla coesistenza altrui, occorre che ognuno di loro possa agire come più gli sembri conveniente, quali ne siano lo stimolo o l’occasione [...]. Nell’esplicare la propria attività se e come voglia, subendo i danni e godendo i vantaggi della determinazione presa, si compendia la libertà dell’uomo il quale può ed anzi dev’essere arbitro di assumere gl’impegni che gli convengono e di acquistare i diritti che crede [...]»⁴⁰.

In questa prospettiva, Stolfi sottolinea che il negozio giuridico costituisce non «[...] una semplice nozione tecnica [...] ma [...] la conseguenza del principio politico dell’autonomia della volontà»⁴¹, precisando che «il diritto [inteso specificamente nel senso del codice civile francese, del codice civile italiano del 1865 e del nuovo codice italiano del 1942] [...] protegge la libertà dell’uomo, la quale si attua per volontà dell’individuo mediante il negozio giuridico: questo è, se non m’inganno, l’insegnamento di quel passato in cui ricerchiamo ed anzi ritroviamo le ragioni del presente che ci servano da guida per l’avvenire»⁴².

Chiarito così il nesso tra libertà e volontà⁴³, quale potere di autodeterminazione del singolo, Stolfi procede nell’analisi dei limiti volti a scongiurare gli inevitabili rischi

³⁷ D’altronde, lo stesso Betti ne era perfettamente consapevole: E. BETTI, *Il negozio*, cit., c. 137: «Lo spirito che anima la trattazione del negozio giuridico dataci da STOLFI, non può essere rettamente inteso senza esser messo in relazione con l’orientamento generale dell’autore, quale si desume da precedenti prese di posizione [...] e da una serie di apprezzamenti – spesso nella sostanza di carattere morale più che tecnico-giuridico contenuti in questo stesso libro».

³⁸ G. STOLFI, *Teoria*, cit., p. IX (corsivo nostro).

³⁹ Ivi. Rammentiamo che l’*Introduzione* (pp. VII-XXVIII) è significativamente intitolata *Libertas est radix voluntatis*.

⁴⁰ Ivi.

⁴¹ *Ibid.*, p. XII.

⁴² Ivi.

⁴³ G. STOLFI, *Teoria*, cit., p. XIII: «[L]a libertà individuale è il presupposto di ogni azione umana, nel senso che permette al singolo di decidere se intenda o non dare vita ad un rapporto qualsiasi



di abuso: «Il diritto in genere – e il diritto civile in specie – non è non può essere una creazione fortuita o cervelotica del legislatore, perché serve a garantire secondo giustizia gli interessi e i diritti di tutti contro l'eventuale arbitrio di ciascuno, epperò deve avere “sostanza di necessità morale” [cit. di Giuseppe Capograssi] oltre al carattere imperativo: se gli uomini non possono non essere liberi di sé ed arbitri del loro allorquando prescelgono di vincolarsi, il legislatore deve provvedere a che la libertà dell'uno, attuandosi, non violi la identica libertà dell'altro. Perciò egli deve assolvere con dignità (e rispettando insieme la dignità del prossimo) all'arduo compito cui da secoli attendono legislatori e giuristi, di stabilire come vadano decise le controversie, dettando non una soluzione purchessia ma quella che più si adegui all'intenzione dei singoli e all'indole del rapporto secondo quelle supreme certezze morali cui occorre obbedire ove si desidera che il cittadino senta il dovere di osservare la legge (s'intende: statutale) e non sia costretto a rifarsi invece ad un ordinamento diverso [...]»⁴⁴.

Il che significa che «[...] l'uomo è arbitro di stabilire come intenda obbligarsi e cioè di limitare o ampliare a suo parere il vincolo cui vuole dare origine, purché rispetti l'ordine pubblico e il buon costume [...]»⁴⁵. Intenzione, volutamente e significativamente, retorica assume, allora, la seguente domanda: «Ma se le parti determinano *ex voluntate* la nascita e insieme gli effetti del negozio, si potrebbe mai dire superflua la funzione dell'ordinamento giuridico ed in particolare di quello statutale?»⁴⁶.

La risposta non può stupire: «Evidentemente no: sostenere invero alcunché di simile ed affermare l'assurda tesi che i singoli pongano in essere norme di diritto obbiettivo sarebbe lo stesso. Or tutti sanno che gl'interessati possono con la loro manifestazione di volontà disporre unicamente dei loro diritti subbiettivi, e nella realtà solo di questi dispongono [...]. In realtà la funzione in parola è duplice: – all'ordinamento, qualunque esso sia, bisogna sempre riferirsi per accertare se gli atti siano o non validi e in quali limiti lo siano; – all'ordinamento statutale si deve ricorrere in caso di inadempienza per imporre coattivamente il rispetto del vincolo sorto. La norma quindi costituisce il criterio di giudizio dell'azione e fornisce poi il mezzo di coazione. [...] Riconoscere a tutti gli uomini il diritto di legare *ex voluntate* sé agli altri e, se del caso, altri a sé, fa sorgere l'eventualità che tra loro si disputi sulla esistenza e sull'ambito dei reciproci diritti. Tali controversie non si possono dirimere senza rifarsi ad una volontà superiore a quella degl'interessati. A tal fine si fa capo all'ordinamento:

obbedendo alle esigenze di cui egli solo è giudice, e nello stesso tempo costituisce il limite all'azione perché il singolo impegna e può impegnare unicamente se stesso e in conseguenza il suo patrimonio soltanto. Decidere quindi se rimanere liberi da vincoli o se invece porli in essere, è la prima ed essenziale caratteristica dell'autonomia della volontà» (corsivo dell'a.).

⁴⁴ *Ibid.*, pp. XII-XIII.

⁴⁵ *Ibid.*, p. XIV.

⁴⁶ *Ibid.*, p. XVII.



– dato il rapporto che la formazione di un atto qualsiasi fa nascere tra la volontà e la norma, intesa la prima come la causa e la seconda come il riconoscimento dell'effetto voluto, il termine di confronto necessario tra quello che è stato e quello che sarebbe dovuto essere è costituito dall'ordinamento»⁴⁷.

In Italia, la libertà del volere ha subito l'attacco da parte dell' «[...] intervento dello stato nell'economia, da cui taluno potrebbe sentirsi indotto a parlare di tramonto o almeno di crepuscolo dell'autonomia della volontà [...]. Se l'uomo può essere dalla pubblica autorità costretto a concludere o non degli atti giuridici, o a compierli alle condizioni da essa determinate o direttamente o indirettamente, come si fa a ripetere che l'atto sorge *ex voluntate*?»⁴⁸.

Il pericolo, per la libertà individuale, è simboleggiato dal fenomeno della c.d. economia controllata⁴⁹: «Il male è che i compilatori del nuovo codice [1942] stimarono purtroppo di doverla finanche legalizzare [...], come se il diritto civile non dovesse costituire la garanzia della libera determinazione dei singoli ma dovesse fornire, a chi si sia impadronito dello stato e occupi i c.d. posti di comando, il mezzo per angariare l'individuo in nome di quel bene pubblico che si invoca specialmente quando a colpi di decreti si vulnerano i diritti e il patrimonio dei Cittadini. Perciò si sono volutamente inserite nel codice civile alcune regole dirette ad affermare “la perenne ed immanente soggezione della volontà individuale al comando della legge”

⁴⁷ *Ibid.*, pp. XVII-XVIII. E v. anche pp. 5-6: «La manifestazione [di volontà] *mira* a produrre un dato effetto. Ciò vuol dire che la volontà dev'essere intenzionalmente diretta a produrre l'effetto perseguito dal dichiarante [...]. L'effetto dev'essere *giuridico*. L'intenzione dei singoli dev'essere infine diretta a dare vita non ad un rapporto purchessia ma ad un rapporto giuridico, tale cioè che sia tutelato dal diritto: nella specie, dal diritto statutale. [...] Parlo dunque di effetto giuridico, in antitesi ad effetto pratico o empirico, per indicare che il primo dev'essere protetto dalla norma e il secondo prescinde dalla norma [...]» (corsivo dell'a.); e, ivi, la nota 1: «[...] Nessun negozio si potrebbe [...] compiere se si richiedesse la previsione di tutte le ipotesi possibili e la conoscenza della soluzione di tutte le future controversie, perché nemmeno un giurista provetto può immaginare le prime e formulare con sicurezza le seconde, poche essendo le questioni che si risolvono allo stesso modo. L'interessante non è che i singoli sappiano o vogliano tutte le conseguenze dell'atto. L'importante è che essi abbiano “voluto”, e cioè che fra il rimanere liberi e l'obbligarsi abbiano optato per questa seconda eventualità; non possono accampare illusioni od errori circa l'ambito del vincolo per sottrarsi alle conseguenze proprie dell'aver voluto, le quali, sono, se del caso, determinate dalla legge, dagli usi e dall'equità». E poiché all'ordinamento spetta di riconoscere gli effetti della manifestazione di volontà delle parti (giudizio di compatibilità connesso con la questione della rilevanza giuridica), Stolfi, più avanti, precisa «[...] che le persone o fisiche o giuridiche sono libere di compiere tutto ciò che dalla legge non sia vietato direttamente o indirettamente. Dire questo è però lo stesso che riconoscere la impossibilità di accingersi finanche al tentativo di delineare una teoria generale del contenuto (permesso) del negozio giuridico: del resto, siccome il diritto privato mira a tracciare i limiti entro cui deve esplicarsi la libera attività degli uomini, non tanto interessa descrivere ciò che si può fare quanto è necessario stabilire ciò che è vietato» (p. 205).

⁴⁸ *Ibid.*, p. XIX.

⁴⁹ *Ibid.*, p. XXI. E si tratta di un fenomeno, come nota lo stesso Stolfi (p. XIX) non certo destinato ad esaurirsi con la fine del fascismo.



[Rel. min., n. 627]. In poche e franche parole, di proposito si è tolta all'uomo anche nel campo del diritto privato ogni difesa contro l'oppressione (ed in modo speciale contro lo Stato, che sembra voglia diventare l'oppressore per definizione) [...]»⁵⁰.

Detto questo, Stolfi cerca di rispondere ad una seconda domanda: se gli interventi legislativi volti a potenziare il ruolo dello Stato regolatore abbiano avuto successo, nel senso che siano stati condivisi dalla collettività; e la risposta è negativa: «Tanto è stato assiduo il legislatore nel moltiplicare le disposizioni più strane, quanto sono stati imperterriti i cittadini nel violarle o più sovente nel negligerle [...]»⁵¹. Questo contrasto insanabile tra diritto positivo e senso comune di giustizia ha prodotto «[...] quella crisi della legge, che molti lamentano come uno dei prodotti più allarmanti della nostra epoca, ma che a me sembra invece la testimonianza più solenne dell'esigenza imperiosa che stiamo sentendo da tempo, di rispettare e che sia rispettato il diritto, e cioè la giusta regola di condotta: – regola, in quanto serva da criterio di giudizio di ogni azione umana; – giusta, in quanto dalla coscienza dell'uomo e nella volontà generale dei Cittadini attinga il suo potere vincolante e non nel solo arbitrio del legislatore il quale stimi sufficiente emanare una sua legge per costringere i singoli a fare qualche cosa o ad astenersene, secondo un vecchio costume autoritario, su cui usano ironizzare i posteri»⁵².

7. La replica di Betti è rispettosa, ma conferma l'incompatibilità, prima di tutto, culturale e politica, delle due impostazioni. Che sia corretta la nostra affermazione, fatta in premessa, per cui la questione del dogma della volontà non ha avuto, nella polemica, portata centrale, risulta pianamente dalle seguenti parole dello stesso Betti: «Il libro di Stolfi espone una teoria del negozio giuridico che, essendo imperniata sul principio della volontà offre dell'istituto una prospettiva interamente dominata dal dogma volontaristico. Il che non significa che sia errata, ma soltanto che è unilaterale, e di una unilateralità alla quale bisogna riconoscere il pregio della coerenza [...]»⁵³. Ma Betti, ampliando la prospettiva dell'analisi, critica Stolfi per essersi quest'ultimo «[...] mostra[to] disposto a bruciare incensi [ad una nuova deità (che poi è un vecchissimo idolo)]: l'Individuo con la I maiuscola. Orbene, a noi pare che un culto simile, quando sia preso sul serio, meni dritto dritto all'anarchia nel campo del diritto privato; e questo non ci sembra un risultato augurabile. Noi spiriti liberi possiamo bensì riconoscere che la tendenza anarchica afferma un'esigenza di giustizia che perennemente si rinnova di contro alle risorgenti svariate organizzazioni conservatrici del privilegio [...]. Ma non possiamo francamente ravvisare nella sovranità dell'individuo l'ideale positivo di un ordine nuovo del diritto privato, né tanto meno

⁵⁰ *Ibid.*, p. XXI.

⁵¹ *Ibid.*, p. XXV.

⁵² *Ibid.*, pp. XXV-XXVI.

⁵³ E. BETTI, *Il negozio*, cit., c. 137.



un canone plausibile d'interpretazione di un codice civile destinato a una società moderna»⁵⁴.

Inoltre, Betti rileva che, «[...] se si va a vedere in che cosa consista la “libertà individuale” secondo STOLFI, quando egli vi ravvisa il “presupposto di ogni azione umana”, si trova che vi equivoca fra la *iniziativa*, che è indubbiamente di competenza del singolo, e la *determinazione degli effetti giuridici*, per la quale invece deve valere tutt'altro discorso [...]: quasi che non fosse lo stesso ordine giuridico ad attribuire ai privati, salva l'osservanza di certi oneri e limiti, la competenza normativa per la posizione di quelli che, a differenza delle norme giuridiche, sono semplici comandi complementari [...], e quasi che esso si disinteressasse della disciplina delle situazioni giuridiche conseguenti»⁵⁵.

Di più, Betti sottolinea che Stolfi «[...] parla, sì, di “limiti posti all'autonomia privata” (p. 205) e si corregge precisando che “le persone sono libere di compiere tutto ciò che dalla legge non sia vietato direttamente o indirettamente” (ivi) [v. *supra*, il brano citato in nota 47, *in fine*]; ma lo fa senza convinzione e senza elaborare una teoria di quei limiti [...]. Egli sembra bensì fare gran caso della formola per cui il contratto ha “forza di legge fra le parti” (p. 203) tanto da giungersi a domandarsi se non si possa “dire superflua la funzione dell'ordinamento giuridico”, dal momento che “le parti determinano *ex voluntate* la nascita e insieme gli effetti del negozio” (p. XVII); ma è ben lontano dal riflettere che ogni “legge” presuppone una corrispondente competenza normativa, e non pensa a proporsi la questione della competenza conferita all'autonomia privata: competenza, che ha un valore positivo e limiti ben definiti, e il cui problema non si esaurisce certamente con un rinvio al principio della “libertà individuale”»⁵⁶.

⁵⁴ *Ibid.*, c. 144. Betti, più avanti, dichiara di «[...] respingere siccome anacronistico ogni tentativo d'instaurare un nuovo culto dell'individuo o nuove forme di atomismo sociale [...]» (ivi).

⁵⁵ *Ibid.*, cc. 138-139 (corsivo dell'a.). Betti, inoltre – sottolineando come Stolfi stesso riconosca che le conseguenze giuridiche della manifestazione di volontà delle parti sono determinate dall'ordinamento (in questo senso, Stolfi, come visto, richiama espressamente la funzione integrativa dell'art. 1374), cui queste ultime non possono arbitrariamente sottrarsi –, ha buon gioco nell'avanzare la seguente obiezione: «[I]l riconnettersi di una responsabilità allo spiegamento dell'iniziativa da parte del singolo non può costituire il contenuto della stessa sua volontà, ma soltanto una conseguenza soggetta all'apprezzamento dell'ordine giuridico secondo le vedute generali di questo». E, poco oltre, Betti aggiunge: «Che in realtà l'autonomia privata non si esaurisca in un fatto psicologico individuale come la volontà, ma attenga alla vita di relazione e configuri un fenomeno sociale, del quale la volontà è, sì, un momento importante, ma non più che un momento, basterà qui rilevare una volta per tutte a fine di misurare l'unilateralità di questa teoria».

⁵⁶ *Ibid.*, cc. 142-143. Occorre precisare che l'interrogativo posto da Stolfi (v. *supra*, testo e nota 46) ha un carattere manifestamente retorico; quindi, la critica di Betti, qui, pare debole; inoltre, va anche rilevato come l'affermazione di Stolfi, citata letteralmente da Betti, per cui «le parti determinano *ex voluntate* la nascita e insieme gli effetti del negozio», si inserisce e va intesa nell'ambito di quell'interrogativo retorico: Stolfi, come detto (v. *supra*, testo e nota 5), separa nettamente la volontà dei privati, la quale può solo aspirare a conseguire un determinato risultato negoziale, dagli effetti giuridici



Al fondo della critica (tutta politico-ideologica, e lo diciamo senza attribuire alcun significato negativo all'espressione) bettiana riguardo il potere autonormativo dei privati, lo si coglie agevolmente, riposa una prospettiva di funzionalizzazione dell'autonomia privata⁵⁷, volta a limitare la sfera di azione dei privati, nel perseguimento di valori solidaristi: «Invero, se vi è un dato sicuro nella più recente evoluzione di questa società non solo in Italia ma in tutta l'Europa continentale, esso è il crescente affermarsi delle esigenze della solidarietà sociale attraverso molteplici vincoli, che portano a circoscrivere la libertà individuale. E anche fuori d'Europa società nazionali che, per le loro tendenze individualistiche e la loro ricchezza di risorse economiche, sembravano le più refrattarie a siffatti vincoli, hanno mostrato in tempi più recenti di avvertire l'impero di quelle esigenze»⁵⁸.

E così Betti conclude: «Che certi esperimenti di controllo sociale, da noi e altrove, non siano felicemente riusciti e abbiano dato luogo ad arbitrii, non significa

che da quella manifestazione di volontà conseguiranno effettivamente, in forza di quanto previsto dall'ordinamento. Qui Betti sembra tradire quel «[...] canone d'interpretazione psicologica [...] che non dovrebbe essere dimenticato neppure da noi giuristi nell'intendere e nel valutare i contributi che altri danno all'opera comune [...]». [N]on solo è incivile e fonte di vana polemica staccare frasi dal loro contesto e privarle così della loro *vis* argomentativa, ma è anche fonte di malintesi e incentivo di lotta contro mulini a vento il disintegrare l'altrui argomentazione e il perdere di vista la totalità e l'unità organica dell'altrui pensiero» (E. BETTI, *Il negozio*, cit., c. 137).

⁵⁷ Come cercheremo di argomentare più compiutamente nel prosieguo, Betti, sottolineando la rilevanza del principio solidaristico, compie una chiara scelta politica in difesa di certi valori, contro altri (principio individualistico), avendo chiaro che dietro lo scontro tecnico si cela uno scontro politico, ed avendo altresì chiara la fisiologica mutevolezza dei valori.

⁵⁸ E. BETTI, *Il negozio*, cit., c. 144. Il riferimento è, ovviamente, agli Stati Uniti d'America. D'altronde, per restare al mondo anglosassone, conviene ricordare che John M. Keynes, già nel 1926, pubblicò la Sydney Ball Lecture, tenuta ad Oxford il 6 novembre 1924, dal titolo *The End of Laissez-faire*: «La conclusione di Keynes è che il problema della sfera propria dell'individuo e dell'azione dello Stato non può essere risolto su base astratta. Ogni epoca, sembra suggerire, deve saper distinguere da sé fra ciò che lo Stato deve fare e ciò che deve essere affidato all'individuo; o, nella terminologia di Bentham, tra *agenda* e *non-agenda* da parte del governo. [...] Keynes passa quindi a definire quello che appare come il criterio di pubblica utilità che deve guidare l'intervento dello Stato. "Dobbiamo puntare – scriveva – a separare quei servizi che sono tecnicamente sociali da quelli che sono tecnicamente individuali". I temi più importanti relativi agli *agenda* riguardano "non quelle attività che gli individui privati già svolgono, ma quelle funzioni che si collocano al di fuori della sfera dell'individuo, quelle decisioni che nessuno prende se non vengono prese dallo Stato". La cura contro i mali derivanti da "rischio, incertezza e ignoranza" esige "il controllo deliberato della moneta e del credito da parte di un'istituzione centrale e (...) la raccolta e la diffusione dei (...) fatti che attengono all'economia"» (R. SKIDELSKY, *John Maynard Keynes, II. L'economista come salvatore. 1920-1937* [trad. it.], Torino, 1996, pp. 297-298); ancora, nel 1942, Sir William Beveridge redigeva il famoso *Report on Social Insurance and Allied Services*: «Building on three basic assumptions, a National Health Service, universal family allowances and full employments [...], Beveridge proposed a system of national insurance for all citizens against retirement, unemployment and disability, centrally administered, and financed by equal contributions for employers, employees and the state, with equal benefits set at a physical subsistence level» (R. SKIDELSKY, *John Maynard Keynes, III. Fighting for Freedom. 1937-1946*, New York, 2002, p. 267).



che non sussistano i problemi ch'essi tendevano a risolvere, né ci autorizza a ritornare pari pari alle concezioni individualistiche di un secolo fa (concezioni, la cui genesi è antecedente all'esperienza delle enormi ripercussioni sociali della c.d. rivoluzione industriale): significa, se mai, che bisogna battere strade diverse e ponderare mezzi più idonei, senza dimenticare in ogni caso che quella della solidarietà sociale è un'esigenza che non s'identifica con l'ingerenza dello stato nell'economia e non si soddisfa solo con essa»⁵⁹.

8. La contro-replica di Stolfi non si fa attendere: essa si propone di dimostrare che, sul piano tecnico-giuridico, anche il legislatore del 1942, «[...] ha reso manifesto di non avere alcuna intenzione di abbandonare il dogma della volontà [...]»⁶⁰; e tale assunto è corroborato dal richiamo, tra gli altri, dell'art. 1362, comma 1, cod. civ.: «Al di là del suono delle parole, si deve ricercare l'intento delle parti per accertare il significato soggettivo che il dichiarante dava alla sua manifestazione»⁶¹, e dell'art. 1418, comma 2: «Ogni negozio giuridico suppone dunque la coincidenza tra la manifestazione e la volontà: in caso di divergenza, l'atto è invalido perché non è stato voluto. Dato l'art. 1418, al. 2, non possiamo far credito alle parole o ai gesti del

⁵⁹ E. BETTI, *Il negozio*, cit., c. 144.

⁶⁰ G. STOLFI, *Il negozio*, cit., p. 389. Egli rileva, peraltro, come «[...] durante la riforma del codice civile si pretese di annodare al mutato orientamento politico del Paese anche la scelta della soluzione da prescrivere circa il divario tra volontà e dichiarazione [cfr. Rel. min., n. 624]. Si premise che la concezione individualistica del liberalismo faceva considerare il negozio giuridico come una manifestazione di volontà, il cui nocciolo si ravvisava nell'effettivo proposito e la cui efficacia si commisurava alla stregua dell'intento, sicché per interpretare l'atto bastava accertare l'intenzione delle parti. Ripudiati i principii individualistici, si disse che – senza disconoscere l'elemento soggettivo dei contratti! – il nuovo codice doveva dare la prevalenza alla certezza dell'affidamento ed all'esigenza di stabilità dei rapporti. E quindi, per interpretare l'atto, alle proposte o alle dichiarazioni di ciascuna parte occorre attribuire non il significato soggettivo in cui le intendevano essa o la controparte, ma il significato oggettivo in cui l'accettante poteva o doveva ragionevolmente intenderle secondo il criterio della buona fede e della correttezza logica imposta dal principio di solidarietà, significato che è il solo normalmente riconoscibile e su cui la controparte doveva fare sicuro affidamento. Perciò l'art. 230 del progetto ministeriale del libro delle obbligazioni, dopo avere riprodotto il vecchio art. 1131 che ordinava di indagare la comune intenzione delle parti, aggiunge esplicitamente che, per determinare quest'ultima, occorre dare “alla dichiarazione di ciascuno dei contraenti *il significato che l'altro poteva in buona fede attribuirle*”. Se questo inciso fosse stato mantenuto, la dottrina dominante potrebbe invocare un argomento testuale rilevante, perché l'interprete dovrebbe accertare non quello che uno abbia voluto ma quello che l'altro poteva o doveva in buona fede intendere. Senonché, nel compilare il testo definitivo, venne eliminata proprio l'aggiunta surriferita [...]. Difatti l'art. 1362 al. 1 dispone: “nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune *intenzione* delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole”. In tal maniera riproduce incisivamente la regola che l'art. 1131 aveva desunto dal notissimo fr. 219, Dig. de verb. sign., 50, 16: “*in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuerit*” e dalla quale si argomentava di solito che il codice abrogato aveva accolto la teoria tradizionale della volontà» (pp. 389-390; corsivo dell'a.). La medesima linea argomentativa è ripresa anche in ID., *Negozio*, cit., p. 842.

⁶¹ G. STOLFI, *Il negozio*, cit., p. 389.



dichiarante per imporgli di eseguire il negozio invalido, nemmeno allegando a pretesto la esigenza di tutelare la c.d. aspettativa del destinatario, perché nessuno può argomentare dalla sua buona fede per sostenere di avere acquistato quel diritto che la controparte non intendeva concedergli. So bene che una simile tesi può arrecare talvolta un danno magari notevole al destinatario della dichiarazione. Però tale rilievo non costituisce un motivo sufficiente per accollare al dichiarante l'obbligo che egli non ha mai voluto assumere, nemmeno se gli possa venire imputata una qualche colpa, perché questa può dare veramente origine alla pretesa del ristoro dei danni ma non vale mai a sostituire il consenso mancato»⁶².

Ma, nella prospettiva di queste pagine, particolare rilevanza assume quanto affermato da Stolfi in chiusura: «Nel riassumere in queste brevi proposizioni l'idea fondamentale del mio libro, posso affermare di avere dimostrato la sua esattezza in base al solo codice del 1942: non mi sono fatto impressionare dalle necessità vere o supposte dei traffici, né dalle esigenze più o meno plausibili della dommatica, e soprattutto non ho ceduto alla lusinga di dare alle norme di legge il significato più consono alle mie idee politiche, perché ho cercato scrupolosamente di farle rimanere estranee al dibattito. Se vi sia riuscito, è cosa di cui non posso proprio io essere giudice. Qualora il mio tentativo fosse però fallito, vorrei far notare che il problema in argomento è così legato alla vita, da rendere impossibile di dargli una soluzione diversa da quella che la propria concezione della vita impone ad ognuno di suggerire: or, siccome per me il diritto in genere e il diritto in specie hanno senso in quanto mirino a proteggere l'individuo, non so immaginare che si possa scrivere del negozio giuridico senza ritenerlo la più alta espressione dell'autonomia della volontà umana e senza trascurarne tutte le deduzioni logiche. Merito sol per questo la taccia di reazionario? Direi di no. Il significato di quella parola non dà luogo a dispute, purché non ci si lasci fuorviare dalla passione ma si stia rigorosamente ai fatti, bastando al notissimo criterio discretivo: la forza. Dove si drizzano le forche nel mondo moderno? Escluso che si ricorra ad esse nei paesi in cui più salda è la considerazione dell'Individuo, è lecito concludere che, insistendo nelle mie idee, io seguo l'esempio dei rivoluzionari di tutti i tempi e cioè di quanti si sono battuti per sottrarre il Cittadino da ogni forma di oppressione»⁶³.

9. A commento delle posizioni dei due illustri studiosi qui sopra ripercorse, osserviamo che, a ben vedere, esse, almeno sul piano tecnico, non sono così lontane come potrebbe parere a prima vista. Cioè, l'uno e l'altro non sostengono affatto due concezioni opposte di negozio giuridico. In questo senso, è bene chiarirlo, né Betti

⁶² *Ibid.*, p. 390.

⁶³ *Ibid.*, pp. 399-400.



postula l'irrelevanza pregiudiziale dell'autonomia privata, né Stolfi crede in un potere autonormativo, per virtù propria, dell'autonomia privata medesima⁶⁴.

La vera distanza, tra Betti e Stolfi, sta nei principi cui l'uno e l'altro si richiamano⁶⁵: il solidarismo (Betti) e l'individualismo (Stolfi)⁶⁶. Perché entrambi sono persuasi, né si vede come potrebbero non esserlo, che, comunque sia definita la manifestazione di volontà, essa è certamente necessaria, ma non è sufficiente, di per sé, a produrre effetti giuridicamente rilevanti; e ciò, per la ragione fin qui più volte emersa: di fronte alla pretesa dell'individuo a realizzare un determinato risultato economico-negoziale, si para l'ordinamento, che esprime valori filosofico-politici, i quali sono tradotti, con linguaggio tecnico, in principi ed in regole⁶⁷, cioè in prescrizioni che hanno la funzione di filtro delle pretese di cui sono titolari – di fatto, almeno – gli *n* individui che agiscono negozialmente nella società: è allora chiaro che la tutela delle pretese non si pone mai come mero problema teorico-conoscitivo su quali siano gli atti negoziali che l'ordinamento ritiene meritevoli, ma, al contrario, come problema di tutela giudiziale di una pretesa quando essa sia contrastata.

Se è così, ridurre la polemica ad una disputa tecnica sul ruolo della volontà nel negozio giuridico, ci pare sterile; ed anzi, il rischio è esattamente quello di invischiarsi in una contrapposizione tra soggettivisti ed oggettivisti, non solo ormai datata, oggi, ma che, forse, anche ieri, così caratterizzata, non rispecchiava fedelmente le ragioni del contrasto⁶⁸. E proprio Stolfi, se, nell'Introduzione alla sua *Teoria del negozio giuridico*,

⁶⁴ Entrambi, quindi, sono lontani dal pensare «[...] che il contratto si dovesse vedere soltanto come modo di esercizio del potere sovrano del contraente sulla sua sfera giuridica, che quel potere si potesse esercitare solo mediante la volontà, che nessun soggetto potesse né aumentare né ridurre la rilevanza di questa volontà perché la regola che presiede alla sua virtù creatrice è superiore all'individuo»: R. SACCO, *Le regole d'insieme*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., I, p. 622.

⁶⁵ Cfr. N. IRTI, *Il negozio*, cit., p. 51: «Il bersaglio della graffiante polemica del Betti non è già il *prestatalismo* o *antistatalismo* dello Stolfi, ma l'*individualismo*, che, lasciando insoddisfatta e delusa l'esigenza di riconoscibilità sociale, si mostra incompatibile con l'oggettività delle forme rappresentative [...]» (corsivo dell'a.).

⁶⁶ Per una recente discussione dei modelli individualista e solidarista, v. in particolare A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 263 e ss.

⁶⁷ Opportuno è il *cave* di A. GENTILI, *L'ordinamento delle pretese giudizialmente perseguibili*, in *Rivista di diritto civile*, 1998, I, p. 657 e ss., a p. 682: «I principi [...], non incongruamente al nome che li designa, sono punti di partenza ma non esiti del ragionamento giuridico; fattori ma non criteri della soluzione giuridica».

⁶⁸ Richiamiamo nuovamente, qui, i rilievi di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 34, nota 54. Peraltro, noi condividiamo i rilievi di Ferri circa la semplificazione e la banalizzazione che il dogma della volontà ha subito da parte, *anche ma non solo*, dei suoi critici; e tuttavia, a nostro avviso, e almeno in Betti, l'attacco portato a tale dogma è un attacco genuinamente ideologico, e quindi trasparente, alla forma giuridica di un contenuto politico: il principio della libera autodeterminazione individuale, che Betti considera pericoloso, identificando egli la difesa dell'individualismo con la difesa dell'atomismo sociale anticooperativo. Ed allora, anche le critiche di carattere psicologico (E. BETTI, *Negozio*, cit., p. 210, parla espressamente di necessità di de-psicologizzare l'atto di autonomia privata) alla definizione di



fin dal titolo (*Libertas est radix voluntatis*), aveva espresso con chiarezza, nonostante alcune debolezze argomentative che cercheremo di individuare poco più oltre, il valore politico rispetto cui la sua definizione tecnica di negozio giuridico funzionava – se così possiamo dire – da apparato tecnico servente, nella controreplica, insiste, invece, con particolare vigore, sul concetto tecnico di manifestazione di volontà, prestando così agevolmente il fianco alla critica bettiana di fondare la propria costruzione sistematica su di una finzione giuridica⁶⁹.

Un conto, infatti, è affermare che a base del contratto sta la volontà delle parti di regolare in certo modo un determinato rapporto patrimoniale, in vista di un certo risultato economico; un altro conto, invece, è sostenere che il contratto è il luogo, quasi materiale, di incontro delle volontà delle parti, per concludere che ogni effetto giuridico del contratto discende da tale volontà comune, con la connessa difficoltà di coordinare volontà comune e volontà individuali. E con il rischio, molto concreto, di precipitare in un soggettivismo esasperato, fonte di massima incertezza giuridica: situazione svantaggiosa, in primo luogo, per le stesse parti.

Ci figuriamo una possibile obiezione: Stolfi non cade in questa trappola concettuale; tanto è vero che egli fa espresso riferimento all'art. 1374 cod. civ. it. ed alla sua funzione integrativa della volontà negoziale. Ciò è senz'altro vero – e lo abbiamo già ricordato –; ma, nell'ottica di Stolfi⁷⁰, sembra proprio che l'integrazione del contratto possa, e debba, operare solo quando, in esso, sia presente una lacuna: «Se così non fosse, si giungerebbe all'assurdo che il silenzio degli interessati venga colmato dal giudice e cioè da una persona a cui spetta di interpretare l'atto così com'è, e non di completarlo a suo talento e a danno altrui»⁷¹.

Affermazione – a noi pare –, da un lato, piuttosto ingenua, e, dall'altro, assai debole.

Piuttosto ingenua, perché è ovvio che il problema centrale è proprio quello di sapere se vi sia, o no, una lacuna contrattuale: e tale giudizio avrà un esito differente a seconda di come vengano impiegate le tecniche interpretative, laddove Stolfi sembra invece escludere ogni questione riconducibile, in senso ampio, al tema della «discrezionalità giudiziale»; affermare che il problema interpretativo è risolvibile

negozio giuridico, come volontà pura del soggetto, la quale si traduce empiricamente in atto creativo di norme giuridiche, individualmente e socialmente rilevanti, vanno lette per quel che intendono esprimere: una avversione a determinati valori politici ed una adesione ad altri; avversione ed adesione, che, in chiave giuridica, vengono sintetizzate con una formula certo inadeguata, sul piano filosofico-psicologico, ma che bene esprime l'esigenza, prettamente politica, di affermare l'autodeterminazione negoziale del soggetto. (Parliamo di inadeguatezza filosofico-psicologica, perché non ci pare sostenibile che i giuristi, i quali si sono richiamati al dogma della volontà, abbiano inteso seriamente postulare sia una libertà assoluta del volere, sia un potere normativo altrettanto assoluto dell'individuo in quanto tale).

⁶⁹ Il termine «finzione» è quello utilizzato da E. BETTI, *Negozio*, cit., p. 214.

⁷⁰ G. STOLFI, *Teoria*, cit., p. 223.

⁷¹ *Ibid.*, p. 224.



andando, appunto e semplicemente, alla ricerca della comune intenzione delle parti è una semplificazione (almeno oggi) inaccettabile, sia sotto il profilo logico, perché, in questo modo, si azzera un problema interpretativo autentico, sia sotto quello empirico, o, se si preferisce, operativo, perché lo studio analitico della giurisprudenza ha mostrato le potenzialità proprie dei criteri di interpretazione e di integrazione contrattuale⁷².

Assai debole, poi, perché – proprio a tutela del regolamento privato, e quindi della libertà contrattuale – sarebbe stato auspicabile che Stolfi non si fosse limitato ad opporre un argomento formalistico (il dogma della volontà), ma che avesse palesato le ragioni ideologiche – e quindi: di teoria filosofico-politica e di politica del diritto – in forza delle quali argomentare, ad esempio, contro il potere del giudice di sindacare l'equilibrio contrattuale (Stolfi, invece, paventa⁷³ che il ruolo che buona fede ed equità possono giocare nell'esecuzione e nell'integrazione del contratto in prospettiva soggettivistica: quale attentato alla reale, ed intima, volontà negoziale delle parti).

È poi ovvio che esprimere una concezione filosofico-politica a tutela della libertà individuale non avrebbe certamente significato fare attività di propaganda politica, o peggio, partitica. Ma proprio Stolfi (v. *supra*, nota 60) sembra credere nella necessità di una «teoria pura del diritto civile», non contaminata cioè da considerazioni extra-giuridiche, anche se, poi, egli afferma, con una certa solennità, che il diritto ha senso in quanto strumento di tutela dell'individuo. Il punto, purtroppo – soggiungiamo noi –, dato che la questione è della massima importanza, non è sviluppato: come cercheremo di argomentare, Stolfi ha lasciato in ombra il problema culturale del diritto, come se esso non fosse altro che tecnica giuridica.

10. Quanto all'ordinamento giuridico, cioè al diritto positivo, lo stesso Stolfi ne sottolinea l'essenzialità, quale muro di confine tra il lecito e l'illecito, tra il permesso ed il vietato⁷⁴.

⁷² Sul punto, sono fondati i rilievi critici di R. DE RUGGIERO, *I dogmi del diritto privato e la loro revisione*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1927, p. 133 e ss., spec. pp. 138-141, ove una lucida individuazione dei rischi cui può condurre un esasperato soggettivismo ermeneutico: «Di mano in mano che si accentuano gli elementi soggettivi e s'impone al giudice la ricerca degli interni moventi e dei vari atteggiamenti dello spirito, e sugli elementi oggettivi acquista preponderanza quello spirituale ed interno, si produce necessariamente un graduale allargamento nei poteri del giudice, che viene chiamato a rifare nel caso concreto tutto il processo psicologico dell'agente, a ricostruirne gli stadi successivi, ad immedesimarsi in lui per riprodursi le singole rappresentazioni che precedettero, accompagnarono e determinarono l'atto giuridico. L'opera del giudice si rende così più delicata e ardua, l'ambito della discrezionale valutazione del rapporto e delle sue conseguenze patrimoniali si fa sempre più esteso» (p. 140).

⁷³ G. STOLFI, *Teoria*, cit., p. 230.

⁷⁴ La prospettiva è genuinamente kelseniana: v. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (trad. it.), Torino, 1990, spec. pp. 55-56: «Poiché un comportamento umano o è vietato e non lo è, e poiché, se non è vietato, è da considerare permesso dall'ordinamento giuridico, qualsiasi comportamento degli



L'atto di autonomia deve, quindi, per poter produrre effetti giuridici, superare il vaglio dell'ordinamento, a garanzia dell'armonia sociale, fondata su determinati valori.

Certo, in Stolfi c'è una marcata insofferenza per l'ipertrofia legislativa, che inevitabilmente riduce i margini di azione dell'individuo, funzionalizzandone quindi la libertà, in vista di fini generali⁷⁵, ma, ci pare, rimane intatto l'ossequio al diritto statale, nonostante, qua e là, alcune aperture, da cui, però, non vengono tratte tutte le conseguenze⁷⁶, in vista, appunto, della tutela della libertà individuale⁷⁷.

Stolfi, a nostro avviso, non riesce dunque a sottrarsi ad una contraddizione vischiosa, ed anzi – impostata nei detti termini – insuperabile: da un lato, il dogma positivistico; dall'altro, il dogma volontaristico; ne discende una impossibilità di ridurre a sintesi positiva i due corni del dilemma; di più – noi crediamo –, l'esito è proprio il cedimento dell'individuo di fronte all'ordinamento statale, del quale è sì

uomini sottoposti ad un ordinamento giuridico può essere considerato come regolato, in senso positivo o negativo, da questo ordinamento giuridico».

⁷⁵ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 105, sottolinea come la funzionalizzazione del contratto a fini generali poggi su determinati valori ideologico-politici dell'ordinamento giuridico.

⁷⁶ Per vero, G. STOLFI, *Teoria*, cit., p. XXII, fa appello, in difesa della libertà individuale, ai «[...] diritti che il Cittadino ha sin dalla nascita, e che costituiscono il bene più prezioso per lui [...]. Posta [...] la premessa che il cittadino può esercitare soltanto i diritti che lo stato con disinvolta insolenza si degnerà di permettergli, se ne sono dedotte le conseguenze più allarmanti»; tuttavia, poche pagine dopo (p. XXV), a proposito della crisi della legge, egli afferma bensì la necessità di rispettare il diritto, cioè la giusta regola di condotta, più che la legge in senso formale (in ciò, è senz'altro vero, manifestando sentimenti ed idee classicamente liberali), ma poi contrappone all'arbitrio del legislatore la volontà generale dei cittadini. Ed allora è facile obiettare come quella volontà generale possa esprimere una preferenza, politica in senso ampio, per un diritto positivo assai distante da quel diritto naturale cui, più o meno implicitamente, Stolfi si richiama (per un espresso riferimento ai giusnaturalisti, v. *ibid.*, p. XI, delle cui dottrine, però, è valorizzato esclusivamente l'aspetto volontaristico).

⁷⁷ Si v., infatti, sulla questione, la posizione di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 45-46 (già sostenuta in ID., *Il negozio giuridico e le idee*, cit., spec. pp. 699-700), il quale, dopo aver sottolineato, nella prospettiva di Betti, il primato dell'ordinamento statale, e, in quella di Stolfi, il primato dell'individuo, «[...] nei cui confronti l'ordinamento statale è chiamato a svolgere la funzione, quasi *strumentale*, di garanzia» (p. 46; corsivo dell'a.), conclude che, «[t]radotte queste scelte ideologiche, nei termini più tecnici di negozio giuridico, la divaricazione di partenza sembra attenuarsi» (ivi), e tanto Betti quanto Stolfi finiscono «[...] per riconoscere all'ordinamento statale una sorta di primato, rispetto agli altri sistemi normativi che il vivere sociale spontaneamente esprime, finendo così per attribuirgli l'esclusività di un vero e proprio monopolio del *giuridico*» (ivi; corsivo dell'a.). Peraltro, Ferri aggiunge come Stolfi ragioni in una «[...] chiave più dichiaratamente soggettivistica, rispetto ad esempio al pensiero di Emilio Betti (chiave soggettivistica che ci sembra, però, quasi più liberista che liberale) [...]» (ivi). A nostro avviso, ed è un'osservazione che precedentemente abbiamo già avanzato, a proposito del monopolio del giuridico, di cui parla Ferri, qualunque sia la natura dell'ordinamento, si porrà sempre un problema di monopolio del giudizio finale circa la giuridicità/antigiuridicità delle condotte dei soggetti che in quell'ordinamento operano, e quindi delle pretese che su quelle condotte si fondano, perché ogni ordinamento è costruito su certi valori, in riferimento ai quali tale attività di giudizio di esercita.



auspicata una immutabilità (a garanzia della libertà del singolo), ma essa è poi fondata sulla volontà generale espressa, con procedimento democratico, dalla collettività. E, da tale procedimento democratico, può ben legittimamente derivare la perdita, o la compressione, o la funzionalizzazione sociale⁷⁸, dei diritti individuali, che Stolfi proclama fondamentali ed innati, ma che in concreto non possono sottrarsi, neppure essi, in quest'ottica, alla disciplina normativa di cui è fonte l'ordinamento, che, appunto, non è affatto statico⁷⁹, ma si trasforma seguendo il corso della volontà generale⁸⁰.

11. Sull'altro versante, la posizione di Betti ci pare consenta una maggiore agilità di manovra, sul piano politico e culturale. All'individualismo, egli contrappone il solidarismo, valore da perseguire, com'è ovvio, predisponendo (fase legislativa) e traducendo in atto (fase giudiziaria) un determinato contenuto normativo all'ordinamento; contenuto normativo, il quale, per un processo spontaneo, che con formula di comodo potremmo sintetizzare nel clima culturale dell'epoca, influenzerebbe, con diversa intensità, l'intero ceto dei giuristi, da cui un mutamento dei modelli di ragionamento, essendo mutata, insieme all'ordinamento, anche l'esigenza sociale esterna, cioè quella della collettività.

In questo senso, il raccordo tra autonomia individuale ed ordinamento – e, quindi, il problema del mutamento giuridico –, in Betti, acquista senso compiuto, perché egli ha chiarissima quella funzione ordinatrice che l'ordinamento, lo si è detto

⁷⁸ Con particolare riferimento alla funzionalizzazione del contratto, ancora G.B. FERRI, *La «culturale»*, cit., precisa: «[N]on appartiene alla “cultura” del contratto, la funzione di risolvere i problemi del benessere, individuale o collettivo che sia; il contratto può, invece, creare [...] nuovi beni, suscettibili di diventare oggetto di nuove forme di ricchezza» (p. 863; corsivo dell'a.). E, recentemente, con sintetica incisività, A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, I, p. 1 e ss., spec. p. 7, ove il riferimento «[a]ll'atteggiamento prevalente della nostra dottrina civilistica che in due riprese ha pensato di cancellare l'autonomia negoziale come un valore di riferimento pensabile in funzione dell'interesse generale. In suo luogo si è concepita, specie nel corso della seconda ondata di tale tendenza, collocabile grosso modo nel periodo compreso tra gli anni sessanta e novanta del secolo scorso, una sorta di funzionalizzazione del contratto a fini di politica economica decisa a livello politico, che incanalasse ogni atto di autonomia nei fini specifici assegnabili ad ogni tipo contrattuale».

⁷⁹ Non sembra tener conto di tale aspetto L. FERRI, *L'autonomia*, cit., pp. 6-7: «[L]'autonomia privata non [è] un potere cui corrisponda una funzione. Lo Stato non ha indicato dei fini, né proposto degli interessi cui questo potere debba servire; esso si è limitato a segnare [...] i confini esterni, cioè dei limiti negativi. [...] [L]'interesse superiore o pubblico rappresenta un limite all'autonomia privata, ma non nel senso [...] di direttiva o di fine o di scopo dell'autonomia stessa, bensì nel senso di confine dell'operare autonomo e cioè di limite negativo. Ove sono in giuoco interessi superiori non vi è campo per l'autonomia privata». Cosa – o chi – garantisce che tale limite negativo non muti, o non sia scavalcato?

⁸⁰ Una prospettiva analoga è in J. PERITCH, *La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, p. 5 e ss., a p. 9, ove l'affermazione che «[...] une volonté individuelle ne partageant pas [les notions d'ordre public et de bonnes mœurs, notions de la majorité] est, bien entendue, trop faible pour se faire respecter».



ormai più volte, qualsiasi natura abbia: statale o privata, esplica. Ed egli coglie davvero nel segno quando rimprovera a Stolfi una scarsa convinzione (culturale, s'intende), sul tema dei limiti all'autonomia privata⁸¹, tanto più che, come avvertito, per Stolfi, tali limiti esistono e possono venire ampliati proprio da quella volontà generale dei cittadini, la quale (di per sé?) dovrebbe invece garantirne la libertà individuale: il punto debole di questa argomentazione è che non è possibile, *di per sé*, garantire giuridicamente un determinato valore (nel caso, l'autonomia privata); ma rinunciare, allora, a fondare una teoria dei limiti della libertà individuale, si traduce agevolmente nella rinuncia a difendere quella medesima libertà, come Betti ha perfettamente compreso.

Dal canto suo, quest'ultimo non mostra alcuna propensione a teorizzare il dover essere della fissità dell'ordinamento, ed anzi, osiamo dire, non subisce il fascino sistematico del monopolio giuridico statale⁸².

⁸¹ E. BETTI, *Il negozio*, cit., c. 142.

⁸² Cfr. E. BETTI, *Teoria*, cit., p. 323, nota 5, per uno spunto di riflessione: «Un assurdo monopolio statale della interpretazione della legge e dei provvedimenti sostiene il KELSEN [...]». Betti prosegue rilevando che «[n]egli atti di autonomia privata [...] l'iniziativa individuale è libera di perseguire ogni interesse socialmente apprezzabile, di tal natura da richiedere e meritare la tutela giuridica secondo le vedute generali della coscienza sociale, quali si rispecchiano nell'ordinamento (cod. civ. 1322 cpv.). Certamente non è tutelato neppure qui il mero capriccio del singolo: giacché l'intento pratico delle parti, l'interesse oggettivamente riconoscibile da loro perseguito, deve anche qui potersi inquadrare e tipizzare – secondo l'esigenza del trattamento normativo – in funzioni economico-sociali degne di tutela [...]. Ma qui, almeno in diritto moderno, al posto della rigida tipicità legislativa imperniata sopra un numero chiuso di denominazioni [...] subentra [...] un'altra tipicità, che adempie pur sempre il compito di limitare e indirizzare l'autonomia privata, ma che, a paragone di quella, è assai più elastica nella configurazione dei tipi, e che si opera mediante rinvio alle valutazioni economiche o etiche della coscienza sociale storicamente determinata: onde si è proposto di chiamarla *tipicità sociale*» (corsivo dell'a.).

Lo stesso E. BETTI, *Negozio*, pp. 215-216, precisa: «Ravvisare una sorta di incompatibilità fra autonomia privata ed esigenza di tipizzazione, è un errore dipendente da un vieto abito mentale che soggiace al mito ideologico dell'individualismo e dimentica che l'autonomia contrattuale non è libertà di fare quello che pare e che piace, ma potere di dare un assetto plausibile ai propri interessi, quindi in una dimensione sociale, e che la libertà individuale trova un freno e un limite nelle inderogabili esigenze dell'ordine sociale in cui si inquadra» (e v. anche ID., *Autonomia*, cit., p. 1561). Il che è vero, ma proprio nel senso contrario alla stabilità, ad esempio, di quelle «inderogabili esigenze dell'ordine sociale» ch'egli richiama, perché la dimensione economica, etica e sociale non è affatto statica; di ciò E. BETTI, *Negozio*, cit., p. 216, peraltro, è del tutto convinto: «Il giudizio di rilevanza giuridica, dunque, presuppone ed implica una valutazione di tipicità sociale, che è di competenza dei giuristi, interpreti della legge. Ai quali, pertanto, si richiede di restare costantemente consapevoli della essenziale relatività storica della qualifica di "tipico" secondo l'orientamento che hanno di fronte».

Parole nettissime, che ci consentono di sottolineare due aspetti.

Il primo, riguarda il riferimento di Betti alla coscienza sociale: a nostro avviso, a questo concetto può utilmente ricorrersi, se inteso quale luogo del confronto etico, economico, culturale, politico della collettività, dal quale deriveranno, poi, gli impulsi a modificare, in un senso o nell'altro, l'ordinamento, dopo che i «nuovi valori» si siano affermati nella società; e, in questo senso, decisivo è il ruolo dello



La concezione bettiana dell'autonomia privata, ci pare, resiste bene ad un'analisi moderna; è sufficiente leggere e meditare le parole seguenti: «Chi osservi lo svolgersi della vita di relazione in ogni società che abbia raggiunto un sufficiente grado di civiltà, trova che gli interessi privati esistono in essa indipendentemente dalla tutela del diritto, e che l'iniziativa privata provvede ad ogni consapevole assetto di tali interessi, esplicandosi non solo nell'aspirare a certi scopi pratici, ma anche nel foggarsi i mezzi ad essi rispondenti, prima di ogni intervento dell'ordine giuridico»⁸³. Ma, affinché la regola privata acquisti specifico carattere giuridico (il quale, lo si è già visto, è garanzia, innanzitutto per i privati, che l'atto compiuto rilevi giuridicamente, così da fondare le pretese individuali, ed in particolare la pretesa all'adempimento), è necessario che l'autonomia privata «[...] sia riconosciuta dal diritto [...]»⁸⁴.

Il cerchio si chiude con il rilievo che, al servizio dell'autonomia privata, stanno «negoziio giuridico e diritto soggettivo [...] [ed] entrambi [sono] retti dal principio dell'iniziativa e dell'autoresponsabilità privata [...]»⁸⁵, il quale, appunto, sancisce la libertà dell'individuo in quanto responsabile.

scienziato sociale, produttore professionale di idee e di modelli, alla luce dei quali l'individuo può orientare i propri comportamenti, in un processo autenticamente concorrenziale: diciamo di concorrenza culturale, e, se il termine non spiace, ideologica. (Sulla coscienza sociale, per una sintesi completa e chiara dei problemi, v. G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, pp. 113-123.)

Il secondo aspetto attiene al potenziale contrasto, escluso da Betti per ragioni che non possono del tutto persuaderci – ascrivendo egli tale potenziale contrasto ad un pregiudizio individualistico –, tra tipicità ed autonomia privata. A nostro modo di vedere, è ragionevole dire che quel contrasto potrà certo esistere, ma esso rimarrà tale solo fino a quando l'ordinamento giuridico, inteso nel senso più ampio, e quindi comprensivo del formante giurisprudenziale, non sia stato integrato ed abbia assorbito quella ragione di contrasto, la quale diverrà allora una fisiologica espressione dell'autonomia privata. E proprio in base agli assunti della teoria dell'azione umana è immaginabile che, quando un soggetto attui una determinata condotta per lui soggettivamente vantaggiosa, ed essa sia respinta dall'ordinamento, ma si produca contestualmente, per un fenomeno imitativo (in tema, cfr. F.A VON HAYEK, *Regole, percezione e intelligibilità* [1962], in ID., *Studi di filosofia, politica ed economia* [trad. it.], Catanzaro, 1998, p. 105 e ss., spec. pp. 111-114), una moltiplicazione, senza o con variazioni, a seconda degli scopi soggettivi degli agenti, di tale condotta, allora questo procedimento spontaneo di azione e reazione sociale provocherà, espressamente, quel mutamento della coscienza collettiva, da cui potrà derivare un mutamento ordinamentale. Quindi, in certa misura, tale contrasto tra autonomia e tipicità è necessario, e si tradurrà, appunto, in una fisiologica trasformazione dell'atipico sociale in tipico sociale, rispetto al quale l'ordinamento esprime un giudizio, positivo, di giuridica rilevanza.

⁸³ E. BETTI, *Negoziio*, cit., p. 209. Del passo, così come dell'intera voce, N. IRTI, *Il negoziio*, cit., p. 43, sottolinea la «[...] perentoria e serrata lucidità».

⁸⁴ E. BETTI, *Negoziio*, cit., p. 209.

⁸⁵ Ivi. L'a., in particolare, chiarisce che la libertà individuale, nel suo momento dinamico, espresso dal negoziio giuridico, trova un limite nei diritti soggettivi, i quali proteggono le situazioni soggettive, il cui contenuto è riflesso in quello dei corrispondenti diritti, contro le pretese individuali con esse interferenti: «Negoziio giuridico e diritto soggettivo stanno, così, entrambi al servizio della libertà privata nel mondo sociale, ma con finalità differenti: l'uno, il diritto soggettivo, ha una finalità statica, di conservazione e di tutela; l'altro ha una finalità dinamica, di sviluppo e di rinnovamento. Entrambi sono retti dal principio dell'iniziativa e dell'autoresponsabilità privata [...]». E Betti prosegue:



In questa prospettiva, la questione del dogma volontaristico davvero perde ogni centralità; l'obiettivo di Betti non è affatto quello di attaccare direttamente la volontà individuale per attaccare, indirettamente, la libertà del soggetto che ha compiuto un determinato atto negoziale, ma, molto più semplicemente, è quello di «[...] *depsicologizzare* l'atto di autonomia e di assoggettarlo a un'interpretazione tipica secondo le vedute sociali [...]»⁸⁶, appunto per evitare che ne sia disconosciuta «[...] la natura di [...] fatto *sociale*, che appartiene alla vita di relazione ed è, in essa, strumento dell'autonomia privata»⁸⁷.

Fatto sociale in quanto, ed innanzitutto, fatto individuale, cioè compiuto da un soggetto, liberamente e responsabilmente, volendo raggiungere un determinato scopo economico-giuridico (da qui, l'esigenza del riconoscimento⁸⁸): l'intenzione si

«Il nostro discorso presuppone ordinamenti economico-sociali che riconoscano ai singoli una cerchia di beni di loro spettanza. Invero, solo dove sia riconosciuta la proprietà individuale, si avverte la necessità di negozi fra singolo e singolo, e la circolazione dei beni, come la cooperazione fra i singoli, è necessariamente rimessa all'autonomia privata» (v. anche ID., *Autonomia*, cit., p. 1560). Per questa ragione, è legittimo ipotizzare che il numero di tali diritti individuali sia destinato ad aumentare, e non a diminuire, appunto perché miranti a tutelare la persona: da questo punto di vista, richiamarsi alla cd. età dei diritti, solo in parte è pertinente; qui si tratta di diritti individuali, non sociali.

⁸⁶ E. BETTI, *Negozio*, cit., p. 210 (corsivo dell'a.).

⁸⁷ Ivi (corsivo dell'a.). E v. anche *ibid.*, p. 214: «[L]'errore del dogma della volontà [...] sta nella concezione dualistica, per cui la dichiarazione, anziché servire a costituire un precetto dell'autonomia privata, servirebbe a rivelare un fatto psichico interno, a scoprire cioè il fatto del volere, quasi che in questo fatto, per sé incontrollabile, si esaurisse l'essenza del negozio. Quel dogma configura la volontà come un'entità a sé stante, che si contrappone e si abbina alla dichiarazione, conservandosi ad essa superiore e, senza perdere la propria indipendenza, trova in essa un semplice complemento e un mezzo di rivelazione».

⁸⁸ Chiarissimo, sul punto, E. BETTI, *Autonomia*, cit., p. 1560: «Particolare cautela è consigliabile nel considerare l'autonomia che i privati esplicano allorché dettano regola ai propri interessi nei rapporti reciproci: autoregolamento, in cui consiste l'autonomia privata. Non è dubbio che tale autonomia, come fenomeno sociale, preesista all'ordinamento statale che la riconosce, né che le sue oggettivazioni siano originarie, indipendenti da quell'ordinamento e talvolta in contrasto con le sue valutazioni», e p. 1561: «Invero il diritto non può prestare il suo appoggio all'autonomia privata per l'appagamento di ogni interesse che essa persegua, ma, prima di riconoscerne i vari atteggiamenti con la propria sanzione, li sottopone a un processo di tipizzazione a valuta la funzione pratica che ne caratterizza ciascun tipo in accordo con la socialità del suo compito di ordine, che di fronte a quell'autonomia è anche un compito educativo e preventivo, sanzionatorio e direttivo della condotta. Il trattamento che consegue alla valutazione, può assumere tra diversi indirizzi: o il diritto giudica socialmente rilevante, degna e bisognosa di tutela, la tipica funzione dell'autonomia privata, di cui si tratta, e allora riconosce l'assetto d'interessi [...] e lo prende sotto la sua protezione; o il diritto non giudica degna e bisognosa di tutela l'esplicazione di autonomia in questione, e allora la ignora, se ne disinteressa e l'abbandona a se stessa siccome socialmente indifferente, lasciandola sfornita di sanzione giuridica; o il diritto infine, trova riprovevole ai suoi fini l'esplicazione di autonomia di cui si tratta, e in tal caso la combatte, rendendo, sì, rilevante la condotta del privato, ma nel senso di provocare una sanzione contraria all'interesse e all'intento pratico che vi appare perseguito. Nella seconda ipotesi continua ad aversi, bensì, nella vita sociale una esplicazione di autonomia privata, ma essa è sfornita di rilevanza giuridica e della qualifica di legalità; nella terza si ha una condotta illecita. Solo nella prima il



esteriorizza ed assume forma riconoscibile ai terzi, divenendo atto socialmente rilevante⁸⁹.

La rilevanza giuridica che l'atto acquista, non solo in quanto atto esistente per l'ordinamento, ma in quanto atto che, dall'ordinamento⁹⁰ stesso, è ritenuto (in forza di un giudizio di compatibilità, delegato al giudice) meritevole di protezione, legittima così l'affidamento del soggetto, il quale, in giudizio, faccia valere una pretesa, la cui ragione giuridica⁹¹ riposi sul contenuto di quell'atto negoziale.

In conclusione, risulta evidente come la possibilità pratica che una determinata condotta negoziale – espressione, lo si è visto, di una preferenza economico-giuridica soggettiva – si affermi come legittima (divenendo così fonte di affidamento, e di pretese altrettanto legittime), e cioè superi il vaglio dell'ordinamento, dipenda proprio dalla qualificazione e dalla valutazione del rapporto tra condotta ed ordinamento. Si tratta di fattori necessariamente ed intrinsecamente, dinamici; il secondo, in particolare, pur svolgendo una funzione ordinatrice, non è mai, per mutuare il linguaggio economico, in equilibrio ottimale – nel senso per cui nessuno è indotto od incentivato a mutare la propria situazione –, perché è la risultante del gioco cooperativo – ben inteso, senza che l'aggettivo connoti un giudizio positivo di valore; si ha cooperazione in presenza di un'attività di scambio, intesa quale inter-relazione soggettiva, più, o meno, ampia – di tutti i partecipanti alla vita economico-sociale, i quali, agendo, mirano a conseguire il loro obiettivo (scopo immediato), e quindi confidano che quest'ultimo sia favorevolmente valutato dall'ordinamento (scopo mediato)⁹².

Ciò dipenderà dalle ragioni giuridiche sulle quali è costruita l'argomentazione che, di fronte al giudice, cui spetta istituzionalmente il compito di rendere concrete le direttive dell'ordinamento, applicando a casi specifici regole specifiche, siano esse

diritto ricollega all'assetto d'interessi dettato o attuato dai privati un trattamento volto ad assicurare la funzione utile che ne caratterizza il tipo, traducendo il precetto dell'autonomia privata [...] in termini di rapporti giuridici».

⁸⁹ Cfr. E. BETTI, *Negoziato*, cit., p. 213: «[...] Riflesso soggettivo dell'atto è la volontà dell'atto stesso. Non basta che l'atto sia compiuto materialmente: esso dev'essere anche voluto quale dichiarazione di quella specie, o quale comportamento imputabile, socialmente rilevante di fronte ad altri. [...] Al contenuto, cioè al precetto dell'autonomia privata, deve corrispondere nell'agente la coscienza del suo significato e valore impegnativo, cioè del significato e valore che a una dichiarazione o a un comportamento siffatti attribuiscono le vedute sociali nell'ambiente storicamente determinato in cui sono posti in essere. Qui sta anche il fondamento dell'autoresponsabilità che ne consegue».

⁹⁰ Con linguaggio più moderno, si potrebbe dire: l'istituzione sociale convenzionalmente denominata «ordinamento giuridico». Cfr. i rilievi di D.C. NORTH, *Istituzioni*, cit., p. 26: «Il ruolo più importante delle istituzioni è ridurre l'incertezza determinando una struttura stabile (anche se non sempre efficiente) di relazioni sociali».

⁹¹ In questo senso ancora E. BETTI, *Negoziato*, cit., p. 214: «Il fondamento che rende ragione del vincolo, non è psicologico (se non si vuole ricorrere a una finzione), ma normativo».

⁹² Sul processo di affermazione delle pretese, v. spec. B. LEONI, *Lezioni di filosofia*, cit., pp. 74-76, ove una distinzione tra pretesa incerta, legittima, illegittima.



espresse od implicite⁹³. Si comprende, quindi, il ruolo – decisivo – che l'argomentazione assume, non solo in funzione dell'accertamento della fondatezza di una pretesa, ma anche in funzione del mutamento giuridico⁹⁴. E ciò perché l'argomentazione giuridica unifica, al suo interno, aspetti ed elementi specificamente tecnici con una pluralità di valori⁹⁵ filosofico-politici⁹⁶, o morali, se si preferisce, a volte difficilmente distinguibili, gli uni dagli altri, ma sempre intersecantisi, gli uni e gli altri⁹⁷.

⁹³ Cfr. L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 25 e ss., a p. 61: «[I] concetti dogmatici non rappresentano premesse di decisione indiscutibili, ma semplici punti di riferimento, *starting points* argomentativi per la formulazione di ipotesi di soluzione, le quali devono poi essere messe a confronto con altre ipotesi elaborate da punti di vista extrasistemati e discusse nelle forme dialogiche del pensiero problematico per vagliarne l'adeguatezza ai criteri di giustizia materiale socialmente accettati».

⁹⁴ V. soprattutto L. MENGONI, *Dogmatica*, cit., spec. p. 39, per l'affermazione che il giuspositivismo, sul piano del diritto, si contrappone all'idea, sul piano economico-sociale, dell'equilibrio spontaneo e dell'autointegrazione dell'ordinamento giuridico, e p. 43: «Nel campo della scienza giuridica [...] l'adattamento del diritto positivo ai mutamenti che il corso della storia, con ritmo accelerato, produce nella realtà sociale circostante è primariamente un problema ermeneutico, non un problema dogmatico, ossia un problema valutativo, non un problema puramente logico»; nonché ID., *Interpretazione e nuova dogmatica*, in ID., *Ermeneutica*, cit., p. 67 e ss., a p. 75: «[I] giudizi di valore [non] equivalgono a proposizioni normative. Essi sono giudizi logici analogamente ai giudizi di fatto, ma con la differenza che non disponiamo di metodi sicuri che ci consentano di stabilirne con certezza la verità o la falsità: dobbiamo contentarci di una semplice verosimiglianza, che fonda i valori come verità provvisorie».

⁹⁵ V. il prezioso rilievo contenuto in L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali* (trad. it.), Bologna, 1978, p. 376, il quale analizza ivi i risultati cui è pervenuto Vilhelm Aubert in uno studio sulla risoluzione dei conflitti: «Per ricorrere al tribunale una parte deve *trasformare* la sua pretesa in un conflitto sui valori o sui fatti. [E]gli deve invece giustificare la sua pretesa riferendosi a qualche valore, norma o regola» (corsivo dell'a.).

⁹⁶ Il termine «pluralità», com'è evidente, non esclude che tali valori possano essere, in diversa misura ed in diversi momenti storici, ma anche nello stesso momento, tra loro in contrasto. Sembra, invece, escludere siffatta ultima eventualità L. MENGONI, *Forma*, cit., p. 156, ove il riferimento al «[...] sistema di valori fatto proprio dalla legge fondamentale dello Stato».

⁹⁷ Da rammentare, L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia* (trad. it.), Genova, 1990, p. 69: «Il rifiuto dei giudizi di valore mette in pericolo l'oggettività storica»; e ID., *Che cosa è la filosofia politica* (trad. it.), in *Il Politico*, 1956, p. 359 e ss., spec. p. 366: «L'abitudine di considerare i fenomeni sociali o umani senza effettuare dei giudizi di valore ha una corrosiva influenza su qualunque genere di preferenza»; v. anche p. 369: «[D]efinendo lo stato, o piuttosto la società civile, con riferimento ai suoi fini, si ammette l'esistenza di un canone alla luce del quale vanno giudicate le azioni e le istituzioni politiche: i fini della società civile necessariamente funzionano da canone di giudizio delle società civile stesse».

