

Convegno di studi
LA GIUSTIZIA CIVILE

13 – 14 dicembre 2013

Terme di Tivoli

Intervento del Giudice costituzionale Mario Rosario Morelli

“Libertà e giustizia nel diritto contrattuale”

(Il ruolo del giudice nel riequilibrio dello statuto negoziale)

1. - Risale a Costantino Mortati la riconducibilità, dei vari sistemi giuridici ad un duplice alternativo modello, in relazione al ruolo, rispettivamente, in essi assegnato alla persona umana: secondo che questa sia assunta come strumento per la realizzazione degli interessi collettivi avvertiti e selezionati dalle classi dominanti, ovvero come valore-fine, in sé.

- Il nostro Costituente ha optato decisamente per questo secondo modello.

- E da ciò discende una serie di importanti corollari.

1.1. - Il primo, e più importante, di questi è racchiuso nel principio della “diretta applicabilità” delle norme di tutela dei “diritti inviolabili dell’uomo” (artt. 2, 13 e ss. Costituzione).

- È pur vero, infatti, che nella nostra Carta costituzionale non esiste una disposizione espressa, come quella contenuta nel § 3 dell’art. 1 della Costituzione tedesca del 1949 (Grundgesetz), sulla “*drittwirkung*” delle norme di garanzia dei diritti fondamentali della persona, definite “vincolanti la giurisdizione come diritto immediatamente applicabile”.

Ma innegabile è, comunque, che anche nel nostro sistema ordinamentale il dato *formale* - della continenza delle norme di tutela dei diritti della persona in una fonte gerarchicamente ad ogni altra sovraordinata - unitamente al dato *sostanziale*, della ineludibilità e valenza massima, sul piano assiologico, dei valori attraverso di esse garantiti, conducano alla medesima conclusione: quella, cioè, che quei precetti non possano rimanere in una condizione di *attesa* o in uno stato di sospensione, nell’eventuale perdurante inerzia del legislatore ordinario, ma vadano appunto, immediatamente applicati, come regola del caso concreto, nei rapporti intersoggettivi in cui alcuno dei tali diritti fondamentali sia suscettibile di essere violato o sacrificato.

Al riguardo, poiché il tema è stato già trattato nelle relazioni della professoressa Navarretta e della collega Luccioli, mi limito a citare la sentenza della Corte costituzionale n. 347 del 1998 che, nell’affrontare il problema della disconoscibilità dei figli nati da fecondazione eterologa, contestualmente segnalava - al legislatore - la

perdurante assenza (a quella data) di una disciplina della pratica della fecondazione *in vitro* e - al giudice - la necessità di considerare i nati per siffatta via, comunque, come “persone”, nei cui confronti direttamente e immediatamente applicare le norme di garanzia dei rispettivi diritti fondamentali.

1.2. - Altro importante corollario della *centralità del valore persona* è quello che ha condotto a superare la concezione del carattere “chiuso” della formula contenuta nell’art. 2 della Costituzione, per approdare ad una concezione “aperta”: nel senso di ritenere estesa la garanzia della inviolabilità, oltretutto ai diritti della persona espressamente elencati negli articoli 13 e seguenti della stessa Carta, anche a quegli altri interessi e valori che, nel tempo e nella evoluzione del contesto sociale, si manifestino come parimenti essenziali per la tutela della dignità della persona: i cosiddetti “nuovi diritti”.

Ricordo che ero giovane assistente presso la Corte costituzionale quando nel 1979, con la sentenza n. 98, quella Corte - nel respingere una questione di costituzionalità della normativa sullo stato civile, nella parte in cui questa escludeva la rettificazione dell’atto di nascita a seguito di modificazioni del sesso - negò, in premessa, la configurabilità di un “diritto alla identità sessuale”, quale presupposto dal giudice *a quo*, ribadendo che “l’invocato art. 2 Cost., deve essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali”.

Ma è poi accaduto che, una volta, introdotta dal legislatore la rettificabilità dell’atto di nascita per mutamento di sesso, la stessa Corte ha respinto le censure di incostituzionalità da altro giudice, in senso opposto, mosse a detto *ius superveniens*, affermando, questa volta, che l’intervento legislativo era correttamente volto a tutela del (nuovo) “diritto alla identità sessuale”. (sentenza n. 161/1985).

E su questa linea sono stati poi riconosciuti come diritti fondamentali della persona anche i diritti alla privacy, all’identità personale, all’armonia familiare, all’oblio....

1.3. - Speculare al profilo (fisiologico) della diretta *applicazione* è quello (patologico) della *violazione* dei diritti (e nuovi diritti) fondamentali della persona. In relazione al quale la giurisprudenza della Corte costituzionale, e quella parallela della Corte di legittimità, hanno poi costruito la figura del cd. “danno esistenziale”.

Ed hanno dato risposta all’esigenza riparatoria di un tal danno, con il ricorso alla tecnica applicativa del precetto costituzionale (di tutela del singolo diritto, o comunque dell’art. 2, per la sua forza attrattiva dei “nuovi diritti”) in *combinato contesto* con disposizione civilistica (come noto, in primo tempo, individuata nell’art. 2043 e poi, più correntemente, nell’art. 2059).

2. - Tutto ciò dimostra, ancora una volta, come - diversamente dal modello codicistico, in cui la persona veniva prevalentemente in considerazione come titolare di *res* o come forza lavoro - nel nuovo sistema disegnato dal Costituente lo strumentario di tutela e

rivolto alla persona in sé ed il metavalore, posto al vertice della scala assiologica, è per il nostro ordinamento quello della dignità della persona.

Ma vengo ora al punto chiave del sistema, al cuore del nostro tema.

La *dignità* della persona si esprime e si realizza non solo nell'esercizio e nella difesa dei suoi *diritti fondamentali* e inviolabili (per così dire, appunto, essenziali), ma anche nell'osservanza del *dovere di solidarietà* nei confronti della controparte di qualsiasi rapporto intersoggettivo.

Non c'è, dunque, dignità della persona disgiunta dalla solidarietà. Senza solidarietà non v'è dignità.

Al pari che per i precetti costituzionali di tutela dei diritti, anche per il precetto dell'art. 2 - per la parte in cui richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà - vale poi il principio della *drittwirkung*, che ne postula l'immediata e diretta operatività in ogni fattispecie relazionale e di contatto sociale.

E - come nel caso del danno esistenziale, in relazione al quale la riparazione del diritto violato richiede l'applicazione diretta della norma costituzionale di tutela in *combinato contesto* con la disposizione codicistica risarcitoria - così anche con riguardo al dovere di solidarietà si è reso necessario reperire una *stampella*, un precetto esterno e complementare, la *combinazione* con il quale consentisse, appunto, a quel dovere di entrare direttamente anche nel microcosmo, in particolare, dei rapporti negoziali.

E la stampella è stata, in questo caso, individuata nella clausola di correttezza e buona fede (art. 1175 cod. civ.)

3. - Consentitemi nei brevi minuti che mi restano di dare un tono più minimalista al mio intervento, ed anche di procedere sul filo delle rimembranze. Consentitemi di dire come Federico Fellini: *Amarcord*.

E, dunque amarcord che, negli anni '90, con il collega ed amico Pellegrino Senofonte, condividevo un obiettivo, quello di realizzare ciò che Nanni avrebbe poi definito una *rivoluzione copernicana*: sostituire, nell'universo delle obbligazioni, al *sole della volontà*, attorno al quale ruotano i satelliti della eterointegrazione, la *luce della buona fede* e della correttezza, e intorno a questa far ruotare il contratto.

Come attuare questa rivoluzione, che ci avrebbe consentito di configurare un modello di *contratto giusto e solidale*? Attraverso quale via?

Ebbene, proprio partendo da questa *sinergia tra clausole di buona fede e dovere di solidarietà*.

Eravamo, infatti persuasi che, dal momento in cui il dovere di solidarietà, coniugandosi con la clausola di buona fede, era in grado di trasferire a questa la sua *vis* normativa, ciò avrebbe consentito al giudice di entrare nel contratto, per espungere dal correlativo

statuto quelle clausole che - in quanto non rispondenti ad un equo e cooperativo bilanciamento dei contrapposti interessi - risultassero, di conseguenza, in contrasto con norma imperativa (l'art. 2 Costituzione) e per ciò nulle *ex art.* 1418 cod. civ..

Eravamo forse, allora, eccessivamente ottimisti.

Ed, infatti, non ebbero successo i nostri primi tentativi di applicare un tal modulo di controllo alla clausola (poi dal legislatore abrogata) che, in tema di fideiussione *omnibus*, consentiva alla banca, erogatrice del finanziamento, di elevarne *ad libitum* l'importo, senza il dovere di informarne previamente il fideiussore (il quale dopo aver prestato la sua garanzia per una data somma, rischiava, in caso di inadempimento del debitore, di rispondere, a sua insaputa, per un multiplo della stessa).

In quel caso, la Cassazione - rimanendo aderente alla concezione codicistica della rilevanza della buona fede solo in fase esecutiva - riconobbe al fideiussore una mera *actio doli utilis* in relazione alle concrete evenienze applicative di quella clausola bancaria.

3.1. Nel 1994, il collega Senofonte, estensore della sentenza 3775, con la quale venne accolto il ricorso proposto dal Comune di Fiuggi in relazione ad una clausola, in suo danno sbilanciata, inserita nel contratto stipulato con l'Ente Fiuggi - ebbe finalmente, però, modo di argomentare che il “ *principio di buona fede, che si specifica nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse di controparte, si pone come limite di ogni situazione attiva o passiva negozialmente attribuita, determinando così integralmente il contenuto del contratto*”.

E' noto che l'Ufficio del Massimario non massimò questo principio. Forse perché lo ritenne eccessivamente eversivo.

E toccò a me di portarlo ad emersione, con una nota di commento - pubblicata proprio sulla nostra Rivista - che recava, appunto, come il titolo “*La buona fede come limite alla autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto*”.

Nella quale tra l'altro, sostenevo che *la regola enucleabile dal combinato contesto della clausola di correttezza e del dovere di solidarietà è suscettibile di operare, rispetto alla legge negoziale, non diversamente da come, rispetto alla legge in generale, opera il precetto costituzionale: con funzione, cioè, demolitoria della clausola confliggente con il parametro della solidarietà, ovvero additiva della regola necessaria al riequilibrio degli interessi in gioco.*

Quell'arresto dal '94 non mutò comunque la posizione della giurisprudenza di legittimità, che restò consonante con la dottrina gelosa custode dell'autonomia negoziale.

3.2. Cinque anni dopo, fui designato relatore di un ricorso in una vicenda che coinvolgeva la manifesta eccessività della clausola penale inserita in un contratto di compravendita.

In quella occasione, il Collegio condivise la tesi della modificabilità del contenuto del contratto da parte del giudice. E, come è noto, nella sentenza n. 10511 del 1999 si rinvenne testualmente il fondamento di un tale intervento nel «*principio costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti negoziali*» e nella «*clausola di buona fede inerente anche alla fase di formazione del contratto*».

La dottrina fu in prevalenza critica nei confronti di quella che ritenne una invasione nella cittadella dell'autonomia contrattuale; ed anche nella giurisprudenza successiva, di legittimità e di merito, non mancarono pronunzie di segno diverso.

3.3. Ma nel 2005, con la sentenza n. 18128, le Sezioni unite, risolvendo ogni contrasto, confermarono il nuovo indirizzo espresso dalla decisione n. 10511 del 1999.

3.4. E più di recente, sulla stessa linea, la sentenza n. 20106 del 2009 della Sezione III della Cassazione ha ribadito che *i principi di buona fede e correttezza «sono entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico» quale specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale imposti dall'art. 2 Cost. e «il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi».*

3.5. Da ultimo, anche la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 248 del 2013 – nel dichiarare l'inammissibilità di una questione di costituzionalità della disciplina della caparra confirmatoria *sub* art. 1385 cod. civ., sollevata sul presupposto dell'assenza di rimedi correttivi in caso di sua determinazione con contenuti non rispettosi dell'equilibrio contrattuale – ha rammentato al giudice *a quo* quali sono i suoi «margini di intervento a fronte di una clausola negoziale che rifletta un regolamento degli opposti interessi non equo». E ciò in ragione, appunto, della «rilevabilità, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) *ex* articolo 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., (per il profilo dell'inadempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato».

3.6. Anche sul piano internazionale, il tema della *giustizia del contratto* si è imposto, e sempre più si impone, come *valore fondamentale*, per la cui tutela *si riconosce al giudice un potere che prima costituiva intangibile prerogativa delle parti e per il quale è dato sacrificare la libertà negoziale dei privati*.

Già nel 1993, la Corte costituzionale tedesca aveva avuto modo di affermare, in un noto arresto del 19 ottobre, che «vi è accordo in dottrina nell'affermare che il precetto della buona fede si traduce nella possibilità di un controllo giudiziale del contenuto del contratto».

E un tal principio è poi rifluito nel § 313 del B.G.B.

Su questa linea si sono, del resto, mossi anche gli estensori de *I Principi Unidroit* (che, come noto, costituiscono la moderna *ex mercatoria*).

Gli articoli relativi alla *gross disparity* (3.10) ed all'*hardship* (6.2.1. e ss.) sono volti, infatti, a porre rimedio alla eventuale *ingiustizia del contratto*, per il profilo di una sproporzione originaria o sopravvenuta tra le prestazioni, anche, per via di un intervento riequilibratore del giudice sullo statuto negoziale.

E, fuori dei nostri confini, va ancora ricordato che la disciplina dell'*hardship* è da tempo presente nei codici algerino, egiziano e russo; e, proprio attraverso la valorizzazione della clausola generale di buona fede, è stata accolta anche nell'ordinamento cinese, in funzione regolatrice di un mercato con il quale le nostre imprese si troveranno ad avere sempre più frequentemente contatti.