

IL (POTENZIALE) RUOLO DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NELL'ESPANSIONE DELL'AUTONOMIA CONTRATTUALE

FILIPPO MAISTO
*Professore ordinario
nell'Università della Calabria*

SOMMARIO: 1. Il concepimento dell'apparato decisorio della sussidiarietà. – 2. La portata valutativa della formula in grado d'impattare sul sistema delle fonti e degli atti autoregolamentari del diritto civile. – 3. Le potenziali decisioni in cui si esplica il ruolo del principio di sussidiarietà nell'espansione dell'autonomia contrattuale. – 4. Trasposizione delle questioni applicative sul piano della teoria generale del diritto civile.

1. – La sussidiarietà è una categoria connotata da una forte carica decettiva. In senso metaforico, il sintagma principio di sussidiarietà richiama l'idea del sussidio/ausilio/supplenza¹, la quale, in modo fuorviante, riflette la presenza di una naturale inclinazione al *self-restraint*.

L'assunzione di una simile patina "buonista" non è casuale. Storicamente, all'origine si afferma prima la sussidiarietà orizzontale nel corpo di talune declamazioni politico-programmatiche delle Autorità ecclesiastiche, come l'Enciclica *Rerum novarum* del 1891 di papa Leone XIII². La Chiesa cattolica dichiarava la propria intenzione di svolgere attività di erogazione di servizi pubblici essenziali. Nel periodo post-unitario e pre-concordatario, è evidente che essa fosse preoccupata di assumere toni rassicuranti: come a dire, intendo svolgere attività di erogazione di servizi pubblici essenziali, senza, però, sostituirmi allo Stato. In tale contesto, la sussidiarietà esprime un programma di azione politica, piuttosto che assumere i connotati di una tecnica di valutazione giuridica.

L'apparato decisorio del principio di sussidiarietà si delinea compiutamente nel campo del diritto dell'Unione europea (prima art. 3 B Tratt. CE, poi art. 5 Tratt. CE, ora art. 5 Tratt. UE)³. Il principio di

¹ Cfr. R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, 3, spec. nt. 1.

² Per ulteriori riferimenti, v. C. MARTINEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Il principio di sussidiarietà ed il suo fondamento classico*, in AA.VV., *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi* a cura di G.P. Calabrò e P.B. Helzel, Napoli, 2009, 19 ss.; M. AYUSO, *L'ambigua sussidiarietà*, *ibidem*, 35 ss.

³ Attualmente, ai sensi dell'art. 5 Tratt. UE, il principio di sussidiarietà è preordinato a disporre un giudizio positivo di un'azione normativa o amministrativa

sussidiarietà eurounitario non rappresenta soltanto il prototipo della sussidiarietà verticale. Più in generale, esso fissa il teorema fondamentale del giudizio di sussidiarietà, sia verticale che orizzontale. La formula risulta in grado di motivare una decisione pregiudiziale di legittimità/ammissibilità/validità/ (più genericamente) adeguatezza di un atto/attività/azione pubblicistica proveniente da un soggetto normalmente considerato incompetente o inadeguato ad occuparsi di determinate materie o per la composizione di determinati interessi. Conseguenzialmente, il giudice ordinario adotterà la decisione operativa della impegnatività delle condotte personali e delle vicende pratico-economiche programmate o, comunque, perseguite con quell'atto. Si usa la qualifica di sussidiarietà verticale, se il soggetto, altrimenti incompetente, è, comunque, un'istituzione. Si richiama la nozione di sussidiarietà orizzontale, quando l'autore dell'atto è un soggetto extraistituzionale. Condizione per il ricorso al principio di sussidiarietà è la dimostrazione che con simili determinazioni precettive si realizzi al meglio un obiettivo di politica del diritto/un utile per la collettività.

2. – Con simili definizioni, il principio di sussidiarietà acquisisce una potenziale portata decisoria in grado d'impattare profondamente sul sistema delle fonti e degli autoregolamenti del diritto civile. Nell'esperienza giuridica, però, si registra un atteggiamento ambivalente della giurisprudenza rispetto all'uso della sussidiarietà nei ragionamenti applicativi.

Talune decisioni fanno un uso "dirompente"/"demiurgico" della formula. Con riguardo alla sussidiarietà verticale, soprattutto, si segnala l'impianto valutativo in cui è attivata la tecnica della chiamata in sussidiarietà. La formula è usata per motivare la determinazione

dell'Unione, quando ricorrono le seguenti condizioni: «soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione». Per un'analisi dei parametri richiamati dal principio di sussidiarietà in funzione della risoluzione dei conflitti tra la norma comunitaria e quella nazionale, tra gli altri, appaiono significativi, soprattutto, i seguenti contributi: P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 3 ss., spec. 10; G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 59 ss., spec. 69; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà "verticale"*, Milano, 2002, 45 ss.; P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI – F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, 143 ss.; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione Europea*, Milano, 2007, 163 ss.

pregiudiziale dell'ammissibilità di una legge dello Stato diretta a stabilire le vicende utilitaristiche giudizialmente perseguibili in una materia riservata alla competenza delle Regioni. Si tratta di un'operazione ermeneutica "monumentale" effettuata dalla Corte costituzionale⁴, la quale ha finito per rimodulare nel profondo il sistema di ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni⁵.

Con riguardo alla sussidiarietà orizzontale, un uso significativo di questa nozione si presenta nelle decisioni sulle fondazioni bancarie⁶ e sul

⁴ Il riferimento è a un ponderoso orientamento giurisprudenziale, i cui *leading cases* sono dati dalle seguenti sentenze: Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1004; Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 6, in *Giur. cost.*, 2004, 104.

⁵ Diffusamente: R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1018; S. GAMBINO, *Repubblica delle autonomie e sussidiarietà*, in AA. VV., *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi*, cit., 160 ss.; R. ROLLI, *Il principio di sussidiarietà nel diritto pubblico*, in AA. VV., *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi*, cit., 202 ss. Similmente, S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008, 141 ss., perviene alla conclusione che «la Corte costituzionale ha riconosciuto al principio di sussidiarietà una rilevante importanza anche per quanto concerne il sistema di determinazione e regolazione della potestà legislativa, dato che una corretta interpretazione del medesimo potrebbe portare, secondo la stessa Corte, ad una deroga del normale riparto delle competenze stabilito dall'art. 117 della Costituzione».

⁶ Corte cost., 29 ottobre 2003, nn. 300 e 301, in *Foro it.*, 2006, I, cc. 1324-1326. In occasione di più recenti riforme concernenti l'organizzazione dell'attività bancaria (c.d. trasformazione delle banche popolari in s.p.a.), il principio di sussidiarietà "orizzontale" è stato richiamato per risolvere i nodi dei limiti di merito, oltre che di competenza, delle statuizioni legislative preposte a conformare una simile attività economica. In particolare, sono state sollevate delle questioni di costituzionalità, le quali muovevano dalla direttiva esplicativa che il principio di sussidiarietà "orizzontale" riprovi le prescrizioni operative in grado di escludere (*rectius* di marginalizzare) talune forme organizzative, in uso nella prassi, caratterizzate da uno scopo solidaristico (essenzialmente, banche popolari/credito cooperativo). La Corte ha sancito la costituzionalità degli interventi legislativi in questione (sent., 21 dicembre 2016, n. 287, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, II, 167). Questa decisione sulla "pregiudiziale" di legittimità appare coerente con i precedenti orientamenti, i quali hanno elaborato il criterio di giudizio che la legge (nazionale) è competente a stabilire misure ordinatorie in grado di conformare l'attività bancaria. In simili apparati valutativi, infatti, l'unica condizione richiesta per una valutazione positiva è la dimostrazione della preordinazione delle statuizioni di legge alla realizzazione di rilevanti obiettivi di politica economica e sociale (nel caso di specie, interesse pubblico alla tutela del risparmio e alla competitività del sistema bancario). D'altra parte, è facile osservare che il principio di sussidiarietà, intrinsecamente, implica una valutazione negativa soltanto di volizioni legislative capaci di escludere del tutto lo svolgimento di un'attività d'interesse sociale da parte di privati. Nel caso di specie, invece, la legge consentiva ai privati di (continuare a) svolgere l'attività bancaria, quanto meno in forme organizzative caratterizzate dallo scopo di lucro.

codice del terzo settore⁷. Da una simile nozione è stato inferito l'assunto che le fondazioni bancarie e gli enti *no profit* siano *tout court* soggetti di diritto civile⁸. Intrecciandosi la sussidiarietà orizzontale e quella verticale, è stata adottata la decisione pregiudiziale dell'ammissibilità di una legge statale disponente limiti e controlli sull'attività di questi soggetti.

Nell'esperienza giuridica, tuttavia, si riscontrano, soprattutto, talune "occasioni mancate", vale a dire decisioni per cui (è mancato, ma) sarebbe auspicabile un ricorso al principio di sussidiarietà.

Bisogna considerare, innanzitutto, i ragionamenti applicativi informati al canone dell'ammissibilità di un diritto civile regionale⁹. La sussidiarietà risulta in grado di giustificare la decisione pregiudiziale dell'ammissibilità di una legge regionale statuyente le facoltà e le restrizioni azionabili dagli interessati nei rapporti intersoggettivi, vale a dire nella materia dell'ordinamento civile riservata allo Stato *ex art. 117, comma 2, lett. l)*¹⁰.

⁷ Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 185, in *Giur. cost.*, 2018, 2051, sugli organismi di vigilanza istituiti dal codice del terzo settore (Organismo nazionale di controllo).

⁸ Il ruolo del principio di sussidiarietà "orizzontale" nell'affermazione di questo importante criterio di giudizio è stato opportunamente sottolineato da D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 152.

⁹ Prima della riforma del «Titolo V», si è affermato un impianto valutativo preposto ad escludere l'idoneità delle leggi regionali a stabilire prescrizioni personali e/o patrimoniali coercibili nei rapporti intersoggettivi, deducendo questa decisione giudiziale dal rilievo di un'incompatibilità col principio di eguaglianza "formale" di cui all'art. 3, comma 1, cost. In senso opposto, però, si è parallelamente sviluppata la teoria che un giudizio positivo circa la vincolatività delle statuizioni civilistiche dettate dalla legge regionale potesse essere, comunque, motivato, richiamando il principio di eguaglianza "sostanziale" di cui al secondo comma dell'art. 3 cost. (sul punto, cfr. S. GIOVA, «*Ordinamento civile*» e *diritto privato regionale*, Napoli, 2008, 39 ss. e 61 ss.).

¹⁰ L'uso della formula della «legislazione esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile» per motivare una decisione contraria all'applicazione di una legge regionale, la quale sia preposta a modellare le determinazioni precettive azionabili nei rapporti tra soggetti considerati in posizione pariorinata, è stato effettuato, di recente, dalle seguenti sentenze dei giudici costituzionali: Corte cost., 24 ottobre 2016, n. 228, in *Foro it.*, 2016, I, 3701, statuyente l'illegittimità di una legge regionale toscana preordinata a conformare i diritti di soggetti non istituzionali al godimento/sfruttamento delle cave di marmo delle Alpi apuane; Corte cost., 16 gennaio 2013, n. 6, in *Corr. giur.*, 2013, 1057 ss., disponente l'incostituzionalità di una legge regionale marchigiana, la quale stabiliva delle prescrizioni operative in grado di comportare un'alterazione degli assetti d'interessi delineati dalla regolamentazione nazionale delle distanze tra edifici confinanti; Corte cost., 11 marzo 2011, n. 77, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1294, emanante una decisione negativa circa una legge regionale molisana, la quale dettava delle determinazioni precettive dirette a modellare il trattamento economico (in particolare, il diritto all'erogazione di buonipasto) riconosciuto ai dipendenti regionali "privatizzati". In reazione a questo uso giurisprudenziale, differenti ragionamenti applicativi sono stati sviluppati, rilevando

Occorre segnalare che la Corte costituzionale ha finito anche per adottare simili determinazioni innovative, ma seguendo un *iter* argomentativo slegato dalla sussidiarietà¹¹.

Degne di essere richiamate, poi, sono talune decisioni pregiudiziali in campo di diritto internazionale privato (*rectius* diritto civile transnazionale)¹², le quali concernono l'applicabilità di una norma straniera

una relazione di *genus ad speciem* tra «diritto privato» e «ordinamento civile»: da un lato, si ammette la configurabilità di un diritto privato regionale; dall'altro, si circoscrive, preliminarmente, la competenza della legge regionale alla regolamentazione di rapporti intersoggettivi segnati da determinate caratteristiche. Tra le diverse teorie che propendono per il riconoscimento di un diritto privato (*rectius* civile) regionale, desumendolo (non dal principio di sussidiarietà, ma) dall'argomento della non perfetta coincidenza tra «ordinamento civile» e «diritto privato», cfr.: G. ALPA, *L'ordinamento civile nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Contratti*, 2004, 186; F. GHERA, *Ordinamento civile e autonomia regionale: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giur. cost.*, 2011, 1182 ss.; A.M. BENEDETTI, *Proprietà e diritto privato regionale (a proposito di Corte cost. n. 228/2016)*, in *Dir. civ. cont.*, 3 febbraio 2017.

¹¹ Ad una soluzione ordinatoria simile è, di recente, pervenuta, ad esempio, Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 41, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2566. In particolare, questa pronuncia ha, in astratto, prospettato una valutazione positiva di una virtuale legge regionale diretta a manifestare la volontà sovrana di permettere anche a privati (*rectius* soggetti privi di poteri autoritativi) il compimento di condotte edificatorie in difformità dalle distanze minime tra edifici stabilite nelle normative statali, ma «solo a condizione che la deroga sia giustificata dall'esigenza di interessi pubblici legati al governo del territorio». Non richiamando, tuttavia, espressamente in argomentazione il generale principio di sussidiarietà «verticale», la Corte appare eccessivamente preoccupata di predisporre dei limiti «preconcetti» alla portata di un simile ragionamento applicativo (quali la limitazione ad una determinata tipologia di strumenti urbanistici).

¹² Queste ricostruzioni, oltre alle prospettate ricadute pratiche, assumono anche una fondamentale importanza sistemica. Esse segnano il passaggio dalla tradizionale concezione savigniana del carattere «avalutativo» del diritto internazionale privato (l'idea della neutralità assiologica del diritto internazionale privato ritrova la sua matrice nel pensiero di F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, VIII, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1898, 27 ss. spec. 30, in quanto l'illustre a. giustifica l'efficacia della norma straniera in modo asettico, facendo appello ad un astratto principio consuetudinario «di una comunione di diritto internazionale fra Stati indipendenti») ad una teoria, la quale, attraverso il principio di sussidiarietà, individua nella realizzazione di rilevanti obiettivi di politica socioeconomica il fondamento assiologico unificante di ogni operazione decisoria implicante la pretendibilità delle utilità personali e/o patrimoniali disposte da una norma civilistica straniera. Similmente, G. CARELLA, *Specificità del metodo conflittuale e materializzazione del diritto internazionale privato*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 59 ss., prospetta un progressivo superamento del «metodo tradizionale savigniano delle norme di conflitto localizzatrici» ad opera di tecniche ordinatorie imperniate su rilievi assiologico-teleologici sintetizzate dall'espressione «materializzazione del diritto internazionale privato».

anche in contrasto con le indicazioni dei criteri di collegamento fissati dalla legge nazionale¹³. In tali pronunce, i giudici hanno adottato queste soluzioni ordinatorie fortemente innovative, ma con spiegazioni diverse dalla sussidiarietà.

In detta prospettiva, meritano di essere valutate anche le potenziali decisioni pregiudiziali sull'applicabilità dei precetti della *lex mercatoria* contrari alla legge nazionale¹⁴. Un simile ragionamento applicativo è in grado di motivare, ad es., una decisione pregiudiziale di legittimità delle pratiche commerciali dei mercati globali implicanti il criterio di giudizio dell'impegnatività di promesse unilaterali atipiche e innominate, il quale deroga (evidentemente) all'art. 1987 c.c.¹⁵. Per spiegare simili determinazioni, piuttosto che richiamare il principio di sussidiarietà, si continua a ricorrere, surrettiziamente, all'artificio, prospettato

¹³ Corte di Giustizia CE, Sez. Grande, Grunkin-Paul v. Standesamt Niebüll, 14 ottobre 2008, n. C-353/06, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2009, 221; Corte di Giustizia CE, Garcia Avello v. Gov. Belgio, 2 ottobre 2003, n. C-148/02, in *Cons. Stato*, 2003, II, 1891. Riguardo all'ottemperanza in Italia di quest'ultima decisione, emblematica è la pronuncia di Trib. Bologna, 9 giugno 2004, in *Fam. dir.*, 2004, 441. Per maggiori approfondimenti circa il punto dell'incompatibilità in questi casi tra l'impiego della norma straniera e i criteri di collegamento specifici, cfr. F. MAISTO, *Personalismo e solidarismo familiare nel diritto internazionale privato*, Napoli, 2011, 92 ss. Bisogna dire che questi apparati decisorii, i quali sono configurabili come applicazione diretta del principio di sussidiarietà, hanno consentito di anticipare nell'ambito settoriale (ristretto) del diritto internazionale privato soluzioni ordinatorie simili a quelle estese, ora, anche ai rapporti puramente "domestici" dalla decisione di Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1 ss.

¹⁴ Per questa teoria, *amplius*, v. F. MAISTO, *Promesse unilaterali*, in P. PERLINGIERI, *Tratt. dir. civ. CNN*, IV, 42, 2014, 66 ss. È opportuno aggiungere che il principio di sussidiarietà "orizzontale" consente di ricorrere ai medesimi apparati valutativi anche in modo da configurare le ragioni e i limiti della impegnatività delle prescrizioni operative, le quali siano stabilite da altre convenzioni sociali, assimilabili alla *lex mercatoria*, quali la c.d. *lex electronica/informatica/digitalis* (così, P. LAGHI, *Cyberspazio e sussidiarietà*, Napoli, 2015, 117 ss.). Sulla tesi della giuridicità della *lex electronica/informatica/digitalis* converge, con differenti argomentazioni, anche l'analisi di F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr.*, 2016, 1345 ss., spec. 1386 ss. In particolare, questo a. ritiene che la forza compulsiva di tali regole di condotta discenda – non da un riconoscimento dello Stato sulla base del principio di sussidiarietà ex art. 118, u.c., cost., ma – da un'attitudine sovrana intrinseca delle *communities* digitali globali secondo lo schema romano *ubi societas ibi ius*.

¹⁵ Cfr. F. MAISTO, *o.u.c.*, 63 ss., spec. 75 ss. Specificamente questi ragionamenti ordinatori sono riferibili ai seguenti paradigmi di atti di autonomia: lettere di *patronage*; *surety bonds*; polizza di credito commerciale; offerta spontanea di rinegoziazione in ottemperanza a clausole di *hardship*.

autorevolmente da Galgano, basato sull'insindacabilità dei lodi arbitrali internazionali¹⁶.

3. – Soprattutto, in talune potenziali decisioni si esplica il ruolo della sussidiarietà nell'espansione dell'ambito dell'autonomia contrattuale.

La sussidiarietà orizzontale può essere impiegata per motivare la decisione della vincolatività di un accordo concernente la disposizione di beni e utilità soggetti al volere della P.A. In detto apparato decisorio si attiva il precetto dell'ammissibilità di un contratto sostitutivo di un provvedimento amministrativo¹⁷. Un simile costrutto non ha meramente portata teorico-descrittiva. Bisogna avanzare il rilievo che la logica della sussidiarietà implica il riconoscimento a questi autoregolamenti della qualifica di veri e propri contratti. Tale assunto si spiega, in base al dato che la sussidiarietà fa riferimento a categorie di atti che il soggetto altrimenti incompetente/inadeguato compie nella propria ordinaria sfera gestoria. Essendo i contratti gli accordi normalmente impiegati dai soggetti di diritto

¹⁶ Cfr. F. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, 190). Particolare è la posizione di F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008, 114 ss., il quale, pur richiamando preliminarmente il principio di sussidiarietà, in definitiva, sembra ritenere che la capacità della *lex mercatoria* di dettare (limitatamente ai rapporti transnazionali) soluzioni ordinarie contrarie a quelle della legge si spieghi, sostanzialmente, con il ricorso all'artificio della limitata sindacabilità dei lodi arbitrali internazionali, aderendo così alla linea ermeneutica già prospettata, prima della formalizzazione del principio di sussidiarietà, da Galgano.

¹⁷ Sulla categoria dei «contratti sostitutivi di provvedimenti amministrativi», F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, 128 ss. Naturalmente, dal principio di sussidiarietà "orizzontale" scaturisce anche la rappresentazione dell'idoneità (non tanto di un atto/contratto, quanto) di una complessiva attività di un soggetto non istituzionale a realizzare un servizio normalmente appannaggio della P.A. Una tale connotazione, nella concreta esperienza giuridica, si riscontra nell'attività di certificazione pubblica che la legge assegna alla categoria professionale del notaio in funzione del conseguimento del bene comune della sicurezza dei traffici giuridici, soprattutto, immobiliari (art. 1, l. 16 febbraio 1913, n. 89). In questo senso, si può condividere la rappresentazione che «il notaio è, infatti, una figura emblematica ed anticipatrice, rispetto agli odierni interventi legislativi, della sussidiarietà orizzontale» (cfr. G. CELESTE, *La deontologia professionale del notaio nella legalità costituzionale*, in L. MEZZASOMA – L. RUGGERI (a cura di), *La giustizia disciplinare nelle professioni legali*, Napoli, 2014, 243). Una simile "copertura" costituzionale del ruolo del notaio ha anche delle importanti implicazioni pratiche: essa è potenzialmente in grado di motivare un giudizio di contrarietà alla Costituzione (in particolare, all'art. 118, comma 4) delle riforme legislative, le quali statuiscano regole cogenti preposte a conformare le funzioni e/o l'organizzazione della professione notarile in senso 'peggiorativo' rispetto all'utile della collettività.

civile, a questa categoria devono essere ricondotti anche gli autoregolamenti legittimati dalla formula della sussidiarietà. D'altra parte, quando una direttiva eurounitaria o una legge statale sono valutati ammissibili in base al principio di sussidiarietà, nessuno dubita che tali atti non subiscano alcuno snaturamento. Una simile qualificazione delinea l'opportunità di un'interpretazione evolutiva dell'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, sulle «convenzioni urbanistiche»¹⁸. La medesima interpretazione si estende anche ad altre disposizioni di legge specifiche, come l'art. 306-bis del codice dell'ambiente statuente la vincolatività dell'atto di «transazione ambientale»¹⁹. Con detta interpretazione, risultano automaticamente azionabili le regole dell'autonomia contrattuale sulla responsabilità precontrattuale, l'impugnazione per incapacità e vizi della volontà, ecc.

Similmente, il ricorso alla sussidiarietà orizzontale è in grado di giustificare la determinazione dell'impegnatività di accordi preordinati alla risoluzione delle controversie. In questo impianto valutativo si attiva il criterio di giudizio della configurabilità di contratti alternativi ai provvedimenti giurisdizionali²⁰. Un simile costrutto ha una significativa portata applicativa. Innanzitutto, si spiega l'azionabilità delle regole dell'autonomia contrattuale. Surretiziamente, si concepisce, in qualche misura, un giudizio d'incostituzionalità di leggi manifestanti la volizione sovrana di limitare il ricorso ad arbitrati e a mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, come l'art. 241, 1° co., d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Soprattutto, la formula della sussidiarietà orizzontale può essere usata per legittimare la decisione della vincolatività di accordi contenenti la programmazione di vicende utilitaristiche normalmente riservate alla legge.

¹⁸ In generale, si prospetta l'opportunità di un'interpretazione evolutiva dell'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, la quale superi le visioni preconcepite finora affermatesi presso la dottrina gius-amministrativistica (tra gli altri, v.: G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, 161 ss.; ID., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 86 ss.; F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 436; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 224; G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 205).

¹⁹ Così, M. MELI, *La nuova disciplina delle transazioni nelle procedure di bonifica e di riparazione del danno ambientale concernente i siti di interesse nazionale*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 2016, 456 ss., spec. 480. *Contra*, U. SALANITRO, *Dal "contratto" all'"accordo": la riforma della "transazione" ambientale*, in *Giust. civ.*, 2017, 411 ss. e 421 ss., il quale solleva il seguente argomento (antinomico rispetto al principio di sussidiarietà "orizzontale"): «Appare coerente con la natura pubblica degli interessi coinvolti (determinazione delle misure di riparazione) che l'atto transattivo non sia ricondotto alla categoria dei contratti di diritto privato».

²⁰ Sul paradigma dei «contratti alternativi ai provvedimenti giurisdizionali», F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale*, cit., 129 ss.

In un simile apparato decisorio si attiva il precetto dell'efficacia (anche esterna) di contratti normativi *stricto sensu*/contratti fonte del diritto²¹. Si tratta, principalmente, di autoregolamenti costituiti dalla pianificazione dell'attuazione di condotte personali ed eventi pratico-economici nei rapporti con i terzi. Esempi di detti autoregolamenti con efficacia esterna sono: i regolamenti di condominio, gli statuti associativi, le condizioni generali di contratto²², i contratti collettivi di lavoro²³, gli accordi alla base

²¹ Sulla figura del «contratto-fonte del diritto», F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale*, cit., 130 ss. In dottrina si usa, diffusamente, anche la metafora de «la formazione negoziale del diritto» (cfr.: N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 307 ss., e Id., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 166 ss.; G. ALPA, *Il contratto in generale*, Milano, 2014, 293 ss.). Esprime scetticismo su questo costrutto, invece, E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2014, 387, secondo il quale «se il principio di sussidiarietà renda l'autonomia privata fonte del diritto è quesito, in fondo, ozioso, che involge il tema, noto, della pluralità degli ordinamenti giuridici». In vero, l'opportunità di distinguere la figura dei «contratti-fonte del diritto» rispetto a tutti gli altri contratti, i quali pure risultano *ex art.* 1372 c.c. provvisti della «forza di legge» si spiega, perché un simile costrutto ermeneutico è in grado di determinare rilevanti operazioni valutative. Soltanto con riferimento ad autoregolamenti, i quali si dimostrino virtualmente sostitutivi delle prescrizioni operative imposte dalla legge, è opportuno che il principio di sussidiarietà serva (non soltanto come criterio di legittimazione delle decisioni precettive, ma anche) come criterio di risoluzione dei conflitti con le fonti sopraordinate (soprattutto, con la legge stessa): una tale motivazione tecnica, infatti, è in grado di giustificare la vincolatività dei diritti e obblighi concordati da (tutti o taluni de) gli interessati anche contro una difforme previsione di legge, là dove se ne dimostri la maggiore idoneità a realizzare un preminente obiettivo di politica del diritto (cfr. F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale*, cit., 131, nt. 272). Parzialmente diversa, pertanto, risulta la ricostruzione di R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 105 ss., spec. 108, secondo il quale il principio di sussidiarietà «orizzontale» *ex art.* 118, u.c., cost. non si limiterebbe a fungere da fondamento unificante degli atti di autonomia (v., *infra*, nota 36), ma eleverebbe indifferenziatamente ciascuno di essi a vera e propria «fonte del diritto».

²² Una qualificazione simile è prospettata anche dalla dottrina, la quale segue una differente impostazione metodologica. Così, M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, in F. MACARIO – M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, 347 ss.

²³ Per tutti, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 171 ss. La metafora della fonte del diritto è richiamata anche da M. CERIONI, *Prime riflessioni sulle fonti dell'autonomia privata*, in *Annali della Facoltà giuridica di Camerino*, 2012, 1, 147. Ella, tuttavia, con significative differenze riguardo alla questione del coordinamento gerarchico con le fonti primarie, qualifica il contratto collettivo come semplice «fonte fatto», la cui valenza decisoria sarebbe fondata «sull'autonomia collettiva di cui all'art. 39 Cost.».

dell'ordinamento sportivo²⁴, i codici deontologici²⁵. La categoria, però, contempla anche autoregolamenti con efficacia eminentemente *inter partes*, come il negozio di scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali di cui alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (c.d. *lex voluntatis*)²⁶.

A questo punto, mi preme segnalare che la ricostruzione sopra delineata si distacca nettamente da quella autorevolmente proposta da un grande Maestro della civilistica italiana²⁷. Egli, pure, ritiene che sia corretto l'uso della sussidiarietà per spiegare la determinazione dell'impegnatività di simili autoregolamenti. Egli, però, sostiene la natura *sui generis*/non contrattuale di detti accordi. Egli solleva l'argomento che il paradigma contrattuale sia ontologicamente inidoneo a perseguire interessi superindividuali. Un simile assunto, pur essendo molto radicato nella scienza civilistica²⁸, merita di essere confutato in base al ruolo del contratto nel sistema di allocazione delle risorse approvato dalla nostra Costituzione. I tradizionali fondamenti etici del vincolo contrattuale – riassunti dagli aforismi *pacta sunt servanda*²⁹, *solus consensus obligat*³⁰, *qui dit contractuel dit*

²⁴ In argomento: M. CIMMINO, *Sussidiarietà orizzontale e ordinamento sportivo*, cit., 225 ss.; G. SANTORELLI, *Sussidiarietà e regole di validità dei contratti sportivi*, *ibidem*, 235 ss. Diversamente, M.P. PIGNALOSA, *Ordinamento sportivo e fonti private*, in *Jus Civile*, 6, 2017, 665 ss., ritiene che il principio di sussidiarietà non sia in grado di conferire a tali autoregolamenti una valenza decisoria pari a quella della legge. Specificamente, ella ritiene che non si possa azionare il criterio di giudizio dell'inderogabilità da parte di contratti tra gli interessati: a maggior ragione, una simile ricostruzione implica l'attivazione del precetto dell'inidoneità a derogare ad una specifica disposizione di legge.

²⁵ Sul tema, diffusamente: A. BELLELLI, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, in AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., 79 ss.; E. DEL PRATO, *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà*, *ibidem*, 91 ss.

²⁶ Diffusamente, F. SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003, 184 ss.

²⁷ M. NUZZO, *Prefazione*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., XVI ss., a detta del quale «l'autonomia dell'art. 1322 c.c. si esprime nel contratto ed è per sua natura autorizzata a regolare rapporti tra le parti del contratto; ad essa è estranea la regolazione di interessi generali». Il medesimo rilievo è sollevato anche da R. CARLEO, *o.c.*, 9 ss.

²⁸ In tal senso, è emblematica la teoria di L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 281 ss., il quale afferma che un accordo «se ed in quanto pone una norma non può essere contratto, che, in quanto sottospecie del negozio giuridico, non può che costituire, regolare, cioè modificare e accertare, od estinguere rapporti giuridici, e non può porre norme giuridiche, onde l'ulteriore deduzione dell'inammissibilità di un contratto normativo vero e proprio».

²⁹ Secondo la massima di Cicerone: «*Pacta et promissa semperne servanda sint, quæ nec vi nec dolo malo, ut prætores solent, facta sint*» (*De officiis*, 3, 92, 24).

*juste*³¹ – risultano in distonia rispetto alle effettive dinamiche dell'organizzazione della civile convivenza voluta dal potere costituente. Se Tizio mi ruba l'automobile e mi offre un "cavallo di ritorno", non vi è alcuna ragione etica di rispettare l'accordo con il ladro. Di là dai contratti immorali, è opportuno considerare anche una banalissima compravendita: la ragione per cui taluno si vincola al contratto è che gli manca un bene di cui ha bisogno e, al contempo, qualcun altro ha a disposizione un bene di cui può fare a meno. In generale, si osserva che alla base del vincolo contrattuale si pone una scelta politica delle istituzioni sovrane circa l'allocazione delle risorse disponibili. In questa prospettiva, merita apprezzamento il ruolo dell'autonomia contrattuale nel promuovere l'assetto allocativo della giustizia retributiva promosso dal comb. disp. artt. 3 e 23 cost.: per il principio di eguaglianza formale *ex* art. 3 cost. tutti sono eguali davanti alla legge, per cui, se taluno ha la proprietà di beni e altri no, un simile assetto allocativo si spiega (oltre che per l'abilità nel produrre) anche perché, compatibilmente con l'art. 23 cost., gli stessi interessati l'hanno voluto con un contratto di scambio o, più genericamente, di alienazione³². Allo stesso

³⁰ Cfr. G. ASTUTI, *Contratto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 779, il quale riconduce l'apoteigma in questione a S. PUFENDORF (*De jure naturæ et gentium*, III, 5-6, v. 2) e H. GROTIUS (*De iure belli ac pacis*, II, 11-12)

³¹ Cfr.: A FOUILÉE, *La science sociale contemporaine*, 2ª ed., Paris, 1885, 410; J.F. SPITZ, «*Qui dit contractuel dit juste*»: quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, in *Rev. trim. droit civil*, 2007, 281 ss.

³² Cfr., F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, cit., 119, dove si precisa: «Occorre osservare che, esplicandosi l'autonomia contrattuale, un soggetto diviene titolare di diritti ed obblighi da lui stesso voluti. Da una simile premessa logica s'inferisce la rappresentazione che la diversità dei diritti ed obblighi attribuiti a ciascun individuo non discende da una statuizione di legge, ma dalla stessa volontà degli individui. In conclusione, l'autonomia contrattuale assolve la funzione logica di determinare l'armonizzazione tra due concetti altrimenti antinomici: che la legge attribuisce agli individui diritti e doveri diversi; che tutti gli individui sono eguali di fronte alla legge. Fissato un simile impianto valutativo, l'autoregolamentazione risponde all'esigenza ideologica dello Stato di diritto di conciliare l'eguaglianza formale predicata dalla filosofia politica del liberalismo con la giustizia retributiva imposta dalla teoria economica del liberismo». In tal senso, merita di essere riconsiderata la rappresentazione prospettata da F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978, 67, il quale, a proposito del negozio giuridico, sottolinea che «il processo di astrazione, dal quale nasce la categoria, si inquadra nel più vasto processo che attraverso l'astrazione mira all'uguaglianza formale del diritto». Di pregio è anche la notazione di C. DONISI, *o.u.c.*, 28, secondo il quale all'origine del disfavore nei confronti della categoria dei negozi unilaterali sta «la diffusa, seppur latente, convinzione [...] che la struttura "bilaterale" dei fenomeni sociali in genere (e dunque anche di quelli giuridici) fosse, per ciò solo, garanzia di eguaglianza, di possibilità di cooperazione, di attività democratica». In vero, una simile ascendenza

modo, ai sensi degli artt. 41 e 42 cost.³³, deve essere valutata positivamente la capacità efficientistica del contratto consistente nella massimizzazione delle utilità individuali, secondo la logica che ciascuno è il miglior giudice dei propri interessi³⁴. Infine, è degna di nota anche la capacità dei contratti di scambio, secondo la concezione della *bargain theory*³⁵, di produrre utilità

assiologica è stata, per lo più trascurata. La dottrina, privilegiando la considerazione degli aspetti strettamente economici rispetto alla ricostruzione delle ricadute sociali, ha solitamente ricostruito il fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale (e, in generale, dell'autonomia privata) – senza alcun riferimento all'art. 3 cost. – con riferimento alle disposizioni degli artt. 41 e 42 cost. concernenti la libertà di iniziativa economica privata e il riconoscimento della proprietà privata (v., *infra*, nota seguente).

³³ Circa la teoria dell'individuazione del fondamento costituzionale (indiretto) dell'autonomia contrattuale (e, in generale, dell'autonomia privata) nelle disposizioni degli artt. 41 e 42 cost. statuenti la libertà di iniziativa economica privata e il riconoscimento della proprietà privata, cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, 2.

³⁴ In questo senso, merita di essere ricordata la lezione di G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 478. Egli ricorda che la Scuola economica liberale «riteneva che il maggior benessere collettivo dovesse attendersi dalla libera concorrenza delle iniziative individuali». Da questa considerazione è desunta la rappresentazione che «in un sistema positivo ispirato, qual'era quello del nostro Codice del 1865, ai canoni di quella scuola, l'autonomia della privata volontà nel campo dei contratti era tutelata in tanto in quanto era considerata come il miglior modo di realizzazione dell'interesse economico della collettività: e quindi fondamento dell'efficacia del contratto era pur sempre l'interesse sociale, e l'autonomia della volontà privata era riconosciuta e protetta perché ritenuta socialmente utile». Sulla storicità della saldatura tra l'ascesa della borghesia e lo sviluppo dell'autonomia contrattuale, v. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., 12 ss.; riguardo alla compenetrazione tra le teorie delle scienze filosofiche e sociali informate al dogma dell'utilitarismo e la tendenza di politica del diritto a rendere coercibile, nella maniera più ampia possibile, l'attuazione delle prestazioni e spostamenti patrimoniali programmati in un contratto, diffusamente, F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto*, Torino, 2011, *passim*, spec. 4 ss. e 16 ss. Sul punto, egli osserva che: «L'idea di fondo, come oramai ampiamente riconosciuto, e come già in precedenza cennato, è che il contratto, concretizzando la tensione umana allo scambio finalizzato a realizzare i bisogni umani, sia in grado di allocare le risorse esistenti in natura presso colui che è in grado di valorizzarle e apprezzarle al meglio».

³⁵ Emblematici i rilievi di R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (a cura di), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, 17. In particolare, l'illustre a. nota che: «Là dove interviene lo scambio consensuale, l'autonomia si fa garante di un risultato prezioso. Ognuno dei due contraenti accede allo scambio perché *per lui* la prestazione che riceve ha un valore maggiore alla prestazione che esegue». Il suesposto ordine d'idee rappresenta l'essenza della «*bargain theory*». Un simile costrutto è comunemente fatto risalire al pensiero di O.W. HOLMES, *The common law*, Boston, 1881, 230.

marginali. In sintesi, nel quadro costituzionale, la ragione della vincolatività del contratto non consiste nell'esigenza degli individui di dimostrare il proprio senso dell'onore, ma, piuttosto, nella sua attitudine a perseguire obiettivi di politica del diritto³⁶.

Una volta confutato l'argomento contrario, merita di essere ripreso il rilievo – già sviluppato a proposito dei contratti sostitutivi di provvedimenti amministrativi – che la logica della sussidiarietà implica la riconduzione di questi autoregolamenti al paradigma del contratto³⁷. Una simile impostazione ha importanti riflessi operativi. Bisogna osservare che l'efficacia esterna di siffatti autoregolamenti non dipende dalla loro estraneità al campo di applicazione del principio di relatività di cui all'art. 1372, comma 2, c.c., ma integra una vera e propria deroga a detta disposizione. Più in generale, si autorizza un'operazione ermeneutica per cui la formula della sussidiarietà risulta in grado di legittimare la decisione dell'impegnatività di questi autoregolamenti anche in deroga alla legge. Naturalmente, è necessario che si presenti l'esigenza di attuare al meglio un interesse superiore della società civile. Una tale valutazione si può dispiegare, ad es., per i seguenti autoregolamenti: un contratto collettivo di lavoro contenente degli *standards* per la tutela della parità di genere più

³⁶ Alla luce di questa ricostruzione, in prospettiva teorica, è corretto sostenere l'assunto che il principio di sussidiarietà "orizzontale" funga da fondamento (non soltanto dell'estensione dell'ambito di ammissibilità, ma) del generale riconoscimento della capacità autoregolamentare del contratto e degli atti di autonomia (cfr.: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, 4^a ed., Napoli, 2020, 30; già prima, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, 396; ID., *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 688; ID., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 208). In considerazione degli sviluppi operativi, tuttavia, è evidente che il parametro in questione presenti un valore aggiunto con riguardo agli autoregolamenti sostitutivi di pubblici poteri, dato che queste figure (a differenza di quelle tradizionali), difficilmente possono rinvenire nelle manifestazioni supreme di sovranità (Costituzione e Carte sovranazionali) anche un riferimento testuale più specifico (v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, 4^a ed., cit., 45 ss.; in precedenza, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., cit., 326 ss.). Un ruolo ancora più complesso, poi, è potenzialmente espletato dall'art. 118, u.c., cost. con riguardo alla specifica figura del «contratto fonte del diritto» (v., *retro*, nota 21).

³⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, Napoli, 2020, 29 ss., il quale testualmente afferma: «Il principio di sussidiarietà non stravolge il concetto di autonomia negoziale, in quanto, già prima e indipendentemente da esso, era ravvisabile nel contratto uno strumento capace di spiegare i propri effetti anche verso terzi e di realizzare interessi di carattere generale».

stringenti di quelli indicati dalla legge; un accordo di diritto sportivo, il quale, per il bene sociale dello sport, consenta lo svolgimento di attività sportiva professionistica di altissimo livello con garanzie per la salute pubblica diverse da quelle predisposte per tutti i cittadini da un atto avente forza di legge (è il caso dei Protocolli FIGC per allenamenti e partite delle squadre di calcio professionistiche durante l'emergenza Covid-19); un codice deontologico giornalistico, che, nell'interesse della civile convivenza, stabilisca delle restrizioni per l'attività di cronaca maggiori di quelle imposte dalla legge; ecc.

4. – In conclusione, si è cercato di prospettare un uso fortemente innovativo (addirittura, "demiurgico") della formula della sussidiarietà. Simili ragionamenti applicativi hanno la fisionomia della *Drittwirkung* del principio di sussidiarietà³⁸. Dal punto di vista della teoria generale, essi segnano il passaggio da un sistema delle fonti imperniato su una gerarchia delle fonti ad uno informato alla gerarchia dei valori. Evidentemente, possono essere sollevate diverse obiezioni tecniche, le quali, però, si riconducono tutte alla medesima questione sostanziale. In senso critico, si potrebbe osservare che, essendo il diritto cultura³⁹, bisogna adeguatamente considerare la ritrosia dei giudici a ricorrere a queste tecniche valutative. La ragione di una simile tendenza, tuttavia, non è focalizzata sul timore del giudice di perdere il bene della certezza del diritto, sprofondando nel baratro dell'incalcolabilità della decisione⁴⁰: tanto è vero che, come si è visto, spesso, i giudici adottano, al cospetto di istanze superiori, queste soluzioni ordinatorie anche estreme, ma attraverso argomentazioni diverse dalla sussidiarietà.

In prospettiva più generale, appare corretta la concezione controintuitiva che il metodo dell'applicazione diretta dei principi non

³⁸ Di là dalle varie sfumature definitorie, nella sua essenza, l'applicazione diretta dei principi è un'operazione ermeneutica connotata dalla capacità di motivare la decisione, in concreto, dell'impegnatività di vicende utilitaristiche diverse da quelle imposte dal testo di una disposizione di legge specifica, senza che questa sia definitivamente espunta dall'ordinamento giuridico attraverso un sindacato di assoluta incostituzionalità. In tal senso, cfr. G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, 18 ss., il quale ritiene inammissibile il ricorso ad una simile tecnica decisoria.

³⁹ A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 773 ss.; ID., *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 2008, 395 ss.

⁴⁰ In altra prospettiva, R. CARLEO, *o.c.*, 13 ss., esprime la preoccupazione che questi ragionamenti applicativi finiscano per introdurre «un nuovo significato (se non un declino) della "certezza del diritto"» e per portare «alle sue ultime conseguenze "la crisi della fattispecie"».

contrasti affatto, ma favorisca il perseguimento del bene della certezza del diritto. Fa d'uopo osservare che in contrapposizione al metodo dell'individuazione assiologico-teleologica delle determinazioni precettive applicabili nel caso concreto, tradizionalmente, si sollevano due argomenti: l'inadeguatezza rispetto all'obiettivo di assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziali (*i.e.* la certezza del diritto); l'inottemperanza all'esigenza di imporre la neutralità ideologica delle decisioni giudiziali (*i.e.* l'imparzialità nell'applicazione del diritto). In alternativa, la realizzazione di simili beni per la convivenza civile sarebbe favorita dal ricorso al metodo dogmatico-formalistico.

Simili rilievi devono essere storicizzati. In questa prospettiva, è opportuno notare che all'origine i suddetti obiettivi di politica del diritto sono abbastanza ai margini del formalismo della *Begriffsjurisprudenz*. Rovesciando la *Begriffspyramide*, emerge il dato che alla base di una simile architettura dogmatica si pone lo *struggle for existence* tra i concetti ordinanti⁴¹. Esemplare è la piramide concettuale della categoria della soggettività giuridica. In principio, si delinea la titolarità esclusiva di diritti e obblighi per i *Quirites patres familias*; progressivamente si afferma l'esigenza di riconoscere, eccezionalmente, la titolarità di particolari diritti e doveri anche alle donne, ai minori, agli stranieri e, addirittura, agli schiavi; successivamente, con l'influsso del Cristianesimo, si acquisisce l'idea che tutti gli esseri umani siano titolari dei diritti fondamentali della persona; in questo modo, dalla contrapposizione tra i suddetti concetti appaiono i caratteri sintetizzati dalla categoria della soggettività degli esseri umani. In tempi più recenti⁴², alla soggettività esclusiva degli esseri umani si contrappone l'opportunità di riconoscere la titolarità di diritti e obblighi anche alle organizzazioni esponenziali, la quale porta ad elaborare l'ulteriore concetto di persona giuridica; successivamente, questo ramo della soggettività giuridica si eleva al livello – di maggior astrazione – della nozione di soggettività degli enti, quando si afferma l'esigenza di distinguere tra enti personificati ed enti senza personalità giuridica⁴³. A

⁴¹ Sul darwinismo giuridico in Italia, v.: P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione nel diritto privato. Prelezione al corso di Diritto romano letta il 21 novembre 1881*, Camerino, 1882; G.P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto. Discorso pronunciato per la commemorazione di C. Darwin tenuta nella R. Università di Siena il 21 maggio 1882*, Siena, 1882.

⁴² La piena emersione del concetto di persona giuridica di diritto civile è, convenzionalmente, fatta coincidere con l'istituzione della società anonima Compagnia inglese delle Indie orientali il 31 dicembre 1600 (cfr. F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna, 1993, 76 ss.).

⁴³ Questo ramo della piramide concettuale della soggettività giuridica sarebbe destinato ad innalzarsi nell'ulteriore livello dei soggetti del diritto non umani, là dove si consolidasse la proposta teorica di ricorrere a tale categoria per spiegare le

séguito di questi processi mentali, la piramide si accresce di un ulteriore gradino rappresentato dalla nozione di soggettività giuridica in senso lato. È facile notare che nello *struggle for existence* tra concetti ordinanti non è garantita né la prevedibilità né la neutralità ideologica delle decisioni, visto che il giudice può ricavare, secondo i rapporti di forza maturatisi nel tempo, la soluzione applicabile al caso concreto sia dal “concetto originario” che dal “concetto dialetticamente contrapposto”⁴⁴.

La sintonia con gli obiettivi della certezza e della neutralità delle decisioni è stata ricercata in un successivo stadio evolutivo, quando il formalismo è stato declinato secondo i canoni della *dottrina pura del diritto* (*Reine Rechtslehre*)⁴⁵ e della teoria della fattispecie (*Tatbestand*)⁴⁶. Con un sistema delle fonti incentrato sul primato della legge, tali beni potevano essere effettivamente realizzati. Queste operazioni ermeneutiche, però, presentavano, comunque una controindicazione: quando per un’inadeguatezza della volontà delle Assemblee legislative o un mutamento del contesto socioeconomico la legge esprimeva valutazioni inique, esse portavano a sacrificare l’ideale della Giustizia (secondo i noti aforismi latini «*summum jus, summa injuria*» e «*dura lex, sed lex*»)⁴⁷.

Nel contesto attuale il sistema delle fonti, avendo assunto carattere *multilevel*, spesso preclude al metodo della (sussunzione nella) fattispecie di

determinazioni applicabili al cospetto di attività compiute automaticamente da algoritmi (cfr. G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019, 109 ss.).

⁴⁴ In vero, la *Begriffsjurisprudenz* si adatta, soprattutto, al perseguimento di una precisa strategia politica di conservatorismo socioeconomico. Bisogna, infatti, rilevare che, sulla falsariga dei processi evolucionistici, i concetti vecchi (*i.e.* i ragionamenti applicativi espressione di consolidati rapporti di forza tra classi sociali e individui) tendono a resistere e conservarsi (sia pure in ambito ridotto/con minor spazio vitale) rispetto all’affermazione dei concetti innovativi (*i.e.* le tecniche decisorie in grado di attuare i rapporti di forza in via di affermazione tra classi sociali e individui). Così, ad esempio, il criterio che soltanto i maschi cittadini adulti sono titolari di diritti si conserva, sfumando, prima, nel concetto che questi soggetti sono i principali titolari di diritti e, poi, in quello che anche questi soggetti sono titolari di diritti.

⁴⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig/Wien, 1934.

⁴⁶ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corr. 2^a ed., Napoli, 1994 (rist. anast. Torino, 1950), 8, nt. 2, il quale sottolinea che una simile nozione «venne da noi introdotta nella prima edizione del nostro corso di “Istituz. di dir. rom.”, § 45; poi è divenuta di uso comune».

⁴⁷ Sia pure in diversa ottica, anche F. RICCI, *Potere “normativo” dei privati, clausole generali, e disciplina dei contratti*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., 602, riconosce che l’approccio che si rifà al c.d. metodo tecnico-giuridico comporti il «sacrificio di una effettiva attuazione dei valori incorporati dalle norme, che la rigidità della norma impedisce di adattare alle variabili contingenze del caso concreto».

assicurare alcuna prevedibilità della decisione. Emblematico è il caso delle prestazioni spettanti all'agente non iscritto all'albo: per la legge italiana egli non aveva diritto alla provvigione (comb. disp. artt. 4, l. 9 maggio 1985, n. 204 e 1418, comma 1, c.c.); per il diritto comunitario egli era legittimato ad azionare la pretesa alla provvigione⁴⁸. In questo caso, essendo il fatto sussumibile in entrambe le discipline, il formalismo non garantiva alcuna prevedibilità della decisione. Il quadro, poi, si potrebbe ulteriormente complicare, se (come è verosimile) un'*Authority* intervenisse a fissare un ulteriore criterio di giudizio, come l'esistenza di un diritto ad una provvigione parzialmente ridotta, ecc.

Di là dai casi di conflitti tra norme "eterologhe" (*i.e.* dettate da fonti distinte), soprattutto, l'esigenza di impedire la conclamata ingiustizia delle decisioni giudiziali, ha costretto il metodo formalistico ad adattarsi. Una simile impostazione predica la vigenza degli impianti decisorii sottesi alle categorie "avalutative" della tradizione dogmatica, ma è disposta, nei "casi-limite", a riconoscere la giustiziabilità di pretese incompatibili con esse per evitare delle iniquità del tutto anacronistiche secondo l'argomento che «l'eccezione conferma la regola»⁴⁹. In questo modo, però, si accentua (anziché affievolirsi) il grado d'imprevedibilità e di discrezionalità delle decisioni.

Nel dibattito epistemologico in corso⁵⁰, pertanto, stanno affiorando delle innovative considerazioni per preferire il ricorso all'argomentazione assiologico-teleologica: paradossalmente (rispetto ai rilievi tradizionali) risulta sensato affermare che una simile impostazione metodologica – oltre ad assecondare il crescente bisogno di Giustizia delle decisioni – abbia un miglior esito proprio rispetto alle questioni della «certezza del diritto» e della «imparzialità della sua applicazione». Bisogna premettere che – come

⁴⁸ Corte di Giustizia CE, 30 aprile 1988 (Bellone c. Yokohama s.p.a.), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0215>, con riferimento alla Direttiva CEE del 18 febbraio 1986, n. 653, nel periodo antecedente al recepimento.

⁴⁹ Una simile impostazione è stata esplicitata, soprattutto, in un'ottica gius-penalistica e gius-pubblicistica; cfr.: G. FORNASARI, *Antinomie giuridiche, norme di civiltà e l'ideologia dell'eccezione*, in S. BONINI – L. BUSATTA – I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto*, Trento, 2015, 417 ss.; C. CASONATO, *Eccezione e regola: definizioni, fisiologie e patologie, responsabilità*, *ibidem*, 423 ss. In una prospettiva di teoria generale, C. NITSCH, *La regola e l'eccezione. Su defettibilità, ambiguità e vaghezza delle norme giuridiche*, in R. BRIGHI – S. ZULLO (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, Ariccia, 2015, 341 ss.

⁵⁰ Sollecitato tra i civilisti dalle acute provocazioni intellettuali di: N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 987 ss.; ID. *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, *passim*.

ha magistralmente dimostrato, in maniera controintuitiva, autorevolissima dottrina – nell’attuale esperienza giuridica, da un lato, il bene della «certezza del diritto» non può essere perseguito in senso di assoluta prevedibilità delle decisioni, assicurando una meccanicistica predeterminazione delle stesse. Dall’altro, un simile cardine della convivenza civile è attuabile in termini di «ragionevole prevedibilità delle decisioni», predisponendo la loro conformità ad un quadro di valori riconosciuto⁵¹. In quest’ottica, nella moderna esperienza giuridica, la verificabilità *a posteriori* della conformità delle decisioni giudiziali agli obiettivi di politica sociale ed economica perseguiti dall’ordinamento risulta una condizione essenziale, là dove s’intenda perseguire il bene della «certezza del diritto». Al contempo, pur essendo esclusa *ex ante* la neutralità ideologica delle decisioni, è sempre praticabile *ex post* un controllo della loro conformità alla tavola dei valori recepitata dalle manifestazioni della volontà sovrana delle istituzioni politiche espresse dal potere costituente.

Fissata una siffatta premessa teorica, nell’attuale esperienza giuridica si rivela preferibile il ricorso al metodo scientifico dell’applicazione del diritto (prevalentemente per) principi (non tecnici, ma) sostanziali, il quale consiste nel motivare la giustiziabilità di determinate pretese utilitaristiche mediante un’analisi degli interessi, coinvolti nella controversia intersoggettiva, condotta alla luce della gerarchia dei valori dell’ordinamento⁵². In questo

⁵¹ Cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2015, 2, 55 ss. Bisogna, però rimarcare una *nuance* distintiva: secondo l’impostazione del «realismo giuridico» è corretto muovere i ragionamenti applicativi dal quadro dei valori condivisi dalla c.d. «comunità interpretativa», vale a dire dall’aggregato degli operatori teorici e pratici del diritto condividenti la cultura giuridica imperante in un certo momento storico (diffusamente, N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1158 ss.); a parere di chi scrive, seguendo la Scuola di pensiero del «positivismo etico» (obbligato è il riferimento a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, 4ª ed., cit., *passim*, ma spec. 78 ss. e 249 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., cit., *passim*, ma spec. 192 ss.), è opportuno adeguare le decisioni operative alla tavola di valori delineata dai patti fondativi della convivenza civile (e cioè, principalmente, Costituzione, CEDU, Carta dei diritti fondamentali UE).

⁵² Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, 4ª ed., cit., 78 ss. e 249 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., cit., 192 ss., spec. 194. Una simile ricostruzione scientifica non ha un semplice valore descrittivo, ma può essere richiamata anche per motivare la valenza di specifiche situazioni soggettive. Premesso che «la gerarchia tra norme cede, in ragione del principio di legalità, dinanzi alla gerarchia assiologica», è stato plasmato l’impianto valutativo secondo cui, a determinate condizioni, la disciplina proveniente da una fonte gerarchicamente inferiore può essere reputata efficace a preferenza delle soluzioni ordinatorie

modo, come si è visto, essendo verificabili i fondamenti assiologici e teleologici della decisione, si conseguono, per quanto attualmente possibile, anche i beni della certezza del diritto e dell'imparzialità della sua applicazione.

Tirando le fila del discorso, la spiegazione dell'atteggiamento prudenziale dei giudici nei confronti della *Drittwirkung* del principio di sussidiarietà, pertanto, non discende affatto da un'avversione, insita nella cultura giuridica, per l'applicazione diretta dei principi. Essa, piuttosto, deve essere individuata nel "peccato originale" della formula: la patina "buonista", assunta all'origine del concepimento del principio di sussidiarietà, spesso finisce per occultare o frenare la valenza decisoria "demiurgica" potenzialmente sprigionata dalla formula.

Abstract

THE ROLE OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN EXPANDING FREEDOM OF CONTRACT

La formula della sussidiarietà può essere impiegata per legittimare la decisione della vincolatività di autoregolamenti strumentali al perseguimento d'interessi superindividuali. In tale prospettiva, l'autonomia contrattuale risulta estesa alle seguenti nuove figure: "contratti sostitutivi di provvedimenti amministrativi"; "contratti alternativi a provvedimenti giurisdizionali"; "contratti fonte del diritto".

The precept "according to the principle of subsidiarity" can be used to justify the enforceability of self-regulatory acts concerning superindividual interests. In such perspective freedom of contract is extended to new forms, namely: «contracts substitutive of administrative measures»; «contracts alternative to judicial settlements»; «contracts sources of legal rules».

predisposte da una fonte di grado superiore. In detta prospettiva, è corretto ritenere che, «se, ad esempio, un regolamento governativo garantisce la tutela della persona in misura maggiore rispetto ad una legge statale o regionale (gerarchicamente sovraordinate), è comunque il primo a dover trovare applicazione» (v. P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 195). Altra impostazione, invece, ritiene, da un lato, che la gerarchia delle fonti permanga in forma rigida nei conflitti tra fonti nazionali, dall'altro, che non si presenti più alcun vincolo gerarchico rispetto al ricorso a fonti "esterne" alla sovranità nazionale, *i.e.* sovranazionali, internazionali o *extra ordinem* (così, F. BRAVO, *o.c.*, 1357, spec. nota 33).