

ANDREA ZOPPINI

## **Per una rilettura del Codice civile alla luce della Costituzione**

SOMMARIO: *0. Introduzione; - 1. Primo atteggiamento: il valore meramente programmatico dei precetti costituzionali; - 2. Secondo atteggiamento: la «rilettura» del codice civile; - 3. Terzo atteggiamento: l'efficacia orizzontale della Costituzione; - 3.1 La Drittwirkung immediata; - 3.2 La Drittwirkung mediata.*

### **0. – Introduzione**

Il sintagma ‘costituzionalizzazione del diritto privato’ propone una formula la cui declinazione non è univoca.

Possiamo riconoscere in tale espressione tre differenti aree tematiche e problematiche: i) la materializzazione del diritto privato alla luce delle regole costituzionali; ii) il tema ordoliberalista della costituzione economica dello stato nell'Unione Europea; iii) il tema del diritto privato oltre lo Stato, che ormai incorpora i diritti fondamentali degli uomini.

Nel presente scritto mi occuperò essenzialmente del primo tema, analizzando il contributo fornito in tal senso dai Maestri della Sapienza.

Occorre premettere che l'apporto degli studiosi della Sapienza alla materializzazione del diritto privato alla luce delle regole costituzionali non è inquadrabile entro un'unica chiave di lettura.

Negli anni in cui la Corte costituzionale, con il suo insediamento ufficiale, inizia formalmente a svolgere la propria attività, la civilistica italiana era rappresentata, all'Università la Sapienza, da due nomi: quello di Francesco Santoro-Passarelli, titolare della cattedra di diritto civile dal 1947, e di Rosario Nicolò, giunto a Roma, alla cattedra di istituzioni di diritto privato, nel 1954. Sebbene indiscutibilmente accomunati da un rigoroso metodo dogmatico, i due Maestri vengono comunemente ricordati per un profilo più formalista e sistematico l'uno (Santoro-Passarelli), e per un tratto maggiormente realista e pragmatico l'altro (Nicolò). Ed è senz'altro in coerenza con questa diversa indole che, mentre si scorge nella produzione

scientifico del primo un tratto più attento all'edificazione di un impianto concettuale capace di offrire compiuta sistematizzazione dell'esperienza giuridica, nelle ricerche del secondo è dato rinvenire una tensione maggiormente volta al futuro, significativamente mostrata anche sul tema che ci occupa.

Muovendo da queste divergenze di fondo, non è mancato chi, recentemente, si è interrogato sul *se* Santoro-Passarelli e Nicolò abbiano operato come capostipiti di una 'Scuola romana', intesa come “*comunità di studiosi che seguono il metodo di uno stesso maestro*”<sup>1</sup>. Di là dalla risposta non univoca che da quella indagine si ricava, ciò che certamente si può sostenere è che l'attenzione per la Costituzione, e per la sua incidenza nei rapporti di diritto privato, non fu un tratto unificante nelle ricerche privatistiche svolte in Sapienza già nel corso dei primi decenni in cui la Carta trovò concreta attuazione nel nostro ordinamento. Il che, proprio sul fronte che qui è di interesse, mi pare testimoniato dalla possibilità di ricostruire il contributo fornito da alcune delle più importanti voci succedutesi nelle cattedre di diritto privato dell'Università romana, riconducendolo ad almeno tre distinti orientamenti quanto alla relazione tra le regole e gli istituti recati dal codice del 1942 e la Carta fondamentale del 1948.

Provo a trattarne esaminandoli in un ordine di crescente attenzione per il valore precettivo attribuibile al testo costituzionale nel quadro dei rapporti interprivati.

### **1. – Primo atteggiamento: il valore meramente programmatico dei precetti costituzionali**

Come noto, gli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione sono caratterizzati da un dibattito sulla conservazione del codice. Si prospettava, in via apicale, il tema della connessione tra il codice del 1942 ed il regime politico corporativo sotto il quale era stato scritto ed emanato.

Sebbene in principio animato da toni anche accesi e vivaci, la questione rapidamente si attenuò e si spense, conoscendo soltanto episodiche ed occasionali

---

<sup>1</sup> A. GENTILI, *Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi, tematiche: la Scuola romana?*, in G. ALPA, F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile del Novecento: scuole, luoghi, giuristi*, Milano, 2019, 205 ss.

riprese. A prevalere è stata presto la posizione favorevole al mantenimento del codice, certamente favorita dall'apprezzamento che, rispetto alla sua forma e ai suoi contenuti, veniva espresso da voci autorevoli della dottrina civilistica, come per l'appunto quella di Santoro-Passarelli, che nel codice scorgevano il risultato di lavoro tecnico e di un impegno fedele e coerente con l'eredità del pensiero giuridico liberale.

A questo atteggiamento si accompagnava una sostanziale indifferenza verso i valori costituzionali della sistematica e delle categorie codicistiche consegnate dalla tradizione, ben testimoniata dalla pressoché completa assenza di specifici riferimenti alle norme della Carta fondamentale nell'elaborazione manualistica immediatamente successiva alla sua entrata in vigore e in quella riaggiornata a seguito di tale evento (significativi esempi, in tal senso, limitandosi a volumi adottati in Sapienza, sono le *Dottrine generali del diritto civile* di Francesco Santoro-Passarelli e le *Istituzioni di diritto privato* di Giuseppe Branca)<sup>2</sup>.

Tale ricostruzione si spiegava in ragione della tendenza ad attribuire alle norme della Carta fondamentale un'efficacia meramente programmatica, per riservare al legislatore ordinario la responsabilità e il potere, e dunque la discrezionale libertà, di tradurle in regole precettive. La sostanziale irrilevanza del vincolo costituzionale, dunque, poteva essere giustificata dal prevalere di una riflessione tecnica incentrata sugli istituti formalizzati dal codice civile, piuttosto che sulle ricadute valoriali e politiche espresse dalla Carta.

La Costituzione, peraltro, si poneva in contrasto con la logica della fattispecie sottesa all'idea stessa di codificazione.

Il codice civile e la Costituzione parlano linguaggi molto diversi e sono informati a tecniche normative differenti. È un tema aperto ancora oggi se la Costituzione abbia introdotto un elemento di rottura, o antitetico, rispetto alla tecnica della fattispecie che caratterizza il codice civile. A questo riguardo, ritengo che l'interpretazione costituzionalmente orientata muova sempre dal testo della norma: tra più significati

---

<sup>2</sup> Lo segnala P. RESCIGNO, *I manuali di diritto privato dopo la Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 409 ss.

ascrivibili alla disposizione codicistica è necessario scegliere quello più coerente con quello proposto dalla Costituzione.

Come più di recente ricordato da Lipari, la fattispecie rappresentava «lo strumento attraverso il quale i giuristi hanno cercato di arginare l'incertezza e l'imprevedibilità»<sup>3</sup> che la norma costituzionale, invece, metteva in crisi, determinando uno spostamento «dal criterio di valutazione della prescrittività legale al valore degli interessi»<sup>4</sup>. Il porre al centro un ragionamento formalistico governato dal principio di legalità piuttosto che un diritto conformato a giustizia determinava una sostanziale indifferenza circa l'influenza del disposto costituzionale, cui si affiancava la necessaria salvaguardia dell'autonomia privata e del diritto soggettivo da tendenze e rischi di funzionalizzazione, connessi ad una lettura immediatamente precettiva delle norme costituzionali. Santoro-Passarelli esemplarmente chiarisce con riguardo al paradigma dominicale, che al diritto soggettivo non può che essere estranea l'idea di una funzione (e così pure la possibilità di abuso), che è semmai da attribuire a tutto il sistema oggettivo in cui la proprietà si inserisce<sup>5</sup>.

Nel solco di tale ricostruzione può collocarsi la posizione sviluppata successivamente da Natalino Irti, secondo cui i doveri i precetti costituzionali «esigono la mediazione della legge ordinaria e dell'atto amministrativo»<sup>6</sup>. In quest'ottica, anche valori apicali, quali il dovere di solidarietà enunciato dall'art. 2 Cost., non sono suscettibili di diretto adempimento da parte dei consociati, necessitando invece della mediazione della legge ordinaria, che, a sua volta, ha bisogno di atti amministrativi.

## **2. Secondo atteggiamento: la «rilettura» del codice civile**

Un momento storico importante nell'evoluzione dei contributi sulle interazioni tra Costituzione e diritto privato codificato può essere collocato intorno alla metà degli anni Sessanta.

---

<sup>3</sup> N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 166.

<sup>4</sup> N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 167-168.

<sup>5</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 748 ss.

<sup>6</sup> N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà*, in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 2008 (rist.), 116.

Sul fronte giurisprudenziale, è questo il periodo ove viene pubblicata la prima sentenza della Corte Costituzionale con cui, attraverso il dettato costituzionale, viene operata una significativa rilettura dei principi codicistici del diritto privato. Si tratta della pronuncia n. 63 del 1966, redatta da Giuseppe Branca, la quale, muovendo dall'inquadramento della posizione del lavoratore come quella di un individuo (anche socialmente) subalterno rispetto al datore, dichiarò l'illegittimità costituzionale degli artt. 2948 n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, c.c. nella parte in cui consentivano che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorresse durante la vigenza del rapporto<sup>7</sup>.

Sul fronte dottrinario, è del 1964 la voce enciclopedica dedicata al *Diritto civile*, ove, con significativa lezione di metodo (e Cesare Salvi mi ha raccontato che quella voce è stata oggetto di un intenso dialogo del Maestro romano con Stefano Rodotà), Nicolò ammoniva circa la «necessità di una prospettiva moderna del diritto civile», e «a rendersi conto di quanto [fosse] profonda e incolmabile la frattura tra la situazione presente, nell'attuale assetto evolutivo della nostra organizzazione sociale, e le forme giuridiche del passato»<sup>8</sup>.

Da ciò discendeva l'invito a non abbandonarsi a nostalgiche rivisitazioni degli istituti del diritto romano: «In antitesi alla tendenza a fare del diritto civile un museo di anticaglie, preziose quanto si vuole, ma sempre tali, il civilista moderno dovrebbe rendersi conto del significato che, per definire l'oggetto della sua conoscenza, hanno le norme costituzionali che intendono garantire, sul piano costituzionale, istituti, situazioni e rapporti che riguardano i soggetti 'privati', sia come individui sia come elementi di comunità intermedie, i loro interessi e la loro attività, come manifestazione di libertà e affermazione di personalità». In tale contributo la valenza delle norme costituzionali non veniva dunque limitata al ruolo di garanzia degli istituti fondanti la tutela degli interessi dei consociati e delle relazioni interprivate rispetto agli abusi del potere pubblico (e quindi quale «sistema protettivo che dall'esterno permette di individuare i confini attuali del diritto civile

---

<sup>7</sup> Cfr. Corte Cost., 10 giugno 1966, n. 63, in *Giust. civ.*, 1966, III, 267; *Giur. cost.*, 1966, 942; *Foro it.*, 1966, I, 985.

<sup>8</sup> R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 904 ss.

e il suo essenziale contenuto»). Ed invero, appare già chiaro a quella voce autorevole della dottrina che «alcuni dei princìpi costituzionali, se anche dettati per la finalità di regolare la posizione dei cittadini nei confronti dello Stato, come il principio secondo il quale sono riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili dell'uomo al quale correlativamente si chiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, o come il principio di eguaglianza, hanno tale forza espansiva da incidere direttamente nell'ambito dei rapporti privati e da assumere la funzione, se gli operatori del diritto ne intenderanno la portata, di direttive fondamentali per la elaborazione e l'attuazione degli istituti civilistici».

Mi pare si muova in coerenza con l'esortazione di metodo estrapolabile da quella pagina, il tentativo di rivisitazione del diritto privato codicistico che si sostanzia nella proposta di una sua «rilettura» nel rinnovato quadro ordinamentale.

Una prospettiva, questa, che, a partire dalla fine degli anni Sessanta, trova in Pietro Rescigno una delle voci più attente. Faccio riferimento al saggio “*Per una rilettura del codice civile*”, volto, per l'appunto, ad una rilettura del codice civile alla luce della carta Costituzionale<sup>9</sup>.

Se, da un lato, l'Autore attua una difesa dell'attualità e della perdurante capacità del codice civile a costituire l'asse fondamentale della disciplina del diritto privato, dall'altro lato individua nel rapporto fra codice civile e costituzione una fertilizzazione reciproca, poiché se le norme costituzionali consentono una rilettura ed un ampliamento di quanto scritto nel codice civile, allo stesso tempo le parole utilizzate nella Costituzione ricevono un significato proprio alla luce dell'elaborazione storica e positiva, stratificata con riferimento al testo del codice civile. Ritengo che il contributo di Rescigno debba essere ricordato e posto al centro della discussione.

In opposizione a quanti, intravedendo nel codice un prodotto storicamente datato, avevano addirittura portato alla discussione parlamentare un progetto di sua riforma<sup>10</sup>, quella raccomandata rilettura esprimeva invece «un invito a non aver fretta, a non essere impazienti, a non porre mano ad un lavoro legislativo che

---

<sup>9</sup> V. in particolare P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, c. 209 ss.

<sup>10</sup> Il riferimento è al disegno di legge n. 557 del 10 ottobre 1963.

verosimilmente sarebbe stato inadeguato al proposito di riscrivere l'intero diritto privato italiano codificato»<sup>11</sup>.

Lungi dal sopravvalutare la posizione da riconoscere al codice civile nella mutata gerarchia delle fonti, ricollocandolo in un luogo che trascurasse la primazia della Costituzione, la raccomandazione invitava invece a prendere pienamente consapevolezza delle potenzialità in esso racchiuse e non completamente esplicate, così realizzando, nel complessivo quadro sistematico, la pienezza delle tutele che, quanto al diritto dei privati, potevano rinvenirsi nella Carta fondamentale.

In questa prospettiva, la Costituzione viene valorizzata nel suo essere documento carico di enunciati strettamente privatistici, e dunque idonea a far ritenere definitivamente conclusa la fase storica nella quale i codici civili potessero essere legittimamente guardati come testi di rango apicale, posti sostanzialmente al vertice delle norme regolatrici del mercato e della società civile. Al contrario, una Carta che disciplina direttamente ed immediatamente materie tipiche del diritto privato (dalla famiglia alla vicenda ereditaria, dall'iniziativa economica al contratto, dall'impresa al lavoro) non poteva che rappresentare fonte di cui era ed è indispensabile la cognizione (e la sistemazione) allo studioso civilista, chiamato, a ben vedere, ad una duplice attività.

Per un verso, il rilievo (non seriamente contestabile) per cui la Costituzione e il codice civile parlano due linguaggi diversi avrebbe dovuto ricordare al giurista che il significato tecnico di istituti, e prima ancora di parole, contenuti nella Carta non potesse prescindere, sul piano storico e positivo, dall'elaborazione stratificatasi con riferimento al testo del codice civile<sup>12</sup>.

Al tempo stesso, appariva evidente come quelle medesime nozioni, nel mutato quadro ordinamentale, si prestassero ad una rinnovata lettura, idonea a mettere in luce la capacità di talune formule codicistiche di prestarsi a contenuti nuovi, senza

---

<sup>11</sup> P. RESCIGNO, *Codici. Storia e geografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, 105 s.

<sup>12</sup> Secondo P. RESCIGNO, *Il codice civile italiano: inventario di un mezzo secolo (1992)*, in ID., *Codici. Storia e geografia di un'idea*, cit., 56 ss. «termini come 'famiglia' o 'contratto', ad esempio, al di là delle aperture della Carta costituzionale, sono da chiarire attraverso il codice civile poiché la Costituzione del '48 (e qualsiasi Costituzione, per quanto voglia porsi in un rapporto dialettico col codice civile) non era in grado di riscrivere nozioni che hanno una tradizione ed una intrinseca positività nei codici civili».

la necessità di ricorrere all'uso 'alternativo' di schemi o concetti di riferimento tratti dal codice.

Analizzati in questa prospettiva, i momenti di vera e propria cesura imposti dalla Costituzione rispetto al diritto del codice civile non apparivano così gravi da impedire la rilettura orientata alla conservazione del testo nel convinto rispetto dell'interprete.

A riprova di come numerose discipline codicistiche avessero una capacità di adeguamento che l'interprete non avrebbe dovuto sacrificare o disconoscere, rinnegando la struttura propria degli istituti, si può guardare, esemplificativamente: i) al ricorso che ha operato la giurisprudenza di diritto privato alla normativa codicistica sulle associazioni non riconosciute a fronte di realtà imponenti del mondo contemporaneo quali i partiti politici, i sindacati, l'associazionismo libero; ii) a come strumenti tecnici propri del diritto generale dei contratti si siano rivelati idonea garanzia per l'attuazione di esigenze consacrate nel testo costituzionale (si pensi alla circostanza per cui temi cruciali del diritto sindacale italiano – dall'autonomia del sindacato all'efficacia del contratto collettivo – siano stati affrontati anche sulla base di un compendio fortemente radicato nel codice civile: dalla rappresentanza al contratto a favore di terzo).

Del resto, le materie rivelatesi meno idonee ad essere conservate, anche in ragione degli interventi del legislatore – in occasione di grandi riforme come quella del diritto di famiglia, e nella materia del lavoro con la disciplina dei licenziamenti e con lo Statuto – e delle pronunce della Corte costituzionale, sono materie che l'esperienza ha nel corso del tempo presentato secondo una precisa tendenza ad uscire dai codici civili, favorendo (non solo in Italia, come nel caso della recente legge sulle unioni civili e le convivenze) il processo di un codice civile 'ridotto'.

In conclusione, mi pare di poter affermare che il contributo volto alla rilettura del codice civile non implicasse in alcun modo una idealizzazione di modelli storicamente datati, come perfettamente testimoniato dal peso che proprio la Costituzione assumeva, a livello di presentazione del sistema, in un Manuale come quello di Rescigno, ovvero in innovative ricerche per l'insegnamento del diritto



privato come quelle promosse da Lipari nel corso degli anni Settanta<sup>13</sup>. Quell'invito non intendeva minimamente sovvertire la gerarchia delle fonti, bensì piuttosto riconoscere e tracciare i confini entro i quali l'autonomia dei privati – e cioè il concetto portante del diritto privato (e quindi del codice civile) – potesse svolgersi e pienamente realizzarsi senza incontrare immediatamente il limite segnato dai principi costituzionali.

Tale assunto consente di collegare quanto sin qui ricostruito al terzo orientamento di cui deve darsi conto: quello generato dalla problematica della possibile efficacia orizzontale dei principi costituzionali nel campo dell'autonomia privata, e più in generale, dei rapporti di diritto privato.

### **3. – Terzo atteggiamento: l'efficacia orizzontale della Costituzione**

Venendo al tema dell'efficacia orizzontale della Costituzione, essa ha assunto nell'elaborazione della giurisprudenza pratica e teorica due fondamentali declinazioni, riassumibili nei riferimenti alla *Drittwirkung* mediata e immediata. Prima di esaminare nel dettaglio tali concezioni, è tuttavia opportuno analizzare taluni casi emblematici, al fine di comprendere le possibili ricostruzioni che la problematica in esame può schiudere.

Ad esempio, tuttora è aperto il dibattito sul se l'applicazione delle regole sulle associazioni non riconosciute debba implicare un'interpretazione letterale delle norme degli artt. 36 ss. c.c., attribuendo un ampio spazio all'autonomia dei privati, ovvero se si debba limitare tale autonomia in base ai principi costituzionali, ossia attraverso un'applicazione diretta delle norme costituzionali, oppure ancora, come personalmente preferisco, se si debba operare un'applicazione tipologica, che seleziona le norme sulla base degli interessi in concreto rilevanti.

Si pensi, a tal proposito, alle norme degli statuti delle associazioni che pongono discriminazioni di sesso fra gli associati e che dunque escludono la possibilità per le donne o per gli uomini di associarsi: si può scegliere un'interpretazione costituzionale di tipo abrogativo, come parte della dottrina ha sostenuto, cioè

---

<sup>13</sup> N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974.

ritenere che queste clausole siano illegittime in quanto contrarie a principi di ordine pubblico costituzionali, oppure si può ritenere, come ha fatto la giurisprudenza americana, e mi sembra la soluzione più equilibrata, che non ci sia una risposta univoca ma sia necessario verificare in concreto il tipo di integrazione di interessi che si realizzano. Se si tratta di un'associazione privata in senso stretto allora l'autonomia privata potrà espletarsi in maniera più ampia, ma se si tratta di un'associazione che riceve contributi pubblici, o che ha una funzione fondamentale di integrazione sociale tra le persone, l'esclusione di una specifica categoria non sarà ammissibile.

### **3.1 – La Drittwirkung immediata**

A stretto rigore, di *Drittwirkung* – ovverosia di efficacia nei confronti dei terzi – dovrebbe parlarsi solo allorché, nei rapporti orizzontali tra due soggetti, la norma Costituzionale assurge a stregua immediata e diretta della qualificazione d'un fatto di autonomia privata, fonte di diritti e obblighi, momento della rilevanza ermeneutica d'un comportamento.

Guardando in questo senso all'efficacia diretta dei diritti costituzionali nei rapporti tra privati, deve preliminarmente segnalarsi che pur a fronte d'una riflessione teorica rilevante – come quella promossa da Pietro Perlingieri<sup>14</sup> – il tema ha formato oggetto d'un approfondimento non univoco e tecnicamente meno avvertito nel diritto giurisprudenziale.

Volendo in questa sede proporre una personale chiave di lettura, credo che concorrenti ragioni inducano ad escludere che le norme costituzionali possano produrre effetti diretti nei rapporti tra privati<sup>15</sup>.

Quando il destinatario delle norme costituzionali è lo Stato, la trasposizione del precetto normativo direttamente in capo al soggetto privato postula che sia elisa la sfera di interesse – di regola anch'essa tutelata costituzionalmente – che il privato

---

<sup>14</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, in part. 535 ss.

<sup>15</sup> Riprendo sul punto quanto già argomentato nel mio *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, 24 ss.

medesimo è chiamato a governare autonomamente. È evidente, ad esempio, che l'applicazione indiscriminata del principio di uguaglianza cancella l'autonomia privata, intesa come cura e presidio dell'interesse riconosciuto al privato<sup>16</sup>.

La riserva di legge, che governa l'attuazione e i limiti ai diritti costituzionali, esclude che i medesimi criteri possano valere selettivamente per gli atti negoziali. È, anzi, normalmente vero il contrario: ciascun accordo privato può essere visto come una limitazione di altrettante norme fondamentali (si pensi, ad esempio, al rapporto di lavoro subordinato e a tutti i contratti che incidono direttamente o indirettamente sui diritti della personalità: dal contratto di edizione a quello di insegnamento). Gli è, infatti, che la stessa autonomia privata postula una valutazione rimessa al privato e riconducibile anch'essa, seppure indirettamente a valori costituzionali.

Nel conflitto tra valori e libertà costituzionali, il legislatore è richiesto di operare un bilanciamento, sì che possano convivere interessi e diritti contrastanti, procedimento affidato a parametri quali l'adeguatezza, la necessità, la proporzionalità. Tale schema è insuscettibile di replicarsi nella valutazione dell'interesse che amministra il privato, che per definizione – ove la legge non lo richieda espressamente – non è procedimentalizzato ed è immotivato. Dunque, la manifestazione di autonomia privata – di regola – non è idonea a sussumere dialetticamente la ponderazione, operazione cui invece è chiamato il legislatore al momento di operare il bilanciamento tra valori costituzionali opposti.

### **3.2 – *La Drittwirkung mediata***

Diversa è la qualificazione degli effetti e la situazione soggettiva che ne discende – che la dottrina qualifica nei termini di *Drittwirkung* mediata o di efficacia (allora) riflessa – per i casi nei quali il testo costituzionale sia impiegato per ascrivere un senso più compiuto alle norme che proprio nel dettato del codice civile trovano primaria collocazione.

---

<sup>16</sup> Cfr. ancora P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Scritti in onore di Gioacchino Scaduto*, II, Padova, 1970, 541 ss.

Sul punto non può non porsi mente al programma di lavoro promosso a partire dagli anni Sessanta da Stefano Rodotà, ispirato dalla valorizzazione del ruolo centrale attribuito alla persona nel sistema ordinamentale attraverso la ‘scoperta’ della Costituzione come fonte vincolante rispetto alle disposizioni codicistiche, e dalla formale garanzia della libertà individuale sottesa all’esercizio del diritto soggettivo<sup>17</sup>.

Quella riflessione si inserisce con coerenza in un quadro di studi precursori<sup>18</sup>, tesi a promuovere una realizzazione dell’impianto programmatico della Costituzione attraverso il margine di conformazione dei più tradizionali istituti del diritto privato patrimoniale riconducibile alla valorizzazione di clausole generali come quella della funzione sociale<sup>19</sup>, della buona fede oggettiva<sup>20</sup>, e dell’ingiustizia del danno<sup>21</sup>. Tratto metodologico comune di tali ricerche – che nel tempo vedranno affiancati altri esponenti della civilistica presso la Sapienza, come Cesare Massimo Bianca<sup>22</sup> – è il rifiuto di leggere le clausole generali alla stregua di principi – destinati allora a trovare in sé stessi la propria cifra contenutistica – trattandole invece come strumenti di lavoro che chiamano l’interprete a calare nella dinamica del diritto privato la realizzazione del programma sotteso al testo costituzionale. Ed è in tal senso che alla triade formalistica soggetto-fattispecie-negozio, si sostituisce quella, maggiormente realistica, proprietà-responsabilità-contratto, come istituti ontologicamente innervati dai principi costituzionali di uguaglianza e, soprattutto, solidarietà<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in ID. (a cura di), *Il diritto privato della società moderna*, Bologna, 1971, 9 ss.

<sup>18</sup> Tra gli altri, secondo diversi approcci, ed esemplificativamente, U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955 (e ID. *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.); P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss.

<sup>19</sup> S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1252 ss.

<sup>20</sup> S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

<sup>21</sup> S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

<sup>22</sup> C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 215 ss.

<sup>23</sup> Per una più recente lettura del principio, e delle sue ricadute operative nella (ri)definizione dei rapporti sociali, S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; nonché ID., *Introduzione*, alla ristampa *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, VI.

Se la bontà e l'importanza di simili intuizioni non può essere disconosciuta, una notazione critica finale può a mio avviso essere svolta mettendole in relazione con i corollari operativi che ne sono discesi, allorché queste hanno stabilmente penetrato l'elaborazione della giurisprudenza pratica.

Non v'è dubbio che negli ultimi decenni le corti abbiano fatto largo uso dell'argomento costituzionale, finendo per ottenerne un impiego idoneo, in chiave argomentativa, non solo a favorire processi d'interpretazione evolutiva o adeguatrice di singole disposizioni di legge, ma, a ben vedere, producendo un risultato che ha progressivamente assunto toni diversi e ulteriori rispetto a quelli in passato patrocinati dalla più innovativa dottrina.

Se l'auspicio di una legislazione per principi guardava alle clausole generali come strumento capace di promuovere la piena attuazione del programma costituzionale, dando realizzazione agli indirizzi e ai valori di giustizia sociale nel tempo desumibili dalla Carta fondamentale, la più recente evoluzione del diritto vivente pare invece trovare nel ricorso a clausole come quelle di correttezza e buona fede un mezzo per orientare la decisione del giudice verso l'esito ritenuto più coerente con le istanze di equità e giustizia sostanziale avvertite al fondo della concreta vicenda oggetto di controversia.

Patrocinare la generale conformazione del diritto privato patrimoniale alla luce dell'utilità sociale e della matrice personalistica dell'ordinamento costituzionale è ben diverso dal rinvenire nelle clausole generali lo strumento di valutazione equitativa del singolo rapporto. Altro, infatti, è calare i doveri costituzionali di solidarietà nell'interpretazione conforme a Costituzione di singole norme, e al limite, per tal via, legittimarne un'applicazione analogica o estensiva (ed è in tal senso, ad esempio, che la *Drittwirkung* mediata ha sostanzialmente riscritto il diritto della responsabilità civile, sia nel campo patrimoniale, sia, soprattutto in quello non patrimoniale). Altro, invece, è ergere tali principi a fondamento di diritti o obblighi rilevanti tra le parti (come quello che fa divieto di abusare del proprio diritto di

fonte contrattuale: è il noto caso *Renault*<sup>24</sup>), in modo tale da orientare alla loro luce la giustizia (non sociale, ma) del caso singolo<sup>25</sup>.

Il rischio a mio avviso ravvisabile al fondo di queste operazioni è quello ben evidenziato da Irti nella sua più recente analisi sulla crisi della fattispecie, che chiarisce come le norme costituzionali tendano in queste decisioni ad essere applicate senza il riconoscersi del tipo nel fatto, risultando pertanto ascrivibili ad un modello di diritto positivo che apre la strada ad una argomentazione attraverso “valori” che valgono in quanto tali e non abbisognano di norme o di ulteriori tramiti, ponendosi così al riparo dalla volontà legislativa (e finendo per contraddire lo stesso principio della separazione dei poteri)<sup>26</sup>.

In questa prospettiva, l'intuizionismo dei valori non rende buon servizio alle norme costituzionali: l'evento cesserà di essere un caso, divenendo solo «un'occasione per far valere un valore»<sup>27</sup>, con ciò inevitabilmente favorendo, più che il senso di giustizia sociale sotteso al programma della Carta, la pretesa (potenzialmente egoistica) della singola parte di una controversia a veder prevalere la tutela del proprio contingente interesse, invocando effetti coerenti con il fatto storico che reclama una disciplina<sup>28</sup>.

Il periodo tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta rappresenta il momento della costituzionalizzazione del diritto privato. Sono stati anni in cui vi è stata una significativa rinnovazione della scienza giuridica ed un superamento del positivismo formalista e dell'idea del diritto come scienza autonoma autoreferenziale, che proprio i valori costituzionali hanno aiutato a superare.

Questa reazione antiautoritaria e antistatuale, fondata sull'affermazione dei diritti e delle libertà dei singoli, ha prodotto, non solo in Italia, un vettore di stampo *individualistico*, che poi ha determinato due traiettorie divergenti ma entrambe radicate nella cultura oppositiva. Siffatto atteggiamento si riscontra in tutti gli studi

---

<sup>24</sup> Cass. Civ., 18 settembre 2009, n. 20106.

<sup>25</sup> Condivisibili, sul punto, le notazioni di C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, 100 ss.

<sup>26</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 42.

<sup>27</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., 43.

<sup>28</sup> Di questi profili ho da ultimo ragionato nel mio *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 81.

degli anni Settanta, in cui il diritto privato è declinato nei termini del “*diritto a.*”: diritto al lavoro, diritto all’abitazione, e così via. Si tratta di un’impostazione che ha generato, da un lato, (i) la rilettura del diritto privato nel prisma del diritto del lavoro, che a sua volta è stato anche il prisma in cui è stato analizzato il diritto dei consumi; dall’altro lato, (ii) l’analisi economica del diritto come reazione neosistemica ma fondata sull’economia del benessere, facendo assurgere quest’ultima a paradigma dell’allocazione efficiente dei diritti e dell’interpretazione delle norme.

Rispetto a questo modello individualistico la risposta, anche in America, è consistita nella riaffermazione dei valori. A mio avviso, è innegabile che i valori siano un punto fondamentale nel processo interpretativo, ma essi non possono divenire uno strumento che consente al giudice di elidere l’applicazione delle regole. Ciò in quanto viviamo in un sistema di diritto in cui ci sono auspicabilmente funzioni attribuite a soggetti diversi, in cui la potestà normativa risiede nel popolo e in cui l’applicazione della regola deve avere un controllo, che non può essere scavalcato. Infine, è necessario tenere in considerazione che nell’attuale sistema di fonti multilivello, oltre alle norme costituzionali, operano altresì le norme del Trattato Europeo. Anche per tali regole si può discutere circa una possibile applicazione diretta. Tuttavia, bisogna considerare che le norme costituzionali e le norme eurounitarie sono pensate in funzione di valori totalmente diversi: le prime sono volte alla tutela del singolo contro lo Stato, le seconde invece ambiscono a favorire l’esercizio delle libertà fondamentali del Trattato.

Si potrebbe poi sostenere che a presidio della primazia delle norme costituzionali rispetto al diritto eurounitario agisce la teoria, risalente agli anni Settanta del secolo scorso, dei c.d. ‘controlimiti’<sup>29</sup>. Tuttavia, almeno sul piano giusrealistico, la teoria dei controlimiti è, nella mia opinione, recessiva, atteso che, di regola, è la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ad agire quale giudice di ultima istanza allorquando occorre valutare l’applicabilità del diritto europeo. Quindi, è evidente che nella

---

<sup>29</sup> V., ad esempio, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 15 aprile 2016.

dinamica prospettica i controlimiti costituzionali non limiteranno l'ambito applicativo del diritto europeo.