

Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*

di *Enrico Scoditti*

Il disegno legislativo di delega al Governo per la revisione e integrazione del codice civile può essere l'occasione per riflettere oggi sulla giurisdizione per clausole generali. Bisogna liberarsi dal pregiudizio che quest'ultima costituisca un attentato alla certezza del diritto: in realtà essa assolve una funzione di tutela dei diritti nel mercato, ma se il problema è quello dell'eguale accesso a beni e servizi, in funzione di tutela dal mercato e di realizzazione dell'universalismo, è la fattispecie legale lo strumento da perseguire.

È stato presentato in data 19 marzo 2019 per iniziativa del Governo un disegno legislativo di delega al Governo per la revisione e integrazione del codice civile. Al di là della portata quasi epocale di un testo che mira addirittura alla revisione del codice civile, il disegno di riforma tocca alcuni particolari settori (la disciplina delle associazioni e fondazioni; la previsione di accordi di regolazione dei rapporti personali e patrimoniali fra i coniugi o le parti di un'unione civile; il superamento del divieto di patti successori; l'introduzione della disciplina sul *trust*; disposizioni in materia di contratto e di responsabilità per i danni). Non si coglie alla base del progetto di "revisione" un'idea unitaria di codice e di rapporti civili, se non per la disciplina in materia di contratto. Si prevede, a quest'ultimo proposito, un complesso di disposizioni il cui filo comune è quello del passaggio da una disciplina per clausole generali a una disciplina per fattispecie tipizzate. I campi di intervento sono i seguenti: obblighi di informazione nel corso delle trattative precontrattuali; casi di invalidità negoziali per pratiche negoziali ingannevoli, aggressive, per situazioni di dipendenza e simili; nullità di clausole o accordi in violazione dei diritti fondamentali; obbligo di rinego-

ziamento di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili.

Si tratta di campi finora assegnati alla clausola generale di buona fede, con conseguenze risarcitorie o di inefficacia del contratto in sede esecutiva. Attraverso la clausola generale, la disciplina del rapporto è affidata al giudice, il cui compito è quello di concretizzare nel caso concreto il valore enucleato dalla clausola generale. Con la norma a fattispecie la disciplina del rapporto torna al legislatore. È un bene o un male tutto questo?

La valorizzazione delle clausole generali, soprattutto quella di buona fede, ai fini della risoluzione della controversia è una conquista relativamente recente della giurisprudenza. Se si sfogliano i repertori della giurisprudenza fino agli anni ottanta, si scorge un uso quanto mai parco della buona fede nei provvedimenti giurisdizionali. Nell'argomentare giuridico, buona fede e correttezza iniziano a presentarsi in modo sempre più insistente a partire dagli anni novanta, in coincidenza non casuale con la diffusione della disciplina comunitaria in materia di rapporti di consumo. La dottrina era arrivata alle clausole generali negli anni sessanta, grazie alla riscrittura degli istituti

* L'articolo è stato pubblicato, quale apertura della discussione sul tema di questo fascicolo, su questa *Rivista online*, nella sezione *Leggi e istituzioni*, il 4 dicembre 2019 (www.questionegiustizia.it/articolo/ripensare-la-fattispecie-nel-tempo-delle-clausole-general-04-12-2019.php).

fondamentali del diritto civile alla luce delle clausole generali per mano di Stefano Rodotà.

Oggi clausole come quella di buona fede costituiscono un elemento assai diffuso nell'argomentazione giuridica. Si tratta di un'argomentazione diversa da quella per sistema: la controversia è risolta non mediante sussunzione del caso negli schemi del sistema, ma valorizzando le stesse circostanze del caso alla luce del valore che il legislatore ha positivizzato nella clausola generale. Una prassi decisionale improntata alla clausola di buona fede è segno di attivismo giudiziale. Come ha scritto un filosofo del diritto, «al giudice viene tolta l'illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l'impegno comunque presente di "capire in modo giusto" la norma con un giudizio di valutazione conforme al dovere»¹.

L'iniziativa legislativa da cui siamo partiti non rappresenta per la verità un ritorno della fattispecie in un'epoca che, per taluno, sarebbe contrassegnata dalla sua crisi. Ben lungi dal vivere un tempo di declino, la fattispecie ha vissuto una grande fortuna nella legislazione degli ultimi decenni. L'attuazione della disciplina comunitaria di regolazione dei mercati finanziari, bancari e di consumo ha comportato un'espansione straordinaria della tecnica della fattispecie. Le nullità cd. protettive, e fra esse quella delle clausole abusive in materia di rapporto di consumo, non sono altro che l'estensione della fattispecie di nullità a territori che potevano ritenersi affidati alla buona fede precontrattuale.

Il disegno legislativo di delega al Governo per la revisione del codice civile è un'occasione per una riflessione oggi, sgombra da pregiudizi, sulla giurisdizione civile per clausole generali. Come è noto, l'accademia sul punto è divisa. Vi è chi, come Natalino Irti, vede nella giurisdizione per clausole generali la perdita di calcolabilità e prevedibilità del diritto e l'affidamento della risoluzione della controversia al soggettivismo giudiziale. Qualcuno, a questo proposito, parla anche di populismo giudiziario e lo coglie in una sorta di corto circuito fra valori e decisione giudiziale e in una deriva sapienziale del diritto. Tutto al contrario, vi sono autori come Paolo Grossi e Nicolò Lipari che vedono nella giurisdizione per clausole generali il ritorno a una legalità del caso concreto e alla dimensione fattuale del diritto, superando le barriere di una ragione giuridica astratta e formale.

La questione della certezza del diritto accompagna in realtà da sempre il problema delle clausole generali. All'indomani dell'uscita nel 1964 del lavoro di Rodotà sulla responsabilità civile, Alessandro Baratta, grande personalità del progressismo giuridico di quegli anni, colse nel passaggio dalla fattispecie di condotta illecita alla clausola generale del danno ingiusto, criterio ordinatore della responsabilità civile secondo Rodotà, la perdita dell'oggettività degli elementi descrittivi del sistema di fattispecie tipiche a garanzia del principio di legalità². Nell'arco di un cinquantennio, da Baratta a Irti, la giurisdizione per clausole generali costituisce per una parte della dottrina un attentato alla certezza del diritto. Si tratta di un pregiudizio da cui liberarsi.

La giurisdizione per clausole generali non è la restaurazione di una mera fattualità del diritto. La clausola generale non costituisce la disciplina del caso, a differenza della fattispecie generale e astratta nella quale il caso va sussunto. Essa è una norma ideale a cui il giudice deve appellarsi per la disciplina del caso concreto. Quando il giudice concretizza in relazione alle circostanze del caso una clausola generale, segue l'ideale di regolazione cui quest'ultima rinvia: per dirla con Kant, la buona fede è un ideale regolativo al quale appellarsi per l'identificazione della norma del caso concreto. Dire che "le parti devono comportarsi secondo buona fede" non vuol dire nulla dal punto di vista della regolazione del caso, se non si fa riferimento alle circostanze concrete. Si tratta perciò di un ideale di norma, o idea-limite, a cui il giudice deve mirare a uniformarsi per l'identificazione della norma concreta di diritto. Quando concretizza la clausola generale, il giudice non segue perciò le proprie preferenze soggettive o i propri pregiudizi valoriali, ma assume un impegno normativo che è un impegno di indipendenza da se stesso nel perseguimento della forma ideale di regolazione del caso³. Le preoccupazioni in termini di certezza del diritto non colgono il senso del lavoro del giudice quando concretizza una clausola generale. Su un punto, però, possiamo condividere quelle preoccupazioni ed è quello dell'uso improprio che della buona fede possa fare il giudice quando, per risolvere la controversia, anziché attingere alla fattispecie legale che disciplina il caso, si orienti nella direzione della clausola generale. Lo spazio per la concretizzazione

1. J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, p. 57.

2. A. Baratta, *Responsabilità civile e certezza del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, pp. 28 ss.

3. Per ogni approfondimento, mi permetto di rinviare a E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di casazione e stare decisis*, in G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano 2017, pp. 167 ss.

della clausola generale si apre quando manchi la disciplina affidata alla fattispecie legale.

Il problema di fondo che oggi pone una giurisdizione per clausole generali è un altro rispetto a quello della certezza del diritto. Si tratta di un profilo che non può sfuggire a una magistratura che veda nell'art. 3 cpv. della Costituzione la propria stella polare. L'uso espansivo della buona fede è funzionale a una protezione dagli abusi all'interno delle relazioni di mercato nella sede specifica della formazione del contratto o della sua esecuzione. Si tratta della stessa logica nella quale si muove la legislazione di fonte comunitaria, la quale mira alla strutturazione giuridica del mercato. Quando il tema non è più quello della tutela *nel* mercato, ma quello della tutela *dal* mercato, torna in primo piano la forma di legge e dunque la tecnica della fattispecie legale. La giurisdizione per clausole generali è preposta alla realizzazione della giustizia commutativa, ma se il tema è quello della giustizia distributiva o redistributiva è la legge in forma di fattispecie astratta e generale che entra in gioco. Si tratta di un compito che, in alternativa alla buona fede, ha da sempre assunto l'art. 1339 cc sull'inserzione automatica di clausole legali nel contratto. La clausola generale è strumento di superamento delle asimmetrie che impediscono la concorrenza perfetta, ma consentire l'eguale accesso a beni e servizi è un compito di riforma sociale che solo la legge in forma di fattispecie può attuare. La ragione trasformatrice, quando si fa ragione giuridica, è necessariamente astratta e generale perché tale è la forma dell'universalismo.

In un mondo segnato dal potente ritorno del tema della diseguaglianza e della disgregazione sociale, bisogna guardarsi dall'esaltazione delle "magnifiche sorti e progressive" della giurisdizione per clausole generali e assegnarle il posto discreto che le compete. Torna oggi in campo la vecchia e blasonata legge quale strumento elettivo di riforma sociale. Se il diritto vuole marcare la propria autonomia rispetto a una fattualità dominata dalle potenze sociali e

guadagnare forza deontologica rispetto alla società, non può fare a meno della principale eredità dell'illuminismo giuridico, la legge generale e astratta.

La cosiddetta tutela multilivello dei diritti, articolata in fonti nazionali, sovranazionali e internazionali, è una grande opportunità del presente che i giudici fanno bene a cogliere. Si tratta di un fenomeno complesso, che ancora non riusciamo pienamente ad afferrare, come testimonia la diversità delle sue letture, riflesso in realtà di due diverse concezioni di fondo: quella che identifica il diritto in base alla fonte e quella che ne fa un concetto integralmente interpretativo. La tutela multilivello dei diritti integra tuttavia il momento dell'opposizione al potere, qualsiasi contenuto quest'ultimo abbia (economico, politico, sociale). Se il tema è quello della riforma sociale, non è più la salvaguardia delle garanzie rispetto al potere che viene in rilievo, ma la realizzazione del programma contemplato dall'art. 3 cpv. e, dunque, una funzione di trasformazione complessiva cui solo la legge può attendere. Gli stessi diritti, quando sono a contenuto pretensivo e di promozione sociale, camminano sulle gambe della fattispecie legale. Del resto, in un contesto di solidarietà e di preservazione del legame sociale, i diritti cadono nel bilanciamento dei principi costituzionali cui provvede il legislatore sotto lo sguardo vigile del giudice costituzionale.

Nel 1992, con il suo *Il diritto mite*, Gustavo Zagrebelsky pose al centro del dibattito nazionale il tema della legalità del caso concreto, affidata al bilanciamento giudiziario dei principi. Circa trent'anni dopo, nel suo omaggio a Paolo Grossi alla fine del suo mandato di giudice costituzionale, Zagrebelsky si domanda se non si debba guardare alla funzione riformatrice della legge di fronte a una fattualità dominata dall'economico e alla funzione "resistenziale" sempre della legge rispetto alle involuzioni culturali del momento attuale⁴. Con gli interrogativi di oggi, il padre del diritto mite ci richiama a una nuova consapevolezza rispetto a quella che evocò nel 1992.

4. G. Zagrebelsky, *Alla fine del mandato di giudice costituzionale di Paolo Grossi e al suo ritorno agli studi universitari*, in *Quaderni fiorentini per una storia del pensiero giuridico*, n. XLVII/2018, pp. 550 ss.