



Autonomia privata e poteri del giudice. Ovvero, il diritto civile nel pensiero liberale di Giovanni B. Ferri*



Carmelita Camardi

Prof. emerita dell'Università Ca' Foscari Venezia

SOMMARIO: 1. Il caso. La penale eccessivamente onerosa nel sistema dell'autonomia privata. – 2. Il negozio giuridico e il valore (normativo) della libertà dei privati. – 3. Dalla teoria del negozio ad una teoria dell'ordinamento. *Il diritto statuale e il suo doppio.* – 4. L'extrastatualità del diritto civile e il pluralismo degli ordinamenti. – 5. Autonomia privata e poteri del giudice: riflessioni conclusive. – 6. In chiusura.

1. Il caso. La penale eccessivamente onerosa nel sistema dell'autonomia privata

Le considerazioni che mi accingo a svolgere sul tema *Autonomia privata e poteri del giudice*, oltre che segnalare una questione assai frequentata dagli studiosi del diritto civile, indicano altresì un saggio di Giovanni Battista Ferri pubblicato prima in *Diritto e giurisprudenza*¹ e poi riprodotto quattro anni dopo nel volume *Il potere e la parola*².

In questo saggio Ferri prende le mosse da una pronuncia del 1999, definita negativamente esemplare, con la quale la Cassazione innova il consolidato indirizzo interpretativo sulla riduzione della clausola penale eccessivamente onerosa, secondo il quale

* Il presente saggio riproduce la Relazione tenuta al Convegno “*Il diritto civile come opera d'arte. Convegno in memoria di Giovanni Battista Ferri*”, svoltosi a Roma il 28 novembre 2024, ed è destinato al volume che ne raccoglierà gli Atti.

¹ *Dir. giur.*, 2004, 1 ss.

² *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2004, 293 (dal quale si cita).

presupposto della decisione del giudice non poteva che essere la richiesta in tal senso dell'interessato, per stabilire invece che il giudice ne può prescindere e agire officiosamente, e ciò sulla base di una lettura della norma in chiave di costituzionalizzazione dei rapporti civili e di bilanciamento tra il valore dell'iniziativa economica privata e il valore della solidarietà³. La questione ha ricevuto successivamente risposte altalenanti dalla giurisprudenza, fino alla decisione di conferma del potere officioso da parte di una pronuncia delle sezioni unite, la n. 18128 del 2005⁴, poi seguita da altri provvedimenti, ad esempio in tema di leasing, fra i quali la recentissima ordinanza n. 27320 del 2024, che afferma il principio della riducibilità officiosa quasi come un *obiter* del tutto scontato⁵.

Ora, non è mio interesse argomentare sul punto specifico in senso adesivo o contrario all'orientamento in discorso. Mi interessa invece cominciare a evidenziare il punto di vista di Giovanni Ferri a proposito di un atteggiamento ermeneutico fondamentalmente inteso a consentire al giudice vistosi interventi di merito sul contenuto del contratto, o meglio sull'atto di autonomia privata.

Ebbene, Ferri non fa mistero di ritenere – sin dalle prime righe del saggio – non solo che quella decisione è da considerarsi negativamente esemplare, ma che il riconoscimento ai privati del potere di organizzare e regolare liberamente i propri interessi è “valore fondante” dei sistemi giuridici ispirati alla tradizione liberaldemocratica. Di qui il suo ragionamento tipicamente sistematico sul testo dell'art. 1384 c.c., in particolare sulla circostanza per cui – come sottolineato dalle sentenze criticate – dalla lettera della norma effettivamente non risulta che la riduzione della penale eccessivamente onerosa debba essere richiesta dal soggetto interessato. Il silenzio del testo dunque va – per l'appunto inteso sistematicamente, a partire dalla considerazione per cui la norma si muove nella logica dell'inadempimento, e quest'ultima postula la disponibilità degli interessi da parte del soggetto che ha il potere di farli valere. Sicché, nel silenzio della legge, l'autonomia del contraente prevale e il giudice non ha il potere di manomettere il contratto, entrando nella cittadella dell'autonomia privata. Il ragionamento sistematico, arricchito da altre equilibrate considerazioni sulla disciplina del contratto nel codice civile all'esito del crollo del regime fascista e della sua deriva statualistica, rifluisce poi in più ampie e consuete riflessioni che ci avvicinano alle prospettive più generali del pensiero di Giovanni Ferri, e

³ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Contratti*, 1999, 118, con commento critico di BONILINI, 121. Un più ampio, meno critico, commento è stato quello di RICCIO, *È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contratto e impresa*, 2000, 95. Si esprime favorevolmente invece, FANCELLI, in *Corriere giuridico*, 2000, 69, riprendendo le considerazioni di A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984.

⁴ Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corriere Giuridico*, 2005, 1347, con nota di CARBONE.

⁵ Cass., 22 ottobre 2024, n. 27320, reperibile in *One Legale*, punto 2.1.1. Sul tema, in generale, vedi GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contratti*, 2017, 25; ma anche Cass., 18 aprile 2024, n. 10541, in *Contratti*, 2024, 515, con nota di PAROLA, *Sui rapporti fra caparra confirmatoria e clausola penale*, *ibidem*, 518; F.P. PATTI, *Caparra confirmatoria e riduzione giudiziale*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2015*, Roma, 2015, 54.

che perciò dal mio punto di vista contano di più del ragionamento sull'art. 1384 dal quale siamo partiti⁶. E sono le riflessioni che ricorrono spesso nei suoi saggi e che riguardano lo "spirito del diritto civile": definito alla maniera del suo interlocutore preferito, Filippo Vassalli, secondo il quale esso rappresenta "il campo in cui per vetustà di tradizione, per più squisito magistero d'arte, i dati della vita hanno subito la trasformazione più piena in schemi di pensiero"⁷. In questa chiave, Ferri chiarisce come con le riserve circa i poteri del giudice in materia di autonomia privata, non si intende affatto sminuire il ruolo che egli svolge nel rendere "vivente il diritto sigillato in una norma", ma solo ribadire che nel nostro sistema giuridico non v'è spazio – *invito domino* e nel silenzio della legge – per un'attività giudiziaria diretta ad espugnare la cittadella dell'autonomia privata⁸.

Ecco, di questo vorrei brevemente occuparmi nel presente saggio: delle radici teoriche più profonde e delle ascendenze letterarie sulle quali sempre e convintamente Giovanni Ferri ha costruito i suoi discorsi sull'autonomia privata e sul negozio giuridico, perché queste radici e queste ascendenze, e non invece – come qualche critico frettoloso potrebbe ritenere – una idea banalmente conservatrice e nostalgica dei rapporti privati e del diritto dei privati, sostengono la sua visione del diritto civile come *opera d'arte*⁹, ma non solo, e giustificano la sua difesa ad oltranza della figura del negozio giuridico al di fuori di una prospettiva astrattamente dogmatica, e nel contesto invece di una dinamica ordinamentale che lo vede muoversi tra libertà e norma, tra libertà e autorità, quali poli di un'alternativa destinati a convivere, e non l'una o l'altra a soccombere¹⁰.

2. Il negozio giuridico e il valore (normativo) della libertà dei privati

Ricostruire matrici teoriche e ascendenze letterarie non è facilissimo. Ferri non ci ha lasciato uno specifico volume nel quale ha condensato e dichiarato le sue opzioni teorico-metodologiche, le quali invece emergono sempre con singolare coerenza e chiarezza sia dai libri che sono da gran tempo divenuti dei classici, da "Causa e tipo"¹¹ a "Ordine

⁶ *Autonomia privata e poteri del giudice*, cit., 295 ss. Ricordiamo poi che il Nostro, esaurito il ragionamento sistematico sull'art. 1384, inteso come norma tutt'altro che *ostile* all'autonomia privata (298), indugia sui temi della solidarietà – richiamata dalla sentenza criticata a fondamento del potere officioso del giudice – sia dal punto di vista della nostra Costituzione, che da quello manifestato dalle correnti positivistiche francesi (*op. cit.*, 299 ss.).

⁷ VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, in *Studi Giuridici*, Milano, 1960, II, 443.

⁸ *Autonomia privata e poteri del giudice*, cit., 304.

⁹ FERRI, *Introduzione a Il potere e la parola*, cit., VIII, IX: *Autonomia privata e poteri del giudice*, cit., 305.

¹⁰ Lo evidenzia bene RICCIUTO, nella *Intervista in memoria del Maestro Giovanni Battista Ferri*, in *Diritto mercato tecnologia*, gennaio 2024, reperibile alla pagina <https://www.dimt.it/news/intervista-al-prof-vincenzo-ricciuto-in-memoria-del-maestro-giovanni-battista-ferri/>.

¹¹ *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968.

pubblico”¹²; sia dall’insieme dei saggi che periodicamente raccoglieva e rielaborava nei volumi che tutti conosciamo. Dunque – vorrei dire sul piano filologico – riannodare questi saggi per trarne la sua visione generale del diritto civile rimane a mio avviso l’unico percorso utile allo scopo che ho enunciato.

In nessuno di questi saggi troveremo una logica astrattizzante o una passione gratuita per i concetti o per le dicotomie concettuali in quanto meri strumenti di classificazione delle fattispecie. Troveremo invece sempre un’attenzione alla concretezza dei rapporti sociali di cui le norme si occupano, e un costante dialogo tra categorie e realtà, o meglio la lettura delle categorie alla luce dell’adattamento che esse rivelano al concreto fenomeno economico sociale ad esse sottointeso.

Ciò è quanto egli spiega, ad esempio e per cominciare questo viaggio tra i suoi scritti, a proposito del suo “assiduo compagno di studi”¹³, il negozio giuridico, che caparbiamente ha sempre difeso nei confronti di chi invece periodicamente ne affermava la crisi o la morte.

Ebbene, nella prima parte della raccolta “Il negozio giuridico tra libertà e norma”¹⁴, dopo aver difeso il carattere logico e storico della categoria negoziale nell’ambito della teoria del fatto giuridico; e dopo aver ricostruito il cammino del negozio attraverso le teorie volontaristiche prima, e quelle precettive, dopo, nell’orizzonte del *civil law* europeo¹⁵, Ferri raggiunge due risultati.

Con il primo, sul piano dogmatico, ricostruisce il passaggio dalle teorie volontaristiche a quelle precettive sulla stessa cifra che caratterizza il passaggio del concetto di diritto soggettivo dalla prospettiva della signoria del volere a quella dell’interesse protetto: e cioè come adattamento della categoria astratta alla concretezza del fenomeno economico sociale sottointeso¹⁶.

Con il secondo risultato, sul piano ancora dogmatico ma in una più ampia specola ordinamentale, dice la sua sul negozio, puntando su due fra gli aspetti più dibattuti della teoria, quello sul negozio come *valore* piuttosto che *fatto*, e quello controverso degli *effetti*.

Questa la sintesi del ragionamento. Nella realtà concreta (*in rerum natura*, scrive il Nostro)¹⁷ esistono – come spontanea manifestazione della libertà – atti e attività dei privati che esprimono *regole* per essi *impegnative* e che esprimono soprattutto criteri di valutazione degli interessi e dei modi di perseguirli: dunque *valori*. Nella realtà poi, per ragioni storiche esiste lo Stato e il suo diritto, un ordinamento che a sua volta esprime altri criteri di valutazione e altri *valori*. Ed allora il negozio giuridico, a cavallo fra libertà e norma, esprime questo rapporto inevitabile tra scale di valori espressi da due

¹² *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.

¹³ Vedi questo costante modo di esprimersi nelle *Introduzioni* a *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 3° ed., 1990, 9,11.

¹⁴ Il primo lungo saggio porta il titolo *L’idea di negozio giuridico*, in *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 17.

¹⁵ Rinviamo a tal fine alle mirabili pagine, da 44 a 56, del saggio citato nella nota che precede.

¹⁶ *L’idea di negozio giuridico*, cit., 58.

¹⁷ *L’idea di negozio giuridico*, cit., 64.

ordinamenti autonomi ma destinati inevitabilmente a confrontarsi, nella misura in cui solo uno di questi ordinamenti, quello statale, può garantire protezione, vincolatività ed efficienza maggiori e a più estesa valenza¹⁸.

In tal senso Ferri reputa senza fondamento la disputa sugli effetti del contratto e l'attribuzione della loro giuridicità e vincolatività solo al riconoscimento da parte dello Stato, e in tal senso attinge a modo proprio e con spirito critico agli insegnamenti di Emilio Betti e Renato Scognamiglio. I privati – Egli dice – attraverso l'esercizio del loro potere di darsi regole e valori perseguono finalità pratiche specifiche: ora, queste finalità, proprio per la natura dello strumento utilizzato per filtrarle – la regola negoziale – producono una novità nel precedente assetto di interessi, e perciò si pongono di per sé come impegnative e definitive. Dunque il cosiddetto riconoscimento statale, ovvero, con altre parole, la cosiddetta “giuridicizzazione dei cosiddetti effetti empirici”, non ha né può avere il contenuto di un'autorizzazione ad un'efficacia altrimenti impossibile, perché questa efficacia appartiene già all'atto di autoregolamento di interessi, e gli appartiene *iure proprio*. Esso esprime semmai l'esito di un confronto di compatibilità tra i valori negoziali e quelli statuali¹⁹, una compatibilità che si trova e si esprime nella validità, ovvero che non si trova e si esprime nella invalidità.

In altre parole, solo a partire dall'idea della “*insopprimibile libertà che nei fatti, nella realtà ... i privati hanno di regolare i propri interessi*”²⁰, si può dire che il negozio giuridico è espressione del rapporto fra libertà dei privati e autorità dell'ordinamento statale: ma tale natura, secondo Ferri, non comporta affatto che i due termini debbano individuarsi come alternativi e nemmeno che i cosiddetti effetti del negozio debbano ricostruirsi attraverso l'ulteriore alternativa tra *effetti empirici* riconducibili alla volontà dei privati, ed *effetti giuridici* riconducibili all'autorità dell'ordinamento²¹, perché nel negozio gli effetti non sono né preventivamente né tassativamente previsti dall'ordinamento, ma sono collegati all'assetto di interessi fissato nella regola che il negozio esprime²². Queste alternative creano nella dottrina dicotomie senza via d'uscita. Laddove invece nella realtà i due ordini di valori – quelli espressi dalla libertà negoziale e quelli propri dell'ordinamento statale – non sono destinati a soccombere, l'uno o l'altro, ma a convivere e confrontarsi. Insomma, Ferri rifiuta di pensare sempre e necessariamente il negozio come oggetto di valutazione e sempre e necessariamente l'ordinamento come criterio di valutazione. Nella cifra della compatibilità tra valori originari e autonomi, quelli privati e quelli della legge, non si tratta di piegare i valori privati a quelli legali, né di adattare i primi ai secondi in un contesto di gerarchia, ma solo di constatarne il grado di compatibilità ai fini di quella più intensa stabilità e definitività degli effetti che l'ordinamento statale può

¹⁸ *Op. cit.*, 62, 65 ss.

¹⁹ *Op. cit.*, 65 ss.

²⁰ *Op. cit.*, 59 ss.

²¹ Secondo la nota ricostruzione di R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 147 ss.

²² *Op. cit.*, 61.

assicurare. Ecco perché Ferri non condivide l'idea di Renato Scognamiglio sul fenomeno della cosiddetta giuridicizzazione degli effetti empirici, e nemmeno quella per la quale si avrebbe da parte dell'ordinamento statuale un "riconoscimento", seppur meramente tecnico, dell'autonomia negoziale²³, e men che meno un' autorizzazione, o delega da parte dell'ordinamento ai privati a porre in essere negozi²⁴.

Questo elegante ragionamento – come dirò meglio a breve – colloca il discorso sul negozio giuridico su di un piano ordinamentale, attingendo dunque il livello di una teoria del diritto nella quale anche i poteri del giudice trovano poi una loro sistemazione istituzionale.

Ma prima di proporre questi esiti, desidero completare il tema della definizione del negozio fin qui riferita, le cui argomentazioni sfociano in alcune pagine che un lettore immaturo, non aduso o privo di familiarità con questo genere di ragionamenti potrebbe giudicare paradossali, ma che sono invece l'apoteosi del *realismo liberale* di Giovanni Ferri applicato al negozio giuridico²⁵.

²³ I limiti del presente contributo non permettono di approfondire abbastanza il punto di cui al testo, relativo al "riconoscimento" dell'autonomia negoziale da parte dell'ordinamento, per lo meno se si tiene presente la complessità del pensiero di Renato Scognamiglio. Credo infatti che tale idea – che confluisce poi specificamente nel fenomeno della giuridicizzazione degli effetti empirici – possa utilmente essere letta e compresa nel contesto della più generale teoria normativa della "rilevanza" giuridica portata avanti da Scognamiglio. Sostiene il Maestro, infatti, che l'efficienza creatrice della norma giuridica non va intesa semplicemente come capacità di collegare "effetti giuridici" ad un "fatto", ma prima ancora come "*riduzione del fatto in termini giuridici*", cioè come capacità di conferire al fatto la sua specifica rilevanza giuridica. In altre parole: il diritto crea la fattispecie assumendo fatti appartenenti ad una realtà ben determinata e "*dotati già in quella sede di propria efficienza causale*", li valuta, li qualifica e conferisce in tal modo ad essi rilevanza nel mondo del diritto. Il criterio di identificazione della fattispecie va spostato dal momento dell'efficacia a quello della rilevanza. "Ravvisandosi così nella fattispecie stessa, non già la causa degli effetti giuridici, ma il fatto cui l'ordinamento attribuisce rilevanza nel senso di porre in essere questa o quella conseguenza di diritto" (per queste considerazioni, rinviamo al magistrale saggio *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331, in particolare 342, 345, 351 ss.). Così inquadrato il tema generale della rilevanza giuridica, la questione della cosiddetta giuridicizzazione degli effetti empirici e del cosiddetto riconoscimento del negozio (al quale peraltro Scognamiglio riferisce spesso le sue argomentazioni) assume un'altra dimensione, meno lontana di quanto possa sembrare da quella proposta da Ferri (e vedi infatti la citazione del saggio di Scognamiglio ora indicato in *L'idea di negozio giuridico*, cit., 73, nota 93). Sulle teorie di Scognamiglio, vedi poi i rilievi di IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1094, in particolare 1098 e 1107 ss., a partire dalla sua veduta normativistica pura, per la quale – come noto – il fatto giuridico non è il fatto naturale o storico, che penetra nell'ordine normativo, ma è il fatto che "è come il diritto richiede che sia" ... il fatto concreto non ha mai significato giuridico (1108); e il fatto prima della scelta (della norma) "è un nulla" (1107). La distanza rispetto alle teorie di Ferri è qui incolmabile.

²⁴ *Op. cit.*, 68 ss., ove Ferri spiega che la compatibilità dell'agire negoziale dei privati con i principi e valori dell'ordinamento è "constatabile ex post...è trovata nei fatti concreti, ... non scaturisce da un riconoscimento" o da un controllo.

²⁵ Parlo qui di "realismo liberale", nel senso specifico (fra i tanti) di cui al saggio di GIANFORMAGGIO, *Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell'istituzione o dell'ordinamento concreto*, in *Filosofia del*

Dicevo dunque che secondo Ferri gli autori del negozio vogliono sia gli effetti empirici che quelli giuridici, e che la compatibilità con i valori dell'ordinamento è cercata e semmai realizzata *ex post*. Ebbene – e siamo al punto che desideravo valorizzare – se questa compatibilità nel caso concreto non si trovasse, e di quel negozio dovesse predicarsi la nullità, questo “*non vuol dire che le parti non possano realizzare quelle finalità e quelle modificazioni*” della loro sfera di interessi che si erano prefissati. Il negozio nullo può essere eseguito e rispettato: perché come diceva Ferrara senior, l'illecito e dunque il negozio nullo “è un possibile vietato o riprovato ma non un impossibile”, e dunque non si può escludere che in tal modo i privati si comportino. Con uno dei suoi tanti eleganti e indimenticabili francesismi, Ferri descrive questa situazione come una dimostrazione della “*force des choses*”²⁶, che finisce sempre per prevalere allorché proprio quei risultati che l'ordinamento reputa illeciti sono gli unici strumenti che concretamente possono soddisfare gli interessi delle parti. Peraltro, aggiunge significativamente il Nostro, lo stesso legislatore del codice mostra di ciò una certa consapevolezza, come emergerebbe da alcune norme sul recupero del negozio nullo, sulla pubblicità sanante, l'usucapione etc., sulle quali non mi soffermo. Insomma, la compatibilità tra i due ordini di valori – da ritenere sostanzialmente autonomi – è constatabile *nei fatti e dai fatti*, e sta ai privati trarne le conseguenze. E non ha rilievo che essa sia stata voluta o non voluta, mentre la tutela giuridica in termini di efficacia c'è o non c'è a prescindere dalla volontà delle parti e meno che meno dell'ordinamento, fermo restando che sta poi alle parti attivarla quando c'è²⁷.

In questa sua visione dell'autonomia dei privati, capace di persistere *perfino* di fronte alle norme inderogabili comportanti la nullità del contratto, Ferri richiama a supporto Jean Carbonnier, e i suoi studi sulla inerzia del diritto statuale, che entra in scena se qualcuno degli interessati vi fa riferimento, e – per contro – sulla efficacia della regola espressa dal negozio, la quale invece è dotata di immediata vitalità per i suoi autori²⁸. In uno dei saggi su “*L'hypothèse du non-droit*”, preliminarmente definita come ipotesi di sociologia del diritto, Carbonnier spiega che essa si origina dalla constatazione per la quale il diritto è infinitamente “*plus petit*” dell'insieme delle relazioni umane ... e di fronte al diritto ci sono ben altri sistemi, quali la religione, la morale ed anche i costumi. A fronte di tale pluralismo di forze tutte atte a reggere la vita sociale – scrive Carbonnier – si sono sviluppate due ipotesi di riflessione. Quella “*pan juridique*”, per la quale il diritto può arrogarsi il potere di regolare tutto, perfino (come i talebani) la nostra barba, o il modo accendere la sigaretta. E quella opposta del “*non droit*”, ove invece il diritto è capace di porsi autolimiti, perché l'eccesso di diritto può uccidere il diritto²⁹.

diritto e ragionamento giuridico, a cura di Diciotti e Velluzzi, Torino, 2008, 1 (significato I.2).

²⁶ Op. cit., 69. Lo stesso concetto è ribadito nel saggio *Il negozio giuridico e il sistema del codice civile del 1942*, in *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 211.

²⁷ L'idea di negozio giuridico, cit., 70, 71.

²⁸ L'idea di negozio giuridico, cit., 74 ss.

²⁹ CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, in *Droit et cultures*, 2004, 1, 2 ss.

Tra i meccanismi del non diritto vi è proprio la sua *disponibilità* da parte dei privati: “*Le troisième type de mécanisme de non-droit est celui de l’option, sur un fond d’autonomie de la volonté, de liberté. Le droit laisse un choix à l’intéressé, il fera ce qu’il croira devoir faire. Il peut choisir entre le droit et le fait, car le droit n’est pas toujours obligatoire*”³⁰. Questo permette di dire che nella realtà sociale opera un sistema originario e vincolante di regole, parallelo rispetto a quello giuridico- statuale. Idea che poi permette a Ferri di recuperare ad una maggiore vicinanza al suo pensiero le teorie precettive di Betti e Scognamiglio, seppur, come ho detto, non condivise negli esiti formali finali³¹.

Ed ecco allora la definizione finale di Giovanni Ferri sul negozio giuridico: “*atto vincolante di privata autoregolamentazione che assume positiva rilevanza per l’ordinamento quando i valori di cui è portatore sono compatibili con i valori dell’ordinamento*”³².

3. Dalla teoria del negozio ad una teoria dell’ordinamento. *Il diritto statale e il suo doppio*

Come anticipavo, un lettore mediamente esperto si accorgerebbe che Ferri colloca il discorso sul negozio giuridico su di un piano prettamente ordinamentale, attingendo dunque il livello proprio di una teoria del diritto nella quale anche i poteri del giudice trovano una loro sistemazione istituzionale. È giunto il momento di parlarne in via diretta e non mediata.

³⁰ CARBONNIER, *op. cit.*, 3. L’ipotesi del non diritto è parte di una più ampia riflessione, che si legge nel testo *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans riguer*, Paris, 2001, 25-47; e poi nel saggio *L’hypothèse du non-droit*, in *Archives de philosophie du droit*, Sirey, Paris, 1963. Nelle citate pagine del volume monografico si legge ancora, con riferimento al fenomeno dell’autonomia privata che qui stiamo indagando, come l’autonomia della volontà non è solamente la libertà di creare diritto, è altresì la libertà di “demeurer dans la pure absence qu’est le non-droit” (*Droit flexible*, cit., p.38). Un’affermazione non certamente intesa a svalORIZZARE la volontà di produrre una relazione umana nella sfera del diritto, quanto piuttosto intesa a valorizzare la volontà di creare relazioni non giuridiche, ma non per questo meno “impegnative”. Una filosofia che si alimenta del fenomeno dell’alternarsi dei contrari e del carattere plurale della società, nel cui contesto diritto e non-diritto si fronteggiano e si susseguono come il giorno e la notte, e come altri fenomeni naturali, ciascuno dei quali si identifica in ragione del suo contrario. Una visione che apre l’A. al pluralismo delle fonti anche non formali, come i costumi e la consuetudine. In questa sede non possiamo andare oltre, nell’esplicitare la complessa filosofia di Carbonnier, per una sintesi della quale si rinvia a NISIO, *Jean Carbonnier*, Torino, 2002, in particolare 65 ss.

³¹ *L’idea di negozio giuridico*, cit., 73.

³² *Op. cit.*, 75, 76. Il tema del “negozio” rimane sempre all’attenzione dei civilisti: nei tempi più recenti segnaliamo la lettura di GRONDONA, *Il contratto, l’ordinamento giuridico e la polemica tra Emilio Betti e Luigi Stolfi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, 1; PAGLIANTINI, *Sul negozio giuridico: itinerari novecenteschi e della contemporaneità*, Napoli, 2023; DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito*, Bologna, 2022; DALLA MASSARA, RAMETTA, *Il volere che si fa norma*, Bologna, 2024.

Nel saggio *Il Diritto statutale e il suo doppio*³³, Ferri mette alla prova la letteratura, il gioco e il mito dello sdoppiamento: il dottor Jekyll e mister Hide, Banquo e la sua ombra, e ancora Dorian Gray, per chiedersi se, a partire da tale immaginario artistico e letterario, si possa concepire accanto alla dimensione giuridica moderna per eccellenza, quella statutale, un'altra dimensione parallela, un doppio per l'appunto. La questione fa i conti con la storica prevalenza del diritto statutale sugli altri sistemi di valutazione e qualificazione presenti nella società, e al tempo stesso con la diversità delle prospettive a partire dalle quali la letteratura ha preso atto del fenomeno. Ferri ce le racconta a suo modo, così mettendo in fila le sue ascendenze culturali. E allora ricorda Pietro Bonfante, che parlava di norme etiche presenti in società ed anche delle relative sanzioni, per dire poi che la norma statutale è *norma etica coattiva*³⁴. Ricorda Widar Cesarini Sforza, laddove descrive la superiorità del diritto statutale sugli altri sistemi di regole prodotte dalla realtà sociale. E poi Ascarelli con Antigone e Porzia, e più avanti anche Leon Duguit e George Ripet³⁵. Tutti giuristi che percepiscono, sia pure da punti di vista diversi e con esiti non sempre conseguenti, una dimensione giuridica parallela a quella statutale³⁶.

Questa dimensione prende corpo prevalentemente nel *diritto dei privati*, manifestandosi come potere di porre regole vincolanti, a sua volta visto dallo stesso ordinamento come un potere da valutare in termini di compatibilità con i principi e valori del diritto statutale. E seppur a tale dimensione parallela non possa non riconoscersi, in base ad un ragionevole realismo, una sua autonoma esistenza sul piano sociale, molti dei giuristi che l'hanno riconosciuta finiscono poi per far prevalere il primato della norma statutale, attribuendo all'autonomia privata carattere *derivato*. In tal senso si muove il pensiero di Santi Romano, sul quale tornerò, ma anche dello stesso Kelsen e di Emilio Betti. Quest'ultimo, ad esempio, per un verso riconosce come l'attitudine normativa dei privati germogli in piena autonomia nella vita sociale, sotto l'egida della correttezza e della buona fede; per altro verso, riconduce la definitiva efficacia giuridica del vincolo al riconoscimento della legge. Ciò che Ferri reputa essere una incongruenza, alla quale – egli scrive – Renato Scognamiglio tenta a sua volta di porre rimedio attribuendo al riconoscimento statutale una natura e portata meramente “tecniche”: prospettiva che a suo dire, nella sostanza, non sposta i termini del problema³⁷.

³³ Già pubblicato in *Quadrimestre*, 1993, 1; e ora in *Le anamorfosi del diritto civile. Saggi*, Padova, 1994, 125, dal quale si cita. Si tratta di uno dei saggi più belli e significativi, come giustamente sottolinea RICCIUTO, *La cultura del diritto civile nell'insegnamento di Giovanni Battista Ferri*, in *Rass. Dir. civ.*, 2024, 750, 751 ss.

³⁴ *Il diritto statutale e il suo doppio*, cit., 127.

³⁵ *Il diritto statutale e il suo doppio*, cit., 128, 136 ss., 139.

³⁶ Riferimenti a questo saggio di Ferri in BARCHIESI, *Gentlemen's agreement*, in *Il nuovo contratto*, a cura di Monateri - Del Prato - Marella - Somma - Costantini, Bologna, 2007, 461, 463 ss., oltre che in RICCIUTO, *op. cit.*, in nota 33.

³⁷ *Il diritto statutale e il suo doppio*, cit., 135.

Ferri non accoglie questa visione delle cose, e continua ad invocare i dati della realtà sociale, di fronte ai quali il giurista non può restare “cieco e sordo”, specie laddove essa esprima costruzioni ideali che si formano spontaneamente fuori dal sistema statale e trovano una loro originaria autonomia e giuridicità, che “*tient à la nature des choses*”³⁸. Richiamando ancora il pensiero di Carbonnier, Egli ribadisce che il diritto statale conosce fenomeni di *non-diritto* o di *autoneutralizzazione*, fra i quali in particolare l’agire autonomo dei privati, capace di sopravvivere a prescindere dal riconoscimento formale della legge. Qui il non-diritto non significa assenza di dimensione giuridica, ma allude proprio a quel *doppio parallelo* alla sovranità statale, che in certi periodi storici può anche essere detronizzata³⁹.

Il civilista studioso della teoria del negozio ha fatto e sempre farà i conti con questa dimensione “doppia” del diritto, e nei molteplici itinerari di pensiero che si sono susseguiti nel tempo, ogni civilista ha sempre, e quasi istintivamente, intuito che dietro questo tema c’è il tema più alto dell’equilibrio tra libertà e autorità. E se la maggior parte ha finito, in un modo o in un altro, per far prevalere il profilo dell’autorità, Ferri non crede, non condivide l’idea della *giuridicizzazione* del negozio “dall’alto”, attraverso qualsivoglia forma di riconoscimento, delega o autorizzazione. Ordinamento statale e autonomia dei privati marciano “per linee parallele”. L’agire negoziale dei privati è dotato di vincolatività e capace anche di sanzioni, sebbene meno intense di quelle statuali, ma la differenza è quantitativa, si basa sulla forza e non sulla natura, la quale anche nel negozio è *giuridica*, originaria e autonoma. In tal senso regola negoziale e regola giuridica sono funzionalmente autonome e viaggiano in parallelo⁴⁰. Il possibile confronto si avrà nei fatti, e di fatto (143). Se c’è compatibilità, allora i risultati perseguiti saranno dotati della sanzione statale; altrimenti gli autori del negozio potranno ugualmente realizzare le loro finalità. Ecco rivelato il diritto statale e il suo *sosia*, ovvero il suo *doppio*⁴¹.

Preso atto di questa fenomenologia, e soprattutto della esistenza di un mondo ulteriore rispetto a quello risultante dal diritto formale, un mondo animato da idee, ideali

³⁸ *Op. cit.*, 139.

³⁹ Ancora citando Carbonnier, Ferri utilizza l’espressione *shadow-institution*, istituzione ombra, ad indicare strutture simili a quelle giuridico-formali tipiche della legge statale, e però semplicemente più sfocate, in quanto prive della forza conferita dal diritto statale. Ciò che non impedisce ai privati di farvi costantemente ricorso.

⁴⁰ *Op. cit.*, 141, 142.

⁴¹ *Op. cit.*, 143, 144 ss. Ferri riprende qui considerazioni e argomenti proposti anche in altre sedi (vedi nota 26), sia per dimostrare sia la consapevolezza dello stesso legislatore circa la possibile sussistenza dell’interesse dei contraenti a perseguire i loro interessi pur a fronte della invalidità del contratto; sia del fatto che c’è sempre qualcosa che residua alla dimensione giuridica statale, ad es. nel caso del negozio di cui non si abbia la prova, o del negozio del quale non si sia richiesta la dichiarazione di nullità; e per argomentare come il *non-diritto* sia fenomeno proprio anche di altri settori di rapporti, come quello del diritto di famiglia, nel quale spesso solo la crisi coniugale dà ingresso al diritto statale, laddove in assenza di questa i componenti della famiglia si affidano al quel *doppio*, o a quel *sosia* del diritto che è la loro privata autonomia, visibile nella sua “disarmante” effettività (*op. cit.*, 146).

interessi mutevoli e svariati, Ferri propone alla fine di questo bellissimo saggio, di altissimo valore letterario e culturale, una distensione nei rapporti tra formalismo e anti formalismo, un superamento della relativa dicotomia, per affermare l'idea che il mondo del diritto è composto di molteplici momenti: formali, ma anche quelli reali ulteriori. Il giurista non può trascurare questi aspetti, ed anzi – come Bobbio diceva a proposito di giusnaturalismo e positivismo – dovrebbe provare ad essere formalista e antiformalista, non servo di due padroni ma dell'unico padrone che è la conoscenza⁴².

4. L'extrastatualità del diritto civile e il pluralismo degli ordinamenti

Giovanni Ferri non nasconde dunque le sue ascendenze nelle dottrine che esaltano l'autonomia privata come autonomia regolamentare, sia nella versione che si limita a sottolineare la normatività spontanea del diritto dei privati, sia – come ora vedremo – in quella dichiaratamente ordinamentale di Santi Romano. Ciò che è già evidente nel saggio su *Il diritto e il suo doppio*, ma che traspare continuamente in tanti altri saggi, da quelli inseriti nel volume citato per primo, a quelli che ruotano intorno al suo rapporto privilegiato con Filippo Vassalli e con la sua singolare esperienza di civilista e giureconsulto.

Nel saggio *Filippo Vassalli o del diritto civile come opera d'arte*⁴³ troviamo quello che forse potremmo definire il manifesto teorico-metodologico generale di Giovanni Ferri, nel dialogo con Filippo Vassalli per l'appunto, e sulla cifra, soprattutto, di quella idea della *extrastatualità* del diritto civile⁴⁴, sempre sottintesa nei suoi discorsi sul negozio giuridico e sull'autonomia privata, in chiave profondamente e sinceramente liberale⁴⁵.

⁴² *Op. cit.*, 149, 150. La citazione di Bobbio è tratta dal saggio *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1984, 127 ss., dove l'illustre Maestro avverte che la contrapposizione tra le due correnti risalta solo se si assumono a confronto le versioni più radicali delle due *ideologie*. Se invece si assumono a confronto le versioni moderate, la linea di demarcazione diventa evanescente (*op. cit.*, 137). Mentre in modo ancor diverso si pone il problema se le due correnti si assumono come *teorie del diritto*, o dal punto di vista metodologico, come *modi di accostarsi allo studio del diritto*. Questo rigoroso relativismo (per le cui argomentazioni si vedano le pagine 138-143) porta l'A. a concludere che si possa essere positivisti e giusnaturalisti insieme, a seconda del punto di vista da cui ci si pone...conclusione che alla fine il Maestro riferisce anche a sé stesso! Ferri fa tesoro di questa lezione bobbiana per sostenere la sua – e in verità quella che dovrebbe essere di tutti – “curiosità” di giurista, che non tollera steccati né pregiudizi, e senza la quale i giuristi rischiano di giocare un ruolo del tutto marginale nella comune considerazione sociale.

⁴³ È il saggio contenuto nell'omonimo volume *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova, 2002, 105.

⁴⁴ Citiamo sin d'ora, al proposito, la celebre prolusione di VASSALLI dedicata ad Antonio Cicu, *Extrastatualità del diritto civile*, pronunciata nel 1949 (Hospice de France) e pubblicata negli *Studi in onore di A. Cicu*, Milano, 1951, II, 481; nonché ancora, dello stesso, la prolusione romana del 1930, *Arte e vita nel diritto civile*, in *Studi giuridici*, Roma, 1939, II, 439 ss.

⁴⁵ Nel volume, in verità vi è ben altro. Vorrei qui ricordare comunque l'*Introduzione*, 1, nella quale Ferri discorre del tema della cultura fascista (che Egli considera un miscuglio di più istanze culturali

Ebbene, secondo Vassalli l'intrinseca e originaria extrastatalità del diritto civile non è un dato geopolitico, una sorta di territorio occupato dal diritto dei privati, ordinamento tra altri ordinamenti, ma pur sempre tributario del diritto statale, ancorché in una prospettiva pluriordinamentale. Essa è invece un "modo di essere del diritto civile" che non conosce confini nazionali e neppure subordinazione a logiche di altri ordinamenti, diverse da quelle intorno alle quale il diritto civile autonomamente organizza "i dati della vita in schemi di pensiero"^{46 47}.

Nella personale, particolare, esperienza di Filippo Vassalli, che Giovanni Ferri restituisce come una sorta di icona del diritto civile, questa particolare visione del diritto civile sembra in contrasto con il suo ruolo ufficiale nella redazione del Codice civile del 1942⁴⁸. Vassalli invero, non è entusiasta del codice, come strumento normativo, ma lo fa venire al mondo e lo accetta per esigenze pratiche; avverte il disagio della fissità del codice, che finisce per sigillare l'incessante divenire di saggezza e sapienza, di "ragione e ragionevolezza" del diritto civile nei confini rigidi di uno strumento ufficiale a struttura classificatoria ancorché sistematica⁴⁹. Coerentemente, poi, Vassalli respinge il metodo esegetico, frutto del culto del testo della legge (scritta e fissa), e causa a sua volta di una costrizione della libertà dell'interprete nella prigione della onnipotenza del legislatore, e dello Stato, nelle cui mani tutto il diritto verrebbe in tal modo consegnato⁵⁰.

non omogenee) rispetto al codice civile (3), osservando come, a parte gli odiosi riferimenti alla razza contenuti nel Libro I, negli altri libri la presenza dell'ideologia fascista fu poco e solo apparentemente incisiva, e non pochi gli istituti economici di carattere "liberale" (8). Così come discorre del ruolo della scienza giuridica civilistica, alla quale riconosce il merito di aver opposto al regime un tecnicismo che – come pure diceva Pugliatti –, era in grado di erigere una barriera ai tentativi di sopraffazione e interferenza dei neofiti del regime, e un argine alla dittatura (11). Nel ricordare la letteratura sul negozio giuridico del dopoguerra, da Santoro Passarelli, a Vassalli, a Betti, rifiuta l'accusa di un tradimento dei chierici ad essi mossa come intellettuali disimpegnati. Sulla stessa linea di pensiero, si veda anche il saggio *Filippo Vassalli e la defasticizzazione del codice civile*, *ibidem*, 65.

⁴⁶ *Filippo Vassalli e la defasticizzazione del codice civile*, cit., 99.

⁴⁷ La celebre espressione per la quale il diritto civile è un *magistero d'arte*, in cui "i dati della vita hanno subito la trasformazione in schemi di pensiero", si legge in VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, cit., 443.

⁴⁸ Un ritratto di Filippo Vassalli è offerto da CHIODI, *Filippo Vassalli*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, Roma, 2012, 563.

⁴⁹ VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, cit., 444.

⁵⁰ FERRI, *Filippo Vassalli e il diritto civile come opera d'arte*, cit., 118, 119; VASSALLI, *Arte e vita*, cit., 445. Qui Vassalli rivolge le critiche indicate nel testo più che altro alla cultura francese che si è sviluppata intorno al Code Napoléon, precisando che "oggi" (nel 1930) tutti avvertono che il diritto *non è tutto nelle leggi*. Segue poi a tale ragionamento la sua idea sui principi generali di diritto, banco di prova di ogni teoria dell'interpretazione, un'idea non meramente statualistica, men che meno giusnaturalistica, quanto piuttosto formal-positiva ma estesa a fonti diverse dalla legge e dalla legge nazionale, dunque alla consuetudine o "altra manifestazione onde storicamente il diritto siasi posto" (*op. cit.*, 447). Del resto, ed questa un'altra iconica affermazione di Vassalli, il diritto civile "non è mai stato mancipio dello Stato, com'è avvenuto nella fase più recente ... il diritto civile, come quello che garantisce fini individuali ... è disciplina di libere determinazioni" (*Extrastatalità del*

Vien da osservare, leggendo queste pagine dell'uno e dell'altro sul ruolo della consuetudine e sul processo di statualizzazione del diritto civile, come sembri rivivere la polemica sulla codificazione tedesca tra Savigny e Thibaut⁵¹. L'uno, fautore del diritto inteso come proiezione dello spirito e della coscienza popolari e contrario ad ogni "ingabbiamento" del diritto all'interno di uno strumento sostanzialmente immobile. L'altro, fautore della unificazione giuridica quale premessa di quella politica della Germania.

Non c'è dubbio che Ferri avverta perfettamente tutte le ambiguità di un richiamo allo "spirito del popolo"; ma questo non scalfisce la sua adesione alla idea della extrastatualità del diritto civile, più che altro sorretta, come per Vassalli, da riserve sullo strumento tecnico della codificazione, sulla sua fissità e sulla esclusiva concentrazione del diritto nello Stato, a discapito della consuetudine e delle fonti regolamentari "private"⁵². In questa medesima chiave teorica va inteso anche il richiamo a tutta la letteratura – specie francese – che ha sviluppato una critica del modello del *code civil* come modello fortemente statualizzato, rigido e di intralcio alla mobile società transnazionale, auspicando invece modelli di "diritto senza Stato", da Carbonnier di nuovo, al controverso pensiero di Laurent Cohen Tanugi⁵³. Passando anche attraverso il discorso

diritto civile, cit., 482). Di qui, gli effetti negativi della codificazione sul diritto civile, come pure sulla stabilità delle relazioni sociali (*op. cit.*, 485, 487 ss.). Sulla Scuola dell'esegesi non può non citarsi quanto GROSSI scrive in uno dei suoi tanti saggi a ciò dedicati, individuandola come "involuzione della *scientia iuris*, che vede il giurista passivo sotto il peso delle sistemazioni legislative, sottomesso entro i confini tracciati dal legislatore, aggiustatore tecnico delle sue contraddizioni". Così in *Storia sociale e dimensione giuridica*, in *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti di indagine e ipotesi di lavoro, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22, Milano, 1986, 12.

⁵¹ Sulla quale, per tutti, MARINI, A.F.J. Thibaut - F.C. Savigny, *la polemica sulla codificazione*, Napoli, 1982.

⁵² FERRI, *Introduzione*, in *Il diritto civile come opera d'arte*, cit., 17; Filippo Vassalli o *il diritto civile come opera d'arte*, cit., 138 ss. In questo quadro teorico di matrice schiettamente liberale prendono corpo, infatti, sia le critiche all'invadenza della legislazione statuale nei campi delle relazioni private non solo economiche, sia il compiacimento per tutte le manifestazioni normative capaci di evidenziare – ormai in una prospettiva quasi europea – lo sviluppo delle codificazioni private (dalla *lex mercatoria* alle prime forme di diritto sovranazionale non statuale) (FERRI, *op. ult. cit.*, 126 ss.; VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile*, cit., 489 ss.).

⁵³ Filippo Vassalli e *il diritto civile come opera d'arte*, cit., 106. L'opera di riferimento per questo pensiero, definito di ispirazione tocquevilliana, sulla democrazia in Francia e negli Stati Uniti è il volume di COHEN TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, Parigi, 1985, ult. ed., 2016, ove una serrata comparazione tra il sistema statualizzato francese e quello americano: nel primo, uno Stato tentacolare tende a controllare tutto; nel secondo una maggiore libertà favorisce l'autoregolazione e la micropolitica dei privati, in un contesto di principi nel quale tutto ciò che non è vietato si deve ritenere permesso. Una sintesi del pensiero di questo Autore si trova nel più recente articolo *Le droit sans les États?*, in *Arch. phil. Droit*, 2003, 285, ove leggiamo che "Parmi les manifestations de l'émergence d'un « droit sans les États », on relèvera : dans la sphère économique, ... : - le triomphe de la *lex mercatoria*; - le droit des affaires internationales: contractualisation et privatisation du règlement des litiges (arbitrage international); - ... - le droit des organisations économiques internationales (OMC)". Mentre grande attenzione è attribuita all'esperienza dell'UE, sulla quale così l'A. conclude: "... l'Europe a intégré la révo-

di Portalis⁵⁴ secondo il quale *“Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout ... Les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours...”*⁵⁵.

Nell'interlocuzione con Vassalli, Ferri introduce nuovamente l'idea che l'agire autonomo dei privati rappresenti una dimensione giuridica parallela a quella statuale (nel che peraltro si risolverebbe anche l'extrastatalità), così come i richiami letterari (da Bonfante ad Ascarelli, a Betti) intesi ad argomentare come nella realtà sociale esistano un'infinità di codici dell'esistenza (dal diritto di Antigone alla legge di Porzia), anzi a dimostrare come nei problemi del “giuridico” vi siano molte più “cose” di quanto il giurista o il sociologo possano immaginare⁵⁶.

Ebbene, è alla luce di queste più volte dichiarate ascendenze e matrici, che prende corpo una visione generale del diritto, seppure nella specola del diritto civile, ispirata inequivocabilmente all'idea della pluralità degli ordinamenti. Il tema è complesso, e il presente saggio non permette che qualche accenno, inteso ad evidenziare, come ipotesi meritevole di ben altri approfondimenti, talune influenze culturali.

Ci sono assonanze, innanzitutto, con l'impostazione di Santi Romano intesa a superare il rigido monismo statualistico e a riconoscere la dimensione intrinsecamente plurale della giuridicità. Nel pensiero di questo Autore, tale dimensione passa attraverso il concetto di “istituzione”, che invece nel pensiero liberale di Giovanni Ferri, civilista, non trova posto, ma è l'assonanza fra le premesse dei due Autori che invece è presente, laddove Romano riconosce la valenza giuridica della realtà sociale, nella sua spontanea concretezza, quando si auto-ordina e si fa “ordinamento”. Diritto e istituzione nascono contestualmente, in un solo atto, si integrano e si giustificano reciprocamente. L'istituzione è il fattore di concretizzazione del diritto: costituisce l'ordinamento giuridico. Ma le istituzioni sono tante; e, anzi, tendenzialmente infinite. E tanti, e altrettanto tendenzialmente infiniti, dunque, devono considerarsi gli ordinamenti giuridici; ciascuno dei quali è matrice di una qualificazione di ciascuno di tutti gli altri. L'essenziale fattore di

lution du droit au cours des cinquante dernières années, au point d'en faire l'un des fondements de son identité politique et de s'affirmer comme « laboratoire de la gouvernance mondiale ». Mais l'expérience européenne montre aussi les limites d'un droit sans État, et la nécessaire complémentarité du droit et de la force. Droits et États sont ainsi appelés à cohabiter dans la régulation de la société mondialisée (op. cit., 289).

⁵⁴ FERRI, *Filippo Vassalli e il diritto civile come opera d'arte*, cit., 117, 125 ss., e poi 137 ss.

⁵⁵ Il riferimento è a PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801), pubblicato ora in *civilistica.com*, 2013, 1. Su questo “discorso”, e sulla sua funzione nella stagione delle grandi codificazioni nazionali, vedi SIRENA, *Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 652 ss.

⁵⁶ FERRI, *Filippo Vassalli e il diritto civile come opera d'arte*, cit., 131.

giuridicizzazione di una istituzione, di un ordinamento, in quanto assetto di rapporti diventati “giuridicamente” regolati, è costituito dalla sua reale vigenza: dalla sua legittimazione in forza del principio di effettività. Del resto, infine, mentre il concetto del diritto si determina perfettamente senza quello dello Stato, al contrario non è possibile definire lo Stato senza ricorrere al concetto di diritto⁵⁷.

Come c'è assonanza piena con l'idea che lo sviluppo più importante di questa visione pluralistica nella ricostruzione di questi altri “rami” non statuali del diritto, si sia avuto per quello privato, sempre che si accetti la possibilità teorica di delineare come ordinamenti giuridici anche insiemi di regole molto più limitati, e a vigenza molto più circoscritta come sono gli atti di autonomia privata, cioè i contratti. In tal caso, a questi atti/negozi, in quanto fattori produttivi di questo effetto, non si può non riconoscere carattere normativo, così come non si può non riconoscere che l'autonomia dei privati abbia generato regole e prassi vincolanti ben prima che l'ordinamento statale le imponesse⁵⁸.

E però, quello che è denominato «autonomia privata», d'altra parte, è considerato come un fenomeno giuridico molto complesso anche nella elaborazione di Salvatore Romano. Qui si colloca la fatale distinzione tra il “diritto dei privati”, generato dall'esercizio della spontanea attitudine normativa dei privati a darsi regole vincolanti, e il “diritto privato”, inteso come il diritto dello Stato avente per oggetto già i soggetti privati e le loro relazioni giuridiche. Ambedue nell'autonomia privata coesistono; ed è per questo che possono venire delineati nella prospettiva del pluralismo istituzionale. E però, anche a partire dal contesto dell'art. 2 della nostra Costituzione, sembra più coerente affermare che il «diritto privato» consideri sì quel «diritto dei privati» come preesistente, e tuttavia come tale lo riconosca. Salvatore Romano si colloca in tal modo nell'ottica del riconoscimento, e a favore della sua opzione indica i testi degli artt. 1322, 1418, 1419, 1339 del codice civile⁵⁹.

Su questo terreno tuttavia le assonanze diventano dissonanze. Giovanni Ferri pone il suo pensiero nel punto di intersezione tra la spontanea normatività dei privati e la “forza” della codificazione statale, e pertanto rifiuta l'idea del riconoscimento: tra Salvatore Romano e Carbonnier, preferisce il *diritto ombra* di quest'ultimo al diritto-ordinamento

⁵⁷ Indici di tale pensiero nel volume *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946; ma vedi la sintetica ricostruzione di DE VANNA, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano e il pluralismo oltre l'orizzonte dello Stato: alcuni percorsi interpretativi*, in *Jura Gentium*, 2018, 37, 40 ss.

⁵⁸ Per questa sintesi, rinvio al saggio di A. ROMANO, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Jus publicum.com*, 2018, 241, 243, 246 ss., dove leggiamo: “di certo non è l'ordinamento statale che determina i contenuti di tali negozi; né gli possono appartenere, quindi, le fonti degli effetti che ne conseguono. Sono direttamente i negozi medesimi, infatti, che auto-definiscono quei contenuti, e che sono direttamente causa di questi effetti; per il loro carattere appunto normativo” (*ibidem*, 247). Nemmeno affrontiamo qui il problema – tra i più antichi della teoria del negozio – se gli effetti del negozio derivano dalla volontà o dalla legge! Rinviamo piuttosto al vivace libretto a cura di DALLA MASSARA, RAMETTA, *Il volere che si fa norma*, cit., *passim*.

⁵⁹ A. ROMANO, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano*, cit., 250, 251.

riconosciuto del primo; sta vicino piuttosto alla maestosa architettura del diritto civile disegnata da Filippo Vassalli, come anche alla visione pluralista di Paolo Grossi, che non alla mitologia del Codice generata dal monismo statualistico⁶⁰.

5. Autonomia privata e poteri del giudice: riflessioni conclusive

Così ultimata questa digressione, che tale invero non è, se in questo modo si comprendono le premesse teoriche fondamentali del pensiero di Giovanni Ferri, vengo a sintetizzare la mia lettura sul tema dei poteri del giudice nei confronti degli atti di autonomia privata.

Il tema autonomia privata e poteri del giudice, infatti, non è che un aspetto del rapporto più ampio che Egli costruisce tra autonomia privata e norma statuale, tra libertà e norma. Se nella realtà sociale opera un sistema originario e vincolante di regole, parallelo ed autonomo (un “doppio”) rispetto a quello giuridico statuale, nel momento nel quale i due ordinamenti vengono in contatto, tale contatto si esprime fundamentalmente in una *verifica di compatibilità* che il giudice deve realizzare nei limiti in cui essa è concepita: cioè come verifica che non comporta di per sé l’introiezione dell’atto di autonomia nelle maglie del diritto statuale, perché un ordinamento non può gratuitamente fagocitare un altro ordinamento⁶¹. L’operazione successiva è quella di applicare questa teoria in chiave metodologica al negozio giuridico e alla disciplina del contratto, attraverso ipotesi interpretative che limitano al massimo l’ingerenza della legge – e quindi del giudice – nell’autonomia privata. Le applicazioni non sono poche.

Ad esempio, la costruzione della causa non come funzione *economico sociale*, ma come funzione *economico individuale* non è banalmente il segno di un’attenzione alla concretezza dell’operazione economica da valutare da parte del giudice, quanto l’appli-

⁶⁰ Circa il pensiero di GROSSI su questi temi, sia sufficiente qui rinviare a *Ritorno al diritto*, Bari, 2015; *Id.*, *L’Europa del diritto*, Bari, 2007, 135, 137, 148, 155 ss.; e già *La prima lezione di diritto*, Bari, 2003. Nelle ultime pagine del saggio *Filippo Vassalli e il diritto civile come opera d’arte*, cit., 132 ss., Giovanni Ferri argomenta la ritrovata extrastatualità del diritto civile osservando una serie di fenomeni che – alla maniera di Carbonnier – definisce di “autoneutralizzazione” del diritto statuale, di corrosione del monopolio della legge statuale. Il riferimento va all’affermarsi dell’arbitrato, all’adozione di codificazioni private nel mondo degli affari, all’emergere della *lex mercatoria*, tutte nuove culture e nuove forme di azioni degli uomini, espressioni di quella *force des choses* della quale – a suo dire – il codice civile non riesce a tener conto. Un pensiero simile ritorna con chiarezza e grande apertura culturale per una metodologia civilistica genuinamente “extrastatuale” nel saggio *La formazione del “civilista europeo”*, in *Contratto e impresa*, 1996, 463, attento non solo alle nuove fonti “informali”, ma anche al valore della comparazione e ai vantaggi dell’integrazione europea.

⁶¹ Va da sé che questo principio opera in via generale. Di qui l’ostilità di Vassalli e di Ferri verso un diritto civile invadente, nella materia dei rapporti economici, come anche e soprattutto nella materia dei rapporti matrimoniali e personali, ove entrambi avversano l’ingerenza dello Stato ed invocano la difesa della libertà e dignità della persona contro la pubblicizzazione del diritto di famiglia (*op. ult. cit.*, 139).

cazione della sua concezione dell'autonomia privata come ordinamento originario⁶², che esprime quei valori *privati* di cui occorre valutare la compatibilità con i valori dell'ordinamento. In tal senso dunque il concetto di causa in concreto non coincide con quello di operazione economica individuale. L'operazione economica va guardata nella sua individualità e non può esserlo attraverso la lente di una astratta figura o di un modello generale, perché ciò comporterebbe una soggezione dell'ordinamento privato a quello pubblico, una manipolazione della privata autonomia da parte della legge statuale. La causa infine non è uno strumento di controllo dell'atto di autonomia⁶³, ma lo strumento logico per verificare la compatibilità di valori del singolo negozio con i principi dell'ordinamento, e in un tal senso ancora – non psicologico – essa è funzione economico individuale della singola operazione negoziale, sintesi dell'intero regolamento in tutti i suoi aspetti⁶⁴.

Ugualmente rispetto ad altri temi, ad esempio il rilievo officioso dell'onerosità eccessiva della penale, argomento dal quale ho avviato questo discorso.

O ancora il tema più generale del rapporto tra interpretazione del contratto e integrazione, nei termini di cui all'art. 1374, tema ampiamente trattato nel quale la definizione dei poteri del giudice è assolutamente essenziale⁶⁵. Qui troviamo riaffermata l'idea che le tutele giuridiche offerte dall'ordinamento statale restano nella disponibilità degli autori del negozio, i quali possono farne a meno ed eseguire il contratto pur se invalido, ed anche se la norma imperativa si è automaticamente sostituita alla norma pattizia contraria, secondo il disposto di quell'incoerente residuo statualistico che è l'art. 1339⁶⁶. Ciò

⁶² FERRI, *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, in *Il potere e la parola*, cit., 462.

⁶³ *Il sistema del codice civile del 1942*, in *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., 135.

⁶⁴ Indipendentemente dalla monografia su *Causa e tipo*, cit., *passim*, rinvio al saggio, quanto mai significativo sul tema, *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, in *Il potere e la parola*, cit., 449, in particolare poi 452 ss., ove la causa appare definita anche come "l'elemento che tecnicamente collega l'intera operazione economica, contenuta nel contratto inteso nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori. ... La dimensione razionale e ragionevole ... della specifica regola contrattuale..." (453). Nella stessa logica si inquadra, del resto, la sua idea della "meritevolezza degli interessi", di cui all'art. 1322, espressione ritenuta del tutto sovrapponibile al concetto di liceità, nonostante gli apparenti diversi intenti del codificatore (*Il sistema del codice civile del 1942*, cit., 120 ss.). Sulla questione, vedi da ultimo G. D'AMICO, *La meritevolezza del contratto secondo il canone delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2023, 260, in nota a Cass., SS.UU., 23 febbraio 2023, n. 5657, *ibidem*, 251, sulla quale si veda anche PIRAINO, *Su causa e meritevolezza, muovendo dal leasing indicizzato a un doppio parametro*, in *Giur. It.*, 2023, 1799. In tutt'altra prospettiva, MACARIO, *Ragione e autonomia negoziale: il rapporto tra ragionevolezza e meritevolezza. In ricordo di Nicolò Lipari*, in *Contratti*, 2024, 469; ID., *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 2016, 52; PENNASILICO, *Dal "controllo" alla "conformazione dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contratto e impresa*, 2020, 823; nonché il volume *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di Mazzamuto - Nivarra, Torino, 2016.

⁶⁵ Il sistema del codice civile del 1942, cit., 231 ss. Sul pensiero di Ferri in ordine alle tematiche interpretative, Vedi RICCIUTO, *La cultura del diritto civile nell'insegnamento di Giovanni Battista Ferri*, cit., 752 ss.

⁶⁶ *Il sistema del codice civile del 1942*, cit., 129 ss., ove il combinato disposto degli artt. 1339 e 1419

perché la legge non può intervenire sulla realtà dell'atto di autonomia. Affermazione talmente forte da parte di un raffinato cultore del diritto civile, che non può capirsi se non nel contesto teorico ordinamentale che lo stesso Maestro ha messo in campo.

Troviamo l'idea della espansività del contenuto dell'atto di autonomia grazie alla interpretazione di buona fede, come criterio che – in connessione con la specifica individualità dell'atto di autonomia – permette di percepire motivi rilevabili e renderli perciò rilevanti⁶⁷. Come troviamo la lettura dell'art. 1374, in contrasto con le idee di Rodotà e di Galgano, quale strumento che può far emergere dal contratto tutte le conseguenze che appartengono alla normalità dell'operazione economica in esso espressa, senza autorizzare il giudice a colmare indiscriminatamente tutte le lacune del regolamento, perché ciò annullerebbe la natura negoziale del contratto, o meglio – così dovremmo dire – la sua natura ordinamentale nel senso prima illustrato⁶⁸.

E troviamo ancora l'idea dell'equità, tra le cosiddette fonti di integrazione, non come giustizia del caso concreto, ma come *il caso concreto*, metafora per indicare l'interpretazione dei contratti che esprimono un'operazione del tutto nuova – dunque, prevalentemente quelli atipici – secondo un canone inteso a sviluppare ciò che ragionevolmente e razionalmente emerge dall'operazione economica, e dalle persone dei contraenti. L'integrazione del contratto si pone in tal senso sulla stessa linea dell'interpretazione, cioè come proseguimento dell'unico itinerario interpretativo che parte dall'art. 1340 e si chiude, per l'appunto nell'art. 1374⁶⁹.

6. In chiusura

Solo poche parole finali per chiudere, non certo le riflessioni sulla figura di Giovanni B. Ferri, ma questo mio tentativo di cogliere un tratto significativo del contributo che Egli ha dato alla scienza del diritto civile in Italia e nel contesto della cultura giuridica europea.

Era non solo un vezzo, ma un'espressione autentica della sua profonda cultura umanistica, quello di affiancare citazioni letterarie in lingua originaria alle sue tesi sulle questioni giuridiche di cui si occupava; come non era solo un omaggio o un riconoscimento onestamente dovuto quello di citare i giuristi del passato, o del suo tempo, per sostenerle. Giovanni Ferri dialogava costantemente con la letteratura, specie quella umanistica, e ne assorbiva le visioni e le parole per adattare – se così posso dire – *sub specie iuris*, e rivestire in tal modo le sue idee di quell'abito di aspirante “verità” ed “perennità” che sono tipiche della produzione letteraria.

è visto come un'ipotesi di manomissione dell'atto di autonomia privata, espressione di una logica dirigistica superata e ormai incoerente con il nuovo modello ordinamentale repubblicano.

⁶⁷ *Il sistema del codice civile del 1942*, cit., 223 ss.

⁶⁸ *Il sistema del codice civile del 1942*, cit., 234

⁶⁹ *Il sistema del codice civile del 1942*, cit., 232, 234 ss.

È per questo che chiudo le mie poche considerazioni con due citazioni di secondo grado. La prima è quella che spesso e volentieri ci ricordava di Filippo Vassalli, per il quale il diritto civile è *“il campo in cui per vetustà di tradizione, per più squisito magistero d'arte, i dati della vita hanno subito la trasformazione più piena in schemi di pensiero”*. La seconda è quella di Alexis De Toqueville sulla libertà di stampa, che Ferri propone nella Introduzione alla seconda edizione de *Il negozio tra libertà e norma* per segnalare il suo stato d'animo a proposito del negozio giuridico: *“j'avoue que je ne porte pas .. cet amour ... qu'on accorde aux choses souverainement bonnes de leur nature”*, e però – Egli prosegue – continuo ad apprezzarlo (il negozio), anche contro chi ne sostiene la crisi o la morte, *“par la consideration des maux qu'elle empêche”*.

Al paziente e benevolo lettore la comprensione delle “verità” che Giovanni Ferri, umanista e giurista autenticamente liberale, ha voluto trasmetterci.

ABSTRACT

Il saggio propone una ricostruzione del pensiero di Giovanni B. Ferri sul tema dell'autonomia privata, considerandone le ascendenze teoriche e le ricadute pratiche sul terreno dell'interpretazione del contratto e dei poteri del giudice rispetto all'atto di autonomia.

This essay proposes a reconstruction of Giovanni B. Ferri's scientific thought about the private autonomy, considering its theoretical origins and practical consequences in the interpretation of contracts field, with reference to the powers of judges facing the act of private autonomy.

