



## *Il contratto tra teoria delle fonti e diritto della complessità*

di MICHELE TAMPONI

Alla base della più recente monografia di Massimo Palazzo – *Il contratto nella pluralità degli ordinamenti*, Editoriale scientifica, 2021 – si intravede, in filigrana, l’attenta analisi di un processo storico che muove da lontano.

Il diritto nasceva dalla società. Non c’erano né leggi né codici, e scaturiva dall’esperienza quotidiana, dall’opera dei giudici e dei giuristi. Praticandolo, costoro lo creavano attraverso l’analisi dei casi concreti. Era il diritto romano comune, un sistema che non poggiava su categorie concettuali: soggetti, beni, dominicalità, autonomia privata, responsabilità restavano ai margini dell’elaborazione.

Fu poi il tempo delle codificazioni, foriere del monismo codicistico: un monismo così rigido, che nelle università del Regno di Napoli, così come a Torino, nacquero nel primo Ottocento le cattedre di Codice civile. Solo più tardi si passò, anche nell’intitolazione delle opere ad uso degli studenti, a formule più estese: *diritto civile patrio*, *sistema di diritto civile*, *enciclopedia giuridica*. Ma si trattava, in ogni caso, di un diritto civile costruito soltanto sul codice<sup>1</sup>.

È seguita l’età della decodificazione, autorevolmente messa a fuoco attraverso la prospettazione di un coacervo articolato di microsistemi che fanno corona al codice civile, petali talvolta effimeri attorno a una corolla capace di resistere e attraversare ideologie, sistemi politici, mutamenti epocali<sup>2</sup>. Si è parlato a lungo di logiche autonome, di codici linguistici particolari, di irrimediabile dissoluzione dell’unità sistematica del diritto

---

<sup>1</sup> Per una stringata ma densa ricostruzione, cfr. per tutti G. IUDICA, *Lo Stato moderno e la codificazione*, Napoli, 2021.

<sup>2</sup> Aprì il dibattito N. IRTI con il saggio *L’età della codificazione*, in *Diritto e società*, 1978, p. 613 ss., e poi con il volume dallo stesso titolo, Milano, 1979, cui sono seguite varie e più ampie edizioni, stimolate dall’attenzione dedicata al tema dai molti autori sensibilizzati da quell’intuizione. Sul ruolo del codice civile nel complessivo sistema, dello stesso A., *Codice civile e società politica*, Bari, 1995.

privato. La consolidata egemonia del codice civile è persa incamminata sul crinale del tramonto. Il dibattito, magistralmente stimolato sin dalla fine degli anni '70 dello scorso secolo, è stato ricco, fruttuoso, vivace e lucido. Né sarebbe eresia ricordare che in realtà non trascurabili lampi di decodificazione è dato scorgere dai decenni precedenti, se solo si pensa al rinvio, compiuto dal codice civile del 1942, a molteplici sistemi settoriali antecedenti (foreste, matrimonio concordatario, bonifica, assegno bancario, cambiale, ordinamento dello stato civile, diritto d'autore) o coevi (legge fallimentare, legge urbanistica), cui molti altri indici di pluralità si sono aggiunti e stratificati nei decenni successivi (divorzio, locazione, contratti agrari, adozione, convivenze, terzo settore, ecc.).

La pluralità dei microsistemi non ha però scalfito il complessivo impianto statalistico: lo Stato resta la fonte primaria della sovranità; la legge ne costituisce la fonte del diritto per eccellenza, pur affiancata, oramai, dalla legislazione regionale e dalla normativa comunitaria.

Il mito della statualità del diritto e l'idea che lo Stato esaurisca la giuridicità sono duri a morire. Il paesaggio disegnato dall'art. 1 delle preleggi – al centro la legge, marginali fonti *a latere* – è frutto di pennellate non più al passo con i tempi. L'ordine ivi descritto è irrealistico, obsoleto, anacronistico<sup>3</sup>. La tradizionale gerarchia delle fonti, pur adornata dal richiamo alla Costituzione, alle regole europee e alle leggi regionali, ha smarrito i suoi riscontri sul piano dell'effettività. Né basta più l'alto insegnamento di Filippo Vassalli, che già settant'anni orsono discorreva di extrastatualità del diritto civile<sup>4</sup>.

La transizione dal monismo legalistico a un pluralismo particolarmente accentuato è ormai nelle cose. Codici deontologici, autodeterminazioni urbanistiche, protocolli e linee guida provenienti dai più diversi organismi – associazioni private, enti pubblici, ordini professionali – segnano l'itinerario.

---

<sup>3</sup> Imponente l'attenzione dedicata al tema da P. GROSSI, del quale si richiamano in particolare: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005; *Società, diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano, 2006; *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012; *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legislativo al pluralismo giuridico*, Milano, 2021. Tra le molte opere generali sulla sconfinata materia delle fonti, ci si limita qui a richiamare gli efficaci spunti rinvenibili in G. D'ALESSANDRO-S. ZORZETTO (a cura di), *Percorsi in tema di fonti del diritto*, Torino, 2017.

<sup>4</sup> F. VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, vol II, Milano, 1951, p. 481 ss.

Contratti normativi e collettivi – le cc.dd. megacontrattazioni<sup>5</sup> – fanno il resto. Né può omettersi di sottolineare il ruolo *anche* privatistico delle autorità indipendenti, nonché il risalto di quelle fonti internazionali che hanno acquisito rango gerarchicamente sovraordinato per effetto dell’ormai collaudata (pur se deludente e disarmonica) riforma del Titolo quinto della Carta fondamentale: il primo comma dell’art. 117 ha equiparato alle regole costituzionali i vincoli «*derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*». Anche ad essi è ormai subordinata la potestà legislativa, sia statale che regionale.

L’evoluzione è altresì rimarcata dal principio di sussidiarietà orizzontale. Il riconoscimento di competenze dispositive ai privati pur in presenza di interessi generali non costituisce più un’eccezione, e si allarga il ventaglio degli obiettivi collettivi consegnati all’esercizio di attività private. Per altro verso, il ruolo creativo della giurisprudenza si spinge oltre limiti inusitati<sup>6</sup>.

Una parola magica – globalizzazione – è valsa a raffigurare l’enorme espansione del modo di essere del diritto e ad imporre un ripensamento del tema delle fonti, contrassegnato ormai da un policentrismo normativo che investe l’intero sistema privatistico, e che l’Autore riassume nell’efficace formula del “diritto della complessità”.

Anche a voler limitare l’osservazione al solo diritto privato, ne scaturisce un sistema dalla fisionomia sempre più proteica: un oceano di disposizioni – basterebbe pensare a codici di settore e testi unici accavallatisi nell’arco di qualche decennio in plurimi contesti: banche, ambiente, assicurazioni, dati personali, consumo, terzo settore – capace di travolgere il nocchiero più abile, un diritto privato che valica steccati e penetra nelle pieghe del diritto pubblico, un sistema scosso e quasi violentato dal rumore perpetuo di un’effimera normativa in continuo movimento. Caso limite, ma non isolato, l’esorbitante produzione occasionata dalla recente emergenza sanitaria. Ma rilievi non diversi possono formularsi con riguardo alla nuova legge fallimentare, il d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, ripetutamente riformato

---

<sup>5</sup> Di “megacontrattazioni” discorre E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, quarta edizione, ristampa aggiornata, Torino, 2021, p. 30 s.

<sup>6</sup> Sul ruolo dell’elaborazione giurisprudenziale, fruttuose riflessioni, in anni recenti, in AA.VV., *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto* (a cura di F. Ricci), Milano, 2018.

prim'ancora della sua recentissima entrata in vigore, avvenuta a oltre tre anni dall'emanazione.

È il tempo, a ben vedere, di un'iperlegificazione sovrappostasi a una delegificazione che non ha né delegificato né semplificato, stante la lievitazione di norme secondarie di variegata provenienza (Banca d'Italia, Agcom, Vigilanza Assicurazioni, Autorità per l'Energia e il Gas) che tratteggiano il movimentato quadro di un sistema di fonti multilivello, cui si affiancano modelli di *soft law*, di diritto mite nei più disparati ambiti.

È dinanzi a questo frastagliato arcipelago che ci si chiede se nella prassi negoziale e nel contratto sia rinvenibile la scaturigine di nuove regole giuridiche, o se l'una e l'altro debbano invece essere intesi quali meri momenti attuativi di un diritto elaborato altrove. Viene raccolto, così, il quanto di sfida gettato da Gino Gorla allorché, prim'ancora dell'emanazione dell'attuale codice civile, si chiedeva se «*la cosiddetta realtà disciplinata dal diritto*», costituita da delibere sociali e da negozi giuridici, potesse essere riguardata «*come diritto essa stessa*»<sup>7</sup>.

Può l'atto di autonomia privata essere annoverato tra le fonti? Ha forza di legge, ma non è connotato da generalità e astrattezza. È lo Stato, si potrebbe osservare, che investe il singolo di una perimetrata competenza normativa, sì che l'atto in parola, più che sorgente di norme, assume esso stesso la veste di vicenda regolata dal diritto. Al contempo, però, l'Autore non esita ad avvertire che il contratto non sempre costituisce semplice applicazione di regole provenienti dall'alto, venendo ad assumere non raramente e in via diretta il ruolo di fonte di un diritto nuovo. È il caso dell'atto pubblico notarile, che attraverso la pubblicità legale nel registro delle imprese o nei registri immobiliari tende ad assumere normatività generalizzata verso i terzi. Situazione, questa, che si presenta altresì con riguardo a regolamenti condominiali e urbanistici, statuti associativi e societari ed altri atti di natura privata adeguatamente pubblicizzati<sup>8</sup>.

Né minor rilievo – come Massimo Palazzo rimarca – assumono l'arbitrato e la c.d. giustizia consensuale. Il pensiero come alla normativa del

---

<sup>7</sup> G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 42.

<sup>8</sup> Utili spunti in AA.VV., *L'atto pubblico notarile come strumento di tutela nella società dell'informazione*, Milano, 2013; AA.VV., *La prassi notarile come fonte del diritto. Discussione sulle prospettive di riforma*. Atti del Convegno di Lido di Camaiore, Versilia 17-18 settembre 2016.

2014 che nell'ottica della degiurisdizionalizzazione ha tratteggiato la mediazione e la negoziazione assistita attraverso il coinvolgimento di professionisti che aiutano le parti contrapposte a risolvere la controversia, persino in ambiti sino a data recentissima riguardati come imprescindibilmente consegnati al vaglio dell'autorità giudiziaria. Emblematico, in proposito, il caso delle separazioni e dei divorzi ora attuabili in sede esclusivamente privatistica: la sfera pubblica indietreggia, il parametro statalista (o statolatrico) arretra.

Può dunque discorrersi, ormai, di un diritto contrattuale dei privati che diverge, o quantomeno si disancora, dal diritto dello Stato? E il contratto tende così a divenire strumento di produzione del diritto, in un sistema in cui – quantomeno nel campo dell'economia e sulla scia del Trattato di Maastricht – lo Stato gestore ha ceduto il passo allo Stato regolatore, l'interventismo statale ha lasciato spazio alla concorrenza? È dato allora di discorrere di socialità del diritto quale evoluzione della tradizionale statualità, anche sull'onda del pluralismo sia sociale che culturale e giuridico da cui la Carta fondamentale è animata<sup>9</sup>?

A ragione il brillante Autore annota che il consolidato posto della legge è sempre più spesso occupato dal contratto, come accade allorché l'opzione privatistica, e quindi la consegna a un diritto astattuale, è estesa anche alla soluzione delle controversie. Ed è altresì vero che la *business community* non ha bisogno dello Stato. Il diritto "legale" segue a fatica allorché l'inventiva dei privati – rispettosamente presidiata anche dal legislatore del 1942, assai meno illiberale di quanto quel periodo storico indurrebbe a supporre – si spinge all'elaborazione di modelli atipici. Spesso il legislatore si limita, in questi casi, a fornire veste alla prassi (si pensi al *factoring* e al *franchising*, alla normativa sul c.d. *rent to buy*, ma anche alle regole di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ., alla legge 22 giugno 2016 n. 112, come pure alla disciplina della multiproprietà). È la legge a seguire il diritto nato dalla prassi, prendendo atto di essa e mirando semplicemente ad assecondarne l'ordinato esercizio<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Sulla transizione dallo Stato legislatore allo Stato regolatore, illuminante N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998. Fecondi spunti in G. VETTORI (a cura di), *Persona e mercato. Lezioni*, Padova, 1996. Sul binomio Stato-mercato, più recentemente N. LIPARI, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 637 ss.

<sup>10</sup> L'attenzione ai cc.dd. "nuovi contratti" è rapidamente transitata dai fugaci cenni delle opere più generali (per tutti, con efficace sintesi, P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*,

La diffusione planetaria di modelli contrattuali atipici finisce così per elevare l'autonomia privata a sistema il cui riconoscimento primo è di natura costituzionale. Questa diviene fonte del diritto privato, segnando la primazia dell'accordo rispetto al dettato legislativo e raccordando essa stessa, in dimensione europea se non ancora più estesa, gli indici normativi promananti dalla legge dello Stato. A ragione può perciò osservarsi che «sulla scena attuale del diritto nulla è più internazionalmente uniforme quanto il contratto atipico»<sup>11</sup>. Il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti è influenzato dall'uniformità generalizzata del modello contrattuale. Perciò il giudice nazionale ben difficilmente potrà reputare invalido, alla stregua dell'ordinamento interno, un modello ovunque riconosciuto come valido: finirebbe per condannare all'isolamento economico il proprio Paese nel contesto dei mercati. Il giudizio di meritevolezza sarà quasi inevitabilmente espresso facendo riferimento ai principi vigenti negli ordinamenti di civiltà giuridica affine<sup>12</sup>.

Il tema può portare lontano, e persino indurre ad interrogarsi sulla persistente percorribilità della ricerca di un codice unitario per l'Europa. Ormai da decenni volenterosi e qualificati giuristi sono all'opera, e pesa ancora – a trent'anni di distanza – lo scetticismo profetico di Francesco Santoro Passarelli. In un convegno promosso dall'Accademia dei Lincei volto a celebrare i suoi novant'anni e i cinquanta del codice civile l'insigne giurista esprimeva l'avviso che «un codice per l'Europa non ci troverebbe maturi. Siamo ancora troppo divisi e dobbiamo, pur nella comunità europea, rimanere quello che siamo»<sup>13</sup>.

Ruolo fondamentale gioca in proposito l'art. 118 c. 4 Cost., che fa dell'autonomia privata proprio l'archetipo della sussidiarietà orizzontale: l'esercizio privato di attività d'interesse generale è favorito dai pubblici poteri, attraverso una sorta di equiparazione di ruoli che trova la massima

---

Roma-Bari, 1991, p. 154) alla diffusa trattazione in opere monumentali (AA.VV., *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, vol. I-III, Torino; AA.VV., *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. 1-10, Torino, 2008).

<sup>11</sup> Così M. PALAZZO, a p. 217. Sulla struttura del c.d. contratto atipico, e sul passaggio dalla tipicità formale alla tipicità sociale, *ex multis*, N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 177 ss.

<sup>12</sup> In tema F. GALGANO, *Il contratto*, seconda edizione, Padova, 2011, p. 156.

<sup>13</sup> AA.VV., *Il codice civile*. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli, Roma, 15-16 dicembre 1992, Roma, 1994, p. 13.

espressione più recente nel codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117) e nell'impresa sociale di cui al d.lgs.3 luglio 2017 n. 112.

*Temporibus illis* vigeva nella vecchia Europa, raccolta attorno al diritto della Chiesa e unificata dall'universalità del potere imperiale, una *lex mercatoria* fondata su sedimentazioni consuetudinarie. Anche ora si discorre, con accenti diversi, di una legge del commercio affrancata dal monopolio statale della giuridicità e affidata alle regole del mercato in proiezione globale. È, forse, la rivincita della libertà contrattuale, di cui si era preconizzato il declino: un diritto spontaneo che ignora i confini nazionali, che scavalla le leggi dei singoli Stati, che disconosce qualunque vincolo territoriale<sup>14</sup>. Ed è del tutto superfluo rimarcare che l'estensione indefinita delle nuove tecnologie e dei testi contrattuali informatici ha aperto la strada a operazioni finanziarie, contratti di compra e di vendita, forme di soluzione delle controversie, il tutto attraverso svariate piattaforme affidate al *click* sulla tastiera del *computer* o del telefono cellulare. Inevitabile, allora, il sempre più vistoso ridimensionamento (se non una vera e propria ammissione di impotenza) degli ordinamenti "ufficiali" sia statali che sovrastatali: sorge un nuovo ordine sovranazionale fatto di reti assai più che di gerarchie. E fatto, altresì di ricchezze senza Stato<sup>15</sup>.

Tutto ciò induce l'Autore a osservare che il diritto non discende più dall'alto, ovvero sia dall'arbitrio del potere sovrano, bensì promana dal basso, attraverso lo stretto contatto fattuale con l'intero tessuto sociale (così a p. 235). Il che è sicuramente vero ove si pensi alla funzione notarile come fattore ordinante, fucina di testi contrattuali non imposti dal legislatore ma elaborati negli studi professionali: contratti preliminari, clausole di prelazione, accordi parasociali, patti di trascinamento, convenzioni in chiave antiprocessuale e di prevenzione delle liti.

Ma qui occorre chiedersi se veramente questo *jus novum* promana sempre dal basso, o non è piuttosto – in non pochi casi e soprattutto in quello macroeconomicamente più rilevante – un nuovo *alto* scaturente da potentati economici affrancati da qualunque controllo, estranei ad ogni accenno di

---

<sup>14</sup> Il tema è vivacemente presente nel mondo dei giuristi. Per tutti N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.

<sup>15</sup> Preziose riflessioni in V. MASTROIACOVO (a cura di), *Le sovranità nell'era della postglobalizzazione*. Atti del Convegno di Foggia 1° marzo 2019, Pisa, 2019.

processo democratico, muniti di poteri e prerogative e soprattutto di risorse economiche superiori al PIL di molti Stati.

E un altro dubbio, per finire, può qui avanzarsi. Scrive Massimo Palazzo a p. 311 del suo bel libro che la linea della storia sembra indirizzata verso l'unità di un diritto fondato su valori comuni e su un'accorta convivenza di legge e contratto. Il rilievo, risalente a pochi mesi addietro (il libro ha visto la luce nel settembre 2021) e a quel momento largamente condivisibile, si scontra ora con la sanguinosa aggressione di uno Stato sovrano da parte di un altro Stato, e consente di toccare con mano il sapore ottativo e fideistico di quell'affermazione. La linea della storia, deve dolorosamente constatarsi, sembra nuovamente indirizzata verso la lacerazione del diritto, l'annientamento dei valori comuni, il ritorno a forme di prevaricazione che ci si illudeva di dover leggere soltanto nelle cronache del passato.

Tutto questo porta inevitabilmente con sé una drastica rivisitazione di quell'idea di globalizzazione che sino a data recentissima pareva un percorso ineludibile ed irreversibile. Le vicende presenti, le chiusure dei mercati, la sacrosanta esclusione del Paese aggressore da una larga serie di sistemi commerciali, bancari, finanziari aprono alla prospettiva della deglobalizzazione, del ritorno – se non all'autarchia di un passato lontano – a un'economia più ristretta, non più affidata, come negli anni scorsi è spensieratamente avvenuto, al tranquillizzante ma infondato convincimento che materie prime, beni e merci ovunque prodotti sarebbero comunque giunti alle nostre industrie, alle nostre case, alle nostre mense.

Erano simbolo di quell'illusoria concezione le enormi navi *portacontainer* cariche di grandi contenitori metallici, segno di un'economia mondiale fortemente interconnessa. Siamo ora, forse, nel mezzo di un ripiegamento della storia, suggerito dalla constatazione della fragilità di catene globali che parevano a prova di bomba e dalla percezione dell'impatto sistemico di un qualsiasi *shock* – si tratti di un virus o di una guerra – che colpisca un anello della catena. E, per quanto concerne la realtà nazionale, specie in campo energetico, vengono al pettine i tanti sconsiderati no che l'hanno paralizzata nel recentissimo passato.