

## Autonomia privata ed eteronomia

Sommario: 1. Il dogma della volontà – 2. Meno autonomia; più solidarietà – 3. Giustizia contrattuale – 4. Manutenzione del contratto – 5. Scelta della controparte. Parità di trattamento – 6. Controllo sull'esercizio dei diritti potestativi.

1. La categoria del negozio, “sulla quale il pensiero giuridico da due secoli si travaglia” (1), è dovuta fondamentalmente alla Pandettistica, “succo e sangue del giurista moderno” (2), ed è presente nel libro I, sez. III, parr.104-185 del codice civile tedesco. Essa manca in Italia tanto nei codici, civili del 1865 e 1942 e commerciali del 1865 e 1882, quanto nella legislazione speciale, ma fin dagli ultimi anni dell'Ottocento (3) è presente in tutti i generi della letteratura giuridica privatistica, tanto da formare uno degli elementi principali del nostro patrimonio formativo (4). Tuttavia, quale espressione dell'autonomia privata, ossia del potere creativo della volontà dei singoli, il negozio giuridico è stato, specie nei decenni successivi al 1942, sottoposto a critiche e ridefinizioni con conseguente mutamento della sostanza.

Da tempo si parla di crisi della categoria, anche se “nel quindicennio succeduto alla catastrofe mondiale ci si sia trovati di fronte ad una ricca rifioritura di studi” sull'argomento. La categoria si mostrerebbe così ancora utile e perciò vitale (5). Il vecchio paradigma, pensato per le esigenze della vita ottocentesca, dovette essere non solo adattato alla produzione di massa (6) ma poi anche alla nuova Costituzione.

Il contratto venne esaltato come manifestazione per antonomasia della volontà del singolo. “Dogma della volontà” è la formula ricorrente (7).

Già poco dopo l'entrata in vigore del codice civile attuale tuttavia le concezioni cambiavano e l'attenzione della dottrina si rivolgeva più all'elemento della *dichiarazione* che a quello dell'*intenzione*: gli effetti del negozio si dovevano determinare non tanto cercando di conoscere il volere del dichiarante quanto guardando i modi con cui esso si era manifestato ai destinatari.

Perciò, una volta esternato il proprio volere, l'autore non poteva richiamarsi ad un'intenzione difforme, dimostrabile *aliunde*, ancorché non palesata chiaramente o non resa riconoscibile per intero e con la dovuta univocità.

Per di più da quanto dichiarato l'ordinamento giuridico “poteva trarre le implicazioni, chiarendolo, integrandolo, e talvolta persino correggendolo” (8).

La più evidente conseguenza di questa revisione fu che alla dichiarazione di volontà poterono essere connessi effetti addirittura contrari all'intenzione dell'autore (9). A questo punto autonomia

privata significò volontà dell'atto e di effetti predeterminati dalla legge, come interpretata dal giudice.

Ripeto: questo mutato atteggiamento della dottrina, su cui influivano certamente le mutate esigenze dei traffici, fu molto contrastato ma attualmente la visione "volontarista" ha dovuto cedere a quella "dichiarazionista". La "tutela dell'affidamento riposto dal destinatario sul significato oggettivamente percepibile della dichiarazione non [ha lasciato] molto spazio all'originaria immagine ottocentesca della potenza del volere individuale nella disciplina dei rapporti giuridici tra privati" (10).

E' da notare che la protezione dell'affidamento di ciascun consociato nel comportamento degli altri soggetti, pubblici e privati, è uno dei punti principali dell'attuale teoria del diritto.

Nel settore privato ciò significa che il dominio della volontà, ossia dell'interesse, individuale perde terreno di fronte ai doveri di solidarietà politica, economica e sociale affermati dall'art.2 Cost.

2. Autonomia non equivale a sovranità. La vita del negozio si svolge necessariamente entro due forze opposte: la volontà del privato e la volontà dell'ordinamento. La contrapposizione fra autonomia individuale ed eteronomia sociale costituisce la costante del diritto privato (11). La prima è potenzialmente libera ma la seconda rende possibile la convivenza ed attua perciò scopi sociali ossia realizza proprie esigenze, d'onde la necessità di bilanciamento. "Realtà storiche, l'ordinamento e il negozio, che non potranno mai essere pensate separatamente o indipendentemente l'una dall'altra" (12). La distribuzione dei pesi sui due piatti della bilancia dipende dalla varietà delle situazioni economiche e politiche.

Ciò significa che l'individuo è nella vita del diritto sempre meno autonomo e sempre più assoggettato, anche nei rapporti privati, a fonti del diritto spesso consistenti in disposizioni precettive non definitorie o comunque precise, ma formulate per clausole generali (ad es. quella della buona fede e correttezza) ossia rinviati a valori super- o extralegislativi, come quelli della Costituzione o degli ordinamenti europei. Con le clausole generali si attribuisce al giudice, attraverso il potere interpretativo, il compito di contribuire a costruire la regola (13).

Da gran parte della dottrina si ritiene che alle norme per fattispecie debba sostituirsi una legislazione più flessibile, caratterizzata dalla forma aperta (14), indicativa di un valore da realizzare nella misura maggiore, bilanciato con altri valori. Non più esecuzione di comandi ma inveroamento di valori della convivenza, valori costituzionali posti a fondamento della decisione del giudice (15). In Germania fin dal secondo dopoguerra si distingue tra diritto orientato alle norme (*Satzrecht*) e diritto orientato ai valori (*Wertrecht*).

Ovvio che in questa attività di integrazione dell'ordinamento il giudice non si può affidare al proprio arbitrio. Egli si attiene ai criteri ermeneutici che, specialmente a partire dalle opere di teoria

di interpretazione della legge, furono indicate nel secondo dopoguerra *in primis* da Emilio Betti e poi da Giovanni Tarello (16). Queste opere hanno innovato e vanno poste in relazione con la, parimenti rinnovata, visione delle fonti del diritto oggettivo (17).

Nel nostro Paese la contrapposizione tra volontaristi e antivolontaristi venne portata agli estremi in sede dottrinale (18) ma fu presto notata l'esagerazione di questa polemica (19). In realtà e come ho già detto, il "dogma della volontà" e le esigenze della solidarietà non stanno mai da soli ma convivono in proporzioni che variano con l'evoluzione dell'ordinamento costituzionale vivente.

Già nel periodo storico in cui autonomia privata significa protezione dell'individuo contro ingerenze del sovrano, tutela della libertà contro la pubblica autorità, "germi nuovi della sovranità popolare" e "un pensiero fondamentale democratico" (20) sono presenti. Nel medio evo il conflitto tra autorità e libertà si riproduce nel diritto ogni volta che le categorie tradizionali, tradotte in atti autoritativi (non importa che si tratti di autorità politica o morale), non sono più sufficienti per soddisfare le esigenze della vita collettiva. Sono gli storici a ricordarci il motivo bartoliano dell'*aequitas mercatoris*, che costringe ad accostare il diritto commerciale, nuovo *ius honorarium*, al diritto civile: le correnti di traffico sempre più vaste e fitte comportano immobilizzi di denaro e di conseguenza il ricorso al prestito ad interesse. "Di qui, da un lato, il curioso spettacolo di papi che intervengono con bolle...e, dall'altro, gli sforzi dei giuristi per aggirare lo scoglio [del divieto di mutuo feneratizio] e raggiungere per vie legali lo scopo economico senza far incorrere nella scomunica che colpiva il reo d'usura" (21). Qui l'autonomia privata si esplica dunque con la creazione di quelli che oggi si chiamano nuovi tipi contrattuali.

Ma tutto è destinato a cambiare – ci informano ancora gli storici – con la Riforma, i movimenti nazionali e la nascita degli Stati moderni, nei quali il principe diviene legislatore, l'elaboratore diretto e personale dell'ordinamento statale ossia dotato "de la puissance de donner loix en général" (22).

La dialettica autorità-libertà, intesa quest'ultima come protezione dei diritti individuali innati contro la potestà pubblica è dei nostri giorni, così come è attuale la questione del valore costituzionale della libertà contrattuale nel duplice significato di tutela del potere del privato di autoregolarsi e di tutela dei diritti coinvolti nell'operazione economica (23). Si parla nel secondo caso di giustizia *nel* contratto (24). L'interprete deve spesso scegliere tra libertà della persona che negozia oppure protezione della parte che subisce l'imposizione di condizioni dettate dal contraente più forte (25).

Ma non si tratta solo di potestà pubblica. La denuncia contro i poteri forti s'intensifica. Si afferma che "il diritto statale o comunque di matrice pubblica si è ormai arreso all'autonomia dei privati e alla forza dirompente delle nuove tecnologie: chi dispone degli avvocati migliori e di maggiori risorse da investire può dal nulla creare nuovi beni o appropriarsi di nuova ricchezza". Si

tratta dunque di un diritto diverso da quello statale (o anche internazionale o comunitario), che “si è servito di legislatori, giudici e professori universitari per svolgere i propri riti e connotarsi” (26). Ma forse bisogna chiarire se si tratti di un fenomeno del tutto nuovo o di nuove e più evidenti forme di una sostanza perenne.

3. Quando si parla genericamente di giustizia contrattuale , ossia di un criterio generale di equilibrio e di proporzione dello scambio o della distribuzione dei beni negli atti d'autonomia privata, si è soliti far riferimento così all'opera del legislatore, che detta regole imperative come avviene ad es. nel contratto di lavoro subordinato, come al controllo affidato dal legislatore al giudice affinché quell'equilibrio e proporzione si realizzino nel caso concreto, tanto nella formazione del negozio quanto nella fase esecutiva, vale a dire di attuazione del rapporto giuridico che dal negozio deriva .

Qui l'attenzione sarà rivolta in prevalenza a questo secondo aspetto del tema dell'autonomia privata, verosimilmente più interessante in un discorso destinato a magistrati, e magari eventualmente ad avvocati.

Tuttavia non solo le sopravvenienze ma anche vizi genetici dell'atto possono giustificare l'intervento autoritativo, che talvolta è considerato come fisiologico, quando lo stesso legislatore commini la nullità.

Si diffonde oggi progressivamente l'espressione “giurisdizionalizzazione del diritto” per significare

la sempre maggiore (apparente o reale) formazione dell'ordinamento giuridico ad opera della giurisdizione, alla quale “si devono, soprattutto sul terreno dei diritti fondamentali, le più importanti operazioni di integrazione e di adattamento dello *ius positum*” (27). Non è possibile qui diffondersi ma basta notare come tutto ciò sia valutato in modi diversi quando non opposti: coesistono “i verdetti indifferenziati di approvazione e di condanna” (28).

Mi sembrano prevalere le esortazioni alla moderazione, rivolte ai giudici. Si lamenta che questi si siano posti “in concorrenza con il legislatore, in una continua rincorsa per sopravanzarlo, individuando nuove ‘debolezze’ da proteggere e nuovi ‘rimedi’ da congegnare per rendere ‘effettiva’ la tutela di determinati soggetti” e si aggiunge che la figura del contratto non può divenire strumento di risoluzione dei problemi sociali (indigenza, disoccupazione, disagio sociale), i quali chiedono risposta in sede politica e con costi a carico della generalità (29). In breve, l'intervento del giudice nel contenuto del contratto viene ammesso solo in presenza di situazioni gravi e realmente imprevedibili (30).

Già nel diritto comune si riteneva valido il contratto solo se si fossero incontrate volontà di pari peso e intensità: premeva una volontà libera, consapevole e sorretta da buona fede. *Singularis et mirabilis* era perciò definito il potere giudiziale di ridurre il contratto ad equità (31).

La cosiddetta giurisdizionalizzazione del diritto comporta la sempre maggiore utilità pratica della

distinzione tra “disposizione” e “norma”, o fra “testo” e “significato”, della disposizione precettiva (32), vale a dire fra enunciato letterale e regola effettivamente operante. Quest’ultima ricavata nella pratica eventualmente anche da una pluralità di disposizioni e comunque variabile a seconda delle contingenze e delle connesse valutazioni dell’interprete (33).

Sul piano processuale è importante che ogni scelta interpretativa del giudice venga preceduta dal contraddittorio (argomenta dall’art.584, terzo comma, cod. proc. civ. e 111, primo comma, Cost.).

Che la convenzione possa portare ingiustizia a danno delle parti (si è tipizzata questa ipotesi parlando di contratti asimmetrici) non significa necessariamente che, quando l’ipotesi si realizzi, il giudice debba privarlo di efficacia. Anzi - secondo quanto prospetta la dottrina attuale - sta a lui di valorizzare e tutelare l’interesse alla conservazione attraverso l’invito alla rinegoziazione (34) oppure di adeguarlo d’ufficio, come si è stabilito nei codici tedesco e francese e come si vedrà tra breve.

Sulla base della dottrina tedesca si è parlato di “doveri integrativi” del contenuto del contratto: situazioni di vincolo, che nei contratti di scambio gravano su entrambe le parti, sono necessarie all’esatta esecuzione di essi e non sono, da sole, azionabili (35).

Il legislatore vincola debitore e creditore alla correttezza (art.1175 cod. civ.) o il solo debitore all’uso della diligenza del buon padre di famiglia (art.1176) o ancora entrambi all’esecuzione del contratto secondo buona fede (art.1375). Questi criteri possono nei singoli casi portare a conseguenze diverse in base alle circostanze che caratterizzano, di volta in volta, il rapporto, con le conseguenti impossibilità di definirne a priori il contenuto precettivo e necessità della valutazione giudiziale. A norma dell’art. 1374 cod. civ. il regolamento contrattuale può derivare anche dalla legge, dagli usi e dalla determinazione equitativa del giudice (36).

Tutto ciò è particolarmente evidente nella materia del lavoro subordinato, in cui le norme di legge sono quasi tutte caratterizzate dall’inderogabilità, siccome intese alla protezione del prestatore di lavoro quale parte debole. Il progressivo movimento di “liberalizzazione”, ossia di rafforzamento dell’autonomia privata, soprattutto a favore del datore di lavoro e delle organizzazioni sindacali locali, movimento intensificatosi nel 2012, ha dato luogo ad una vivace attività interpretativa da parte sia della dottrina sia della giurisprudenza (37).

Le scelte del legislatore debbono essere rispettate, salvo il potere-dovere di interpretazione secondo la Costituzione. “Non si defletta mai” scrive il professore Paolo Grossi con particolare riferimento al diritto del lavoro “dal porre la persona, la sua tutela la valorizzazione di ogni sua dimensione, a fine insopprimibile di una disciplina la quale non potrà mai rinserrarsi in una razionalità fredda e impietosa, e nemmeno nella frigidità sociale di valutazioni puramente economicistiche” (38).

Parole simili vennero scritte alcuni anni prima che entrasse in vigore la nostra Costituzione dallo storico inglese Herbert Fisher, nella sua *History of Europe*, che Benedetto Croce volle tradotta in italiano: “La civiltà dell’Europa moderna ha molti difetti, ma lo spirito umanitario con cui cerca di difendere i membri più deboli della comunità dalle dure conseguenze della concorrenza economica è la sua difesa contro critiche e accuse, superando col suo fulgore le brillanti scoperte scientifiche e lo stesso progresso materiale” (39).

Il giudice avrà comunque cura di rispettare al massimo la causa del negozio come concepita originariamente dai contraenti. Alla conservazione dell’atto sarà preferibile la caducazione quando l’opera integrativa rischi di imporre effetti lontani dall’intenzione delle parti ossia di incorrere nell’extrapetizione (40).

E’ dovuta ad una tradizione plurisecolare, ed è attualmente codificata, la distinzione fra causa e motivi del contratto, ossia, da una parte, la giustificazione obiettiva del negozio, che permette alla volontà privata di attuarsi entro l’ordinamento, e, dall’altra parte, le considerazioni personali, contingenti e destinate ad esaurirsi entro la sfera soggettiva dell’agente. Tuttavia il tramonto delle concezioni volontaristiche del negozio (*supra*, par.2) ha permesso all’interprete di identificare motivi rilevanti e non espressi, e in definitiva circostanze implicite da considerare come presupposti oggettivi dell’operazione economica. Il difetto sopravvenuto di queste circostanze può portare allo scioglimento oppure, ove la legge lo consenta, all’adeguamento del contratto (vedi poco oltre). Si parla in tal caso di “presupposizione”, istituto pretorio nato in Germania e passato da noi attraverso la dottrina (41).

La regola giurisprudenziale della riducibilità d’ufficio della caparra confirmatoria, posta dalla Cassazione e confermata dalla Corte costituzionale (42), ha provocato forti critiche da parte della dottrina, che ha parlato di “arbitrario soggettivismo” e di delusione dell’ “affidamento delle parti nel significato delle parole”, e in particolare della parola “solidarietà” contenuta nell’art.2 Cost., la quale non potrebbe comunque imporre alle parti un determinato contenuto del contratto (43).

Già più di trent’anni or sono Pietro Rescigno rilevava come l’art.2 Cost. per la sua eccessiva vaghezza mal si prestasse per apprezzare gli istituti del diritto privato o per ricostruirne singoli settori, dall’autonomia negoziale alla responsabilità civile (44). All’interprete spetta solo di

garantire la realizzazione completa dell'operazione economica perseguita dalle parti, e non la formazione di regole conformi alle finalità perseguite dall'ordinamento (45).

Quanto al giudice, forse per lui solidarietà dei contraenti significa scelta del contraente più forte di non profittare della debolezza della controparte. Dove la difficoltà può stare, in casi limite, nella individuazione del forte e del debole (46).

La solennità del principio nominalistico, enunciato nell'art.1277 cod. civ., non ha impedito alla nostra Cassazione, in periodi di forte svilimento della moneta, di pervenire alla sostanziale rivalutazione di crediti pecuniari, riportandoli alla fattispecie del risarcimento del "maggior" danno (presunto e pari grosso modo alla svalutazione) da ritardo nell'adempimento (art.1224 cpv cod. civ.) (Cass. Sez. un. 25 ottobre 1979 n.5572).

La nostra dottrina s'ispira largamente, come da tradizione, all'ordinamento tedesco e oggi in particolare richiama il par. 313 del BGB modernizzato, quando si tratti di ingiustizia sopravvenuta per "alterazione della base negoziale" (47). In tal caso la norma (primo comma) prevede l'adeguamento (*Anpassung*) del contratto qualora, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto e in particolare della distribuzione contrattuale e legale dei rischi, da una delle parti non possa pretendersi il mantenimento del contratto non modificato.

Anche l'art.1195 del codice civile francese dice (primo comma) che in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta si può chiedere la "renégociation du contract a son cocontractant". In caso di diniego (secondo comma) le parti possono chiedere al giudice l' "adaptation". Anche una sola parte può chiedere al giudice di "réviser le contracte ou y mettre fin".

4. I più ardui problemi di realizzazione della giustizia contrattuale sorgono nel nostro ordinamento quando dall'atto nasca un rapporto destinato a durare a lungo e nella durata vengano ad inserirsi sopravvenienze non previste. In difetto di patti innovativi o modificativi, sorge la questione dell'intervento giudiziale. L'autore che ha più trattato questo argomento osserva che "un ordinamento giuridico che aspiri a definirsi veramente evoluto non può rifiutarsi di offrire ai contraenti la tutela giurisdizionale adeguata al regolamento di interessi concretamente pattuito, trincerandosi dietro al rispetto formale dei ruoli tradizionalmente rivestiti dalle parti e dal giudice e rendendo assoluta, per così dire, l'apparente antinomia fra libertà contrattuale dei privati e intervento giudiziale nel contratto" (48).

Nel nostro codice civile l'art.2103, nel testo originario e ancor più dopo le modifiche apportate dall'art.3, comma 1, d. lgs. 15 agosto 2015 n.81, si fonda sull'idea secondo cui l'esecuzione del contratto non può essere disciplinata in ogni tempo con le regole fissate dai contraenti al momento della stipulazione.

Nel corso del rapporto il giudice può ravvisare, sulla base del principio di correttezza e di buona fede, un mutamento nel contenuto della prestazione lavorativa tale da generare a carico del datore un obbligo di formazione e aggiornamento professionale (Cass. 7 maggio 2008 n.11142).

Le suddette norme recepiscono anche una giurisprudenza della Cassazione anteriore al 2015 e secondo cui, anche in regime di inderogabile divieto di demansionamento del lavoratore subordinato, è tuttavia valido l'accordo di demansionamento inteso ad evitare il licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica alla mansione attuale (49).

Norme di manutenzione del contratto, volte ad assicurare la realizzazione del risultato economico perseguito dalle parti secondo la distribuzione dei vantaggi e dei sacrifici originariamente concepita, sono ad es. negli artt. 1432, 1450, 1464, 1661, 1664.

L'obbligo di rinegoziazione si avrà solo in casi che saranno previsti dalla legge quali eccezioni al principio della volontà privata (50).

5. Limitandoci ora a considerare il tempo della conclusione del contratto, una prima limitazione dell'autonomia privata può riguardare la scelta della controparte.

Un obbligo di contrarre è imposto ai concessionari dei servizi di linea per il trasporto delle persone. Ai sensi dell'art.1679, primo comma, cod. civ. essi debbono accettare le richieste di trasporto "secondo le condizioni generali stabilite o autorizzate nell'atto di concessione e rese note al pubblico". Il secondo comma dello stesso articolo aggiunge che i trasporti "debbono eseguirsi secondo l'ordine delle richieste; in caso di più richieste simultanee, deve essere preferita quella di percorso maggiore".

Analoga situazione è prevista nell'art.2597, secondo cui chi esercita un'impresa in condizione di monopolio legale ha l'obbligo di contrarre con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento.

Queste ipotesi riguardano casi di pluralità di persone che avanzino la medesima pretesa, con conseguente contrasto di interessi.

L'elemento comunitario, ossia un insieme di persone unificato da un certo interesse, costituisce la base in presenza della quale il principio di parità di trattamento, espresso nell'art.3 Cost., "acquista nell'ambito delle relazioni di diritto privato il carattere di precetto giuridicamente rilevante" (51).

Il principio comporta che, nell'ambito del gruppo, ogni disparità, in fase sia di costituzione sia di funzionamento del rapporto, dev'essere giustificata.

Anche l'impresa è una comunità di persone, nella quale dev'essere usato ogni strumento di contenimento dell'ingiustizia, quale la disparità ingiustificata, con eventuale limitazione della libertà dell'imprenditore. L'art.41 cpv Cost. parla di "dignità umana".

Un generale dovere di parità di trattamento dei lavoratori nell'impresa è negato dalle Sezioni unite della Cassazione con le sentt. 29 maggio 1993 n.6031 e 17 maggio 1996 n.4570, ma la Sezione lavoro ammette un "principio di imparzialità" in materia di trattamenti retributivi "irragionevolmente differenziati" e di decisioni dell'imprenditore da assumere secondo la clausola generale di correttezza e buona fede (52).

Cass, 7 dicembre 2016 n.25192 afferma che, quando il giustificato motivo oggettivo di licenziamento (art.1 l. 15 luglio 1966 n.604) consiste nella necessità di sopprimere un posto di lavoro nell'ambito di una pluralità di posizioni lavorative fungibili, ossia omogenee, non essendo possibile assegnare il titolare del posto da sopprimere a mansione diversa, il datore di lavoro deve individuare il soggetto da licenziare sulla base della clausola generale ora detta. La disciplina dei licenziamenti collettivi offre il modello idoneo ma non esclude altri criteri, come quello del licenziamento del lavoratore più costoso per l'impresa o che percepisca altri redditi o che abbia un minore rendimento lavorativo (53).

6. Uno dei maggiori strumenti di controllo dell'autonomia privata concerne, quanto alla fase di esecuzione del contratto, l'esercizio di diritti potestativi eventualmente spettanti ad una delle parti. Gli esempi più frequenti riguardano il diritto di recesso. Dopo l'entrata in vigore del codice civile attuale alcune leggi speciali, sottoponendo a determinati presupposti il potere del contraente, ritenuto parte più forte, di sciogliersi dal vincolo, hanno trasformato la situazione della controparte da mera soggezione in interesse legittimo di diritto privato. Si pensi al potere di licenziare il lavoratore subordinato (art.2118), assoggettato al requisito della giusta causa o del giustificato motivo dall'art.1 l. n. 604 del 1966, oppure a casi di recesso della banca da contratti di apertura di credito (54).

L'art.1211 del codice civile francese, introdotto con la riforma del 2016, ha attribuito il diritto di recesso dal contratto a tempo indeterminato, ma già prima la Cassazione parlava di abuso del diritto di recedere, anche col rispetto di un periodo di preavviso (55).

A norma dell'art.30, comma 1, l. 4 novembre 2010 n.183, quando la regola del rapporto sia espressa attraverso una clausola generale – ad es. il "giustificato motivo" ora cit. - , il controllo giudiziale sui poteri del datore di lavoro è limitato ai presupposti di legittimità e non può essere esteso al merito, più precisamente alle valutazioni tecniche e amministrative. La seconda parte del medesimo comma – inserita dall'art.1, comma 43, l. n.92 del 2012 – aggiunge che l'inosservanza di queste disposizioni costituisce motivo d'impugnazione per violazione di norme di diritto. Il controllo del giudice può essere dunque di sola legittimità, anche se in tutti i campi del diritto è sempre labile il confine tra legittimità e merito. Si è rilevato che, attraverso la tecnica del bilanciamento degli interessi e dei valori si vanno stemperando i confini tra legittimità e merito, tra

giurisdizione e politica, tra rigidità e duttilità della Costituzione (56). Ciò è particolarmente evidente quando si tratti di licenziamenti per crisi d'impresa o per modifiche alla relativa struttura.

Un potere molto intenso di controllo sull'atto d'autonomia viene affidato al giudice di merito da Cass.n.20106 del 2009 cit. , la quale censura, qualificandolo come abusivo, l'atto di recesso – previsto nel contratto, atipico, di “concessione di vendita” di autoveicoli – esercitato dal concedente e nocivo alla controparte perché irrispettoso, nelle sue modalità, del dovere di correttezza e di buona fede. La sentenza afferma l'obbligo del recedente di risarcire il danno o, in alternativa, il potere del giudice di dichiarare nullo il recesso e di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, se ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi.

Il contratto di cessione d'azienda comporta l'automatico trasferimento del lavoratore alle dipendenze del cessionario, ai sensi dell'art.2112 cod. civ. Non è perciò necessario il consenso del primo, richiesto in via di regola dall'art.1406 cod. civ.

L'art.2112 era in origine inteso alla protezione del prestatore di lavoro, ossia al mantenimento dei suoi diritti nel caso della detta cessione. Esso sembra però avere mutato funzione quando l'art.32 l. 10 settembre 2003 n.276 ha novellato il quinto comma ed ha così esteso l'art.2112 all'ipotesi di trasferimento parziale dell'azienda, definendo la parte (ramo) come “articolazione funzionale autonoma...identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”.

In tal modo cedente e cessionario potrebbero identificare a loro arbitrio, nel momento della cessione, l'articolazione funzionale autonoma, destinandovi lavoratori non designati secondo un criterio obiettivo riconoscibile ossia eludendo il principio di pari trattamento del quale s'è detto nel par.5 . La funzione dell'istituto di cui all'art.2112 può essere così stravolta in base ad una finalità non dichiarata e opposta a quella perseguita dal legislatore originario, onde la dottrina parla di “uso capovolto della normativa di tutela” (57).

Per tal motivo la Cassazione ritiene che la disposizione vada interpretata nel senso che il ramo d'azienda debba preesistere all'atto di trasferimento.

Secondo Cass. 5 luglio 2021 n.18948 le direttive della Comunità (ora Unione) europea nn.1998/50 e 2001/23 dispongono che l'entità trasferita conservi, a seguito del trasferimento, la propria identità, ciò significando che questa deve preesistere allo stesso trasferimento ossia non può essere costituita contemporaneamente (58).

Roma, 25 febbraio 2022

Federico Roselli

RIASSUNTO

L'antitesi fra autonomia individuale ed eteronomia sociale costituisce una costante del diritto privato, che nella teoria del negozio giuridico si tradusse nella disputa fra "volontaristi" e "dichiarazionisti". Un aspetto attuale di questa disputa è la distinzione fra tutela, assicurata dall'ordinamento, *del* contratto (ossia della volontà manifestata dai contraenti) e tutela nel contratto (ossia del contraente debole contro quello forte). Questa seconda può essere assicurata anche dall'intervento del giudice, i cui poteri sono stati aumentati dalle leggi extracodicistiche, dai principi eurounitari e dagli stessi interpreti, con conseguenti critiche, anche aspre, della dottrina. E' comunque necessario che i singoli punti decisi – soprattutto quando si risolvano in una "terza via" - siano sempre preceduti dal contraddittorio.

#### NOTE

- (1) F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1959, 341.
- (2) F. CALASSO cit., 343.
- (3) G. MIRABELLI, *Negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXVIII 1978, 5.
- (4) F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano 1988, 7-8.
- (5) F. CALASSO cit., 345.
- (6) Così la Presentazione del Corso della SSM su "Il contratto o i contratti ?" - 29 novembre-1 dicembre 2021.
- (7) F. CALASSO cit., 339; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2001, 36.
- (8) E. BETTI, *Il negozio giuridico*, Torino 1960, 39 e 87.
- (9) G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (1931) trad. it. *Filosofia del diritto*, a cura di G. Carlizzi e V. Omaggio, Milano 2021, 162.
- (10) F. MACARIO, *Introduzione al diritto privato*, Bologna 2021, 364. Vedi già P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II, Padova 1988, 466.
- (11) A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano 2008, 5:
- (12) F. CALASSO cit., 39-44.
- (13) Presentazione cit.
- (14) S. RODOTA', *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.* 1967, 83.
- (15) S. LARICCIA, *Vecchi e nuovi problemi in tema di fonti del diritto*, in *Ritorno al diritto* 2005, 543.
- (16) E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, II ediz. a cura di G. Crifò Milano 1971; G. TARELLO, *Interpretazione della legge*, Milano 1980. V. anche R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011.

- (17) A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna-Roma 2011.
- (18) V. G. ALPA, *Autonomia contrattuale*, in *Enc. dir., I tematici I*, 2021, 17.
- (19) F. CALASSO cit., 113-114.
- (20) P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano 1960, 87, 123.
- (21) F. CALASSO cit., 320-323.
- (22) P. GROSSI, cit., 335.
- (23) G. ALPA cit., 20.
- (24) G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir. cit.*, 582.
- (25) G. D'AMICO cit., 583 e 585.
- (26) F. DI CIOMMO, *I nuovi "signori del diritto": Ovvero di come la privatizzazione del diritto e l'avvento del capitalismo tecnocratico stanno riducendo all'irrelevanza legislatori e giudici*, in *Foro it.* 2018, V, 66.
- (27) G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, in *Enc. dir. cit.*, 292.
- (28) M. PALAZZO, *La recuperata consapevolezza della complessità del processo di formazione del diritto. A margine del volume di Paolo Grossi Oltre la legalità*, in *Giust. civ.* 2020, 810.
- (29) D'AMICO cit., 605 e 587.
- (30) F. DI CIOMMO, *Contributo all'uso responsabile dell'intervento del giudice nei contenuti ed effetti del contratto. Le quattro condizioni di efficienza allocativa*, in *Foro it.* 2021, V, 241; L. BALESTRA, *E' possibile un elogio della giustizia? (a proposito di un recente volume)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 718.
- (31) P. GROSSI cit., 133, 138, 160, 298.
- (32) L. MENGONI, *I problemi del metodo della ricerca civilistica oggi in Italia* (1990), in *Scritti* a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, I, Milano 2012, 310; IDEM, *Diritto e tempo* (1998), *ibidem* 15.
- (33) V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XII 1964, 199. Di "testo" e "significato" parlava T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Problemi giuridici*, Milano 1979, 140. Ultimam. Vedi V.F. MERCURIO, in F. CARINGELLA (a cura di), *L'interpretazione del diritto*, Roma 2021, 54.
- (34) F. MACARIO, *Contratti di durata*, in *Enc. dir.cit.*, 116; A.U. SALANITRO, *Rischio contrattuale*, *ibidem*, 1072-1075.
- (35) U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano 1966, 13.
- (36) A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto* cit., 39.

(37) Mi permetto di rinviare a *Il declino del formalismo giuridico e la giurisprudenza del lavoro*, Milano 2021, 118.

(38) P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, I, 30.

(39) H.A.L. FISHER, *A History of Europe* (1935), trad. it. *Storia d'Europa*, III, *L'esperimento liberale*, Bari 1969, 273.

(40) Il divieto evita al giudice di investirsi della parte di donna Prassede. In tal senso, ma con altra metafora, A. GENTILI, *A proposito di "eclissi del diritto civile" di Carlo Castronovo*, in *Europa e dir. priv.* 2016, 1173. L. BALESTRA, *E' possibile un elogio della giustizia? A proposito di un recente volume*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, 717.

(41) Sul quale basta qui rinviare a A.M. BENEDETTI, *Presupposizione*, in *Enc. dir. cit.*, I 2021, 878-879.

(42) Cass. Sez. un. 18 settembre 2009 n.20106; Corte cost. nn. 248 del 2013 e 77 del 2014.

(43) N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 563. Analogamente G. D'AMICO cit., 604.

(44) P. RESCIGNO, *I diritti civili nella Costituzione e il diritto privato* (1991), ora in *Persona umana e processo civile*. Saggi raccolti da Andrea Proto Pisani, Milano 2022, 13.

(45) A. FEDERICO, op. cit., 95.

(46) ...così come andava nel secolo decimo settimo (A. MANZONI, *P.S.*, cap.VIII) .

(47) A.M. BENEDETTI e F. MACARIO, opp. ult. citt.

(48) F. MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Riv. Scuola superiore economia e finanze* 2005, 126. Dello stesso autore, più ampiamente *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli 1996. F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Materiali per la revisione del Codice civile*, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano 2021, 625.

(49) Cass. Sez. un. 7 agosto 1998 n.7755.

(50) P. GALLO, *Revisione del contratto ed equilibrio sinallagmatico*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, *Aggiornam.* 2019, 365.

(51) P. RESCIGNO, *Ancora sul principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Persona e comunità*, Bologna 1966, 372; IDEM, *I diritti civili* cit., 18.

(52) Cass. 8 luglio 1994 n.6448. Forse si può considerare non più attuale ciò che scriveva negli anni sessanta Pietro RESCIGNO (*Riassunzione dei lavoratori licenziati e parità di trattamento*, in *Persona e comunità* cit., 426) secondo cui in Italia il tema della *Gleichbehandlung* (parità di trattamento) nel diritto privato, già portato all'esame della giurisprudenza, non veniva apprezzato in tutta l'ampiezza e nelle possibili prospettive.

(53) G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, Napoli 2012, 191 e segg.

(54) P. RESCIGNO, *Gli interessi legittimi di diritto privato*, in *Persona e comunità*, Padova 1999, 531-532 e 540; A. FEDERICO, op. cit., 110-111.

(55) Cass. civ., 8 ottobre 2013 n.12. 22952.

(56) N. LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enc. dir. cit.*, 362.

(57) C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda ancora alla prova della Corte di giustizia, fra uso capovolto della normativa di tutela e la disciplina di maggior favore*, in *Riv. it. dir. lav.* 2014, I, 261.

(58) Cass.19 gennaio 2017 n.1316.