



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2025

Per un dialogo sul Potere

di Giuseppe Vettori

EDITORIALE SCIENTIFICA

PER UN DIALOGO SUL POTERE*

di Giuseppe Vettori

Professore emerito di Diritto privato, Università di Firenze

SOMMARIO: 1. UNA PREMESSA; 2. L'AUTONOMIA DEL DIRITTO CIVILE; 3. IL POTERE E L'INVIOLABILITÀ DEI DIRITTI, DI FRONTE ALLE SEZIONI UNITE DELLA CASSAZIONE; 4. IL CONSENSO FRA LIBERTÀ E DIVIETI; 5. IL CONTRATTO E LA RESPONSABILITÀ; 6. I PRINCIPI E LA 'VERITÀ POLIFONICA'.

1. Una premessa

Raccolgo volentieri l'invito al dialogo¹ perché credo da sempre alla necessità di coordinare principi e regole in un sistema articolato di fonti nazionali e sovranazionali e dunque fra Costituzione, Trattati e Carte europee, codici e leggi di settore, in presenza di una complessità da governare e illuminare.

Abbiamo oramai piena consapevolezza che la distinzione fra pubblico e privato non è più alla base di una distinzione ordinata del diritto, non fosse altro perché i grandi temi sfuggono a tale partizione e le due discipline, spesso, si intrecciano nelle regole e nei criteri di valutazione. Sino a rendere necessaria un'elaborazione in gran parte comune, di fronte alla confusione fra potere economico e politico, e la loro doppia sfida, politica ed economica, alle democrazie liberali, sempre più in difficoltà. Di fronte a nuove sovranità che non hanno confini².

Così lo storico³ ha posto in luce le nuove forme e i nuovi vincoli

* Contributo non sottoposto a valutazione esterna ai sensi dell'articolo 5 del Regolamento per la procedura di valutazione.

¹ Un dialogo che è stato aperto su questa *Rivista* da M. RUOTOLO, *Il potere, tra pubblico e privato. Tracce per un dialogo tra civilisti e costituzionalisti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2024, Parte IV, pp. 46 ss.

² M.R. FERRARESE, *Normatività in competizione. Economia e tecnologia erodono lo spazio del diritto*, in *Pol. dir.*, n. 1/2024, pp. 9-29. EAD. *Giustizia e digitalizzazione. Verso una dialettica servo-padrone*, in *Pol. dir.*, 3, 2024, pp. 347-367.

³ Da ultimo B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato, una genealogia storica*, Bologna, 2020 e A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, e S. CASSESE, *Le caratteristiche unitarie di diritto pubblico e privato*, in *Sole24ore*, 10.1.2021.

in una legalità sempre più indefinita, il costituzionalista⁴ avverte l'urgenza di rivisitare le categorie classiche e il privatista sa bene di dover innovare e cercare nuove forme e rimedi in concorso e in cumulo con le funzioni pubbliche di sorveglianza e di controllo. Da qui la necessità di un'analisi comune perché «Il potere nudo è sempre in agguato e sarà sempre il diritto a dover svolgere il compito arduo di riconoscerlo e arginarlo»⁵. Specie in un passaggio d'epoca dove è necessario un grande sforzo di comprensione e di orientamento⁶.

Basta pensare alla possibilità di alterare la dinamica del voto per attribuire e concentrare i poteri⁷, e alla realtà di privati che producono norme⁸. Di fronte a tutto ciò solo un lungo lavoro di analisi e di ricerca potrà condurre a percepire idee chiare e semplici capaci di orientare. Il dialogo serve a questo e occorre partire dalla convinzione di molti che un costituzionalismo diffuso eroda e mortifichi l'autonomia millenaria del diritto civile.

2. L'autonomia del diritto civile

Alcuni classici del pensiero giuridico hanno riflettuto a lungo sul ruolo del diritto civile nel secolo passato⁹.

Nel 1929 Cesarini Sforza parla di un diritto dei privati costruito sul «piano intermedio tra una collettività considerata in sé e gli ordinamenti dei singoli». Una forma pensata nel quadro di una pluralità¹⁰ e dotata di una forza¹¹ descritta, in modo diverso, da Santi Romano e Cammarata e poi da Capograssi e Piovani.

⁴ M. RUOTOLO, M. CARTABIA, *Potere e costituzione*, in *Enc. dir.*, I tematici, Milano.

⁵ N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, a cura e con un saggio introduttivo di T. GRECO, Torino, 2020, pp. XL. ss.

⁶ M.R. FERRARESE, *Normatività in competizione*, cit.; EAD., *La sovranità è un bene contendibile? Sfide globali e potenzialità dei poteri globali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2024, Parte I, pp. 89 ss.

⁷ M. RUOTOLO, *Il potere, tra pubblico e privato*, cit.

⁸ C. PIZZETTI, *Regolazione europea della società digitale*, Torino, 2024.

⁹ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962.

¹⁰ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Rivista di diritto pubblico*, Milano, 1910, p. 87 ss. ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, con *Prefazione* di A.E. CAMMARATA.

¹¹ Salvatore Romano, nella Presentazione a W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei*

Santi Romano rivolge un consiglio ‘preziosissimo’ a Cammarata: «fare un bel tuffo nel diritto privato, prima di tentare qualche passo nel diritto pubblico»¹² e quel tuffo contribuisce a produrre un’eccezionale teoria generale, utile a tutti anche oggi¹³. Capograssi e Piovani arricchiscono e potenziano il diritto civile¹⁴ inteso come ordine effettivo¹⁵ autonomo ed essenziale nella storia¹⁶. Capace di delineare¹⁷ un’esperienza in stretto rapporto con la Politica e l’Amministrazione¹⁸ tramite «l’interpretazione e il giudizio» che «riportano la norma alla totalità»¹⁹ e costituiscono un potente «antidoto all’arbitrio»²⁰. Rosario Niccolò, nei primi anni sessanta, parla di una rifondazione affidata al diritto civile che sappia guardare alla Costituzione come essenza nuova della proprietà, del contratto e della responsabilità²¹ e

privati, Milani, 1963, parla di «regole di azione (diligenza, buona fede, colpa, dolo ecc.) elaborate dalla collettività attraverso un processo di generalizzazione...e il filtro dei dati metagiuridici (convinzioni religiose, etiche etc.)».

¹² A.E. CAMMARATA, *Introduzione* a S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969 (pagina non numerata).

¹³ A.E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963.

¹⁴ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza giuridica*, ed ivi la *Introduzione* di P. PIOVANI, pp. IX ss.

¹⁵ G. CAPOGRASSI, *Opere*, I, cit. p. 151 e *Il problema della scienza giuridica*, *Introduzione* di P. PIOVANI, p. XIX.

¹⁶ M.P. MITTICA, *Le radici letterarie antiche della dimensione giuridica europea*, in O. ROSELLI (a cura di), *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell’Europa*, Napoli, 2018, pp. 89 ss. Solone condanna la *Dysmonia* che procura molti mali alla città ed esalta la *Eunomia* che «mette in luce ogni cosa ordinata e conveniente», frutto di ‘invisibile misura’. Archiloco (680-645 a. c.) invita a «imparare quale *rhythmos* trattiene gli uomini» e si oppone alla rigidità della norma perché «la proporzione non può essere ridotta a calcolo matematico, né può essere nella competenza di tutti». *Eunomia* insomma è ricerca continua di equilibrio (libra è la bilancia) ispirato dal ‘silenzio di *Dike* che impone soluzioni adatte alla situazione, assennate, prudenti. Si veda ora il bel libro di P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021, pp. 31 ss.

¹⁷ P. PIOVANI, *Introduzione* a G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza giuridica*, cit. p. XIII.

¹⁸ Ivi, p. XIII.

¹⁹ Ivi, p. XVII.

²⁰ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza giuridica*, ed ivi la *Introduzione* di P. PIOVANI, p. IX ss.

²¹ R. NICCOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 240 ss., Id., *Diritto civile*, ivi, 1964, p. 904 ss. e G. VETTORI, *Contratto e costituzione*, in *Enc. dir.*, I Tematici, I, *Contratto*, 2021, p. 266 ss.

Stefano Rodotà²² ha svolto questo compito con scritti fondamentali. Non solo.

Natoli²³, Crisafulli²⁴, Giannini²⁵ e poi Bianca²⁶ e Lombardi²⁷ invitano a ripensare, dagli anni '70 del '900, «un diritto privato dell'egualianza e un diritto pubblico dell'Autorità»²⁸. Frutto, quest'ultimo, dell'intreccio fra le libertà fondamentali dei Trattati, la disciplina dei mercati regolamentati²⁹, le norme imperative³⁰, il diritto privato europeo³¹, e i diritti nazionali. Sino al progressivo rilievo dei poteri privati nella decisione politica, e in molte altre forme di produzione autonoma del diritto, note a tutti³².

Il punto di arrivo è una stretta connessione fra fonti diverse da ordinare e confrontare fra loro. Con un problema. La necessità di una riflessione sul potere che «non assume nella dogmatica civilistica quella centralità che assume nel diritto pubblico»³³. Il che pesa sul dialogo e va rimosso con forza. Cerco di spiegare perché.

²² S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, pp. 1252-1341, ID., *IL terribile diritto*, Bologna, 1981; ID. *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, Ristampa 2023 a cura di G. ALPA, ID. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, ristampa 2004.

²³ U. NATOLI, *Sicurezza, Libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, (1956) ora in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, pp. 431 ss.

²⁴ V. CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Dir. lav.*, 1954, pp. 73 ss.

²⁵ M.S. GIANNINI, *A proposito di diritti di libertà dei lavoratori nelle aziende*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, pp. 67 ss.

²⁶ C.M. BIANCA, *Le Autorità private*, Napoli, 1977.

²⁷ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970.

²⁸ C.M. BIANCA, *Le Autorità private*, cit.

²⁹ P. SIRENA, A. ZOPPINI, (a cura di), *I poteri privati e la regolazione*, Roma, 2018.

³⁰ G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Potere e Costituzione*, in *Enc. dir.*, I Tematici, a cura di M. CARTABIA e M. RUOTOLO, Milano, 2023, pp. 1008 ss.; F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno 'diritto dello sviluppo economico'*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 507 ss.; A. ZOPPINI, in M. MAUGERI e A. ZOPPINI, (a cura di) *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, pp. 9 ss.

³¹ P. SIRENA, *La parte generale della disciplina contrattuale dopo l'europeizzazione del diritto privato*, in *Contratto, contratti e mercato*, Quaderno 24 SSM, Roma, 2022, pp. 109 ss.

³² Su tale vicenda A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in ID., *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, pp. 181 ss.; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, pp. 97 ss.

³³ Ivi, pp. 1010 ss.

3. Il potere e l'inviolabilità dei diritti, di fronte alle Sezioni unite della Cassazione

Resta tutt'ora una forte tensione su un aspetto essenziale³⁴.

La natura universale dei diritti e la loro appartenenza ad una comunità che vive nella storia. In altre parole fra “un diritto ‘naturale e necessario’ e un diritto dello Stato e dunque artificiale”. Da qui, tutt'ora, la necessità di riflettere su una visione di società stretta fra consapevolezze forti³⁵. Da un lato la necessità di attuare un progetto del futuro senza riferimenti ad un diritto divino o naturale. Dall'altro la presenza in quel testo di uno *jus*, superiore alla *lex*, perché fissato, come componente non modificabile del diritto positivo dello Stato, negli articoli 2 e 139 della costituzione. Espressione, entrambi, della inviolabilità dei diritti come fondamento del principio democratico composto da due pilastri appunto: situazioni soggettive intangibili e un indirizzo politico fissato dal popolo sovrano, libero di esprimersi nelle forme previste dalla Costituzione³⁶.

Per essere più chiari si tratta di precisare il significato e i limiti della inviolabilità dei diritti posta dall'art. 2 e della intangibilità della forma repubblicana indicata dall'art. 139 della Costituzione. Si è parlato a lungo di un *a priori* riconosciuto espressamente dopo le tragedie della prima metà del XIX secolo³⁷, ma oggi nel pieno di una nuova fase storica questa anteriorità va fondata in modo da rispettare un pluralismo di valori. E la complessità, anche qui, mostra i suoi segni.

La recente sentenza della Cassazione a sezioni unite³⁸ ha il merito di richiamare i criteri del controllo giudiziale di un atto politico, nell'ambito della divisione dei poteri (art. 101 della Costituzione). Il Giudice è soggetto solo alla legge e garante della legalità sicché può intervenire quando un atto politico è delimitato da norme che circoscrivono l'azione del Governo. Tanto più se sia in questione un diritto

³⁴ M. RUOTOLO, *Il potere fra pubblico e privato*, cit.; G. AZZARITI, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo al bivio*, Roma-Bari, 2021, pp. 158 ss., 175 ss., 193 ss.; ID., *Per un costituzionalismo critico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2024, Parte II, pp. 1 ss. e, testualmente G. VETTORI, *Persona e pluralismo*, Firenze, 2024, pp. 197-198.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, pp.1-7 e ss.

³⁸ Cass. sez. un. n. 5992 del 2025.

fondamentale della Persona³⁹. La Corte richiama alcuni precedenti⁴⁰ e precisa che un atto politico è insindacabile solo se proviene «da un organo preposto all'indirizzo e direzione della cosa pubblica» e se contiene «scelte supreme dettate da criteri politici». Ne segue che il cittadino ha una concreta protezione della propria sfera soggettiva individuale contro tutte le altre «molteplici espressioni di potere pubblico». Si tratta di stabilire come e quando. La motivazione è molto articolata. Vediamola da vicino.

Occorre confrontare l'esercizio del potere con le norme che lo disciplinano e stabilire se incida su situazioni soggettive «meritevoli di protezione». Il controllo giudiziale è possibile «quando gli spazi della discrezionalità politica siano circoscritti da norme che segnano i confini o indirizzano l'esercizio dell'azione di governo» e fra i vincoli più evidenti⁴¹ c'è il rispetto dei diritti fondamentali della persona⁴².

Da qui, nel caso di specie, la valutazione sul ritardo dell'autorizzazione allo sbarco di migranti salvati in mare, sulla base di alcuni precisi elementi. Non si tratta di un atto sulla «direzione suprema generale dello Stato» considerato nella sua unità e nelle sue istituzioni fondamentali. Si è in presenza, piuttosto, di un provvedimento amministrativo emesso «in attuazione di un indirizzo politico» ma «sulla base di una regolazione internazionale e nazionale, che ne segna i confini». Da qui l'esistenza solo di una discrezionalità tecnica dello Stato nell'eseguire i compiti dovuti nei confronti dei migranti trattenuti per molti giorni all'interno della nave che li ha raccolti.

Di fronte alla richiesta di risarcimento dei danneggiati si deve muovere dalle categorie civilistiche (art. 2043 c.c.) da utilizzare in un preciso contesto normativo, analiticamente indicato.

Il soccorso in mare è disciplinato da una norma consuetudinaria, fondata su convenzioni internazionali a cui l'Italia ha aderito in base agli articoli 10,11,117 della Costituzione, prevalenti su «tutte le norme e accordi bilaterali sul contrasto all'immigrazione irregolare». La lesione della libertà personale è protetta dall'articoli 13 della Costituzione, 3 della Dichiarazione ONU, 5 della CEDU⁴³, 6 della Carta dei diritti

³⁹ Cons. Stato, Sez. I, 19 settembre 2019, n. 2483.

⁴⁰ Cass. n. 27177 del 2023 e Cons. Stato sez. IV, 7 giugno 2022, n. 4636.

⁴¹ Corte cost. n. 81 del 2012.

⁴² Cons. Stato, Sez. I, 19 settembre 2019, n. 2483.

⁴³ La Corte precisa che non si può qualificare tale fatto nell'ambito dei procedimenti di espulsione o di estradizione, o come misura finalizzata a impedire l'ingresso

fondamentali dell'UE. La colpa deve essere valutata in concreto e la mancata autorizzazione a procedere del Parlamento nei confronti del Ministro competente si reputa irrilevante per una serie di motivi. Perché la legge cost. n. 1 del 1989 è diretta a garantire il Governo, in una prospettiva esclusivamente penalistica, e in quel contesto si attribuisce al Parlamento il potere di limitare la giurisdizione penale ordinaria per i soli «*reati*» commessi dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri». Sicché non esiste alcuna contraddizione nell'applicare una tutela civilistica (art. 2043 c.c.) per la tutela dei diritti fondamentali della persona.

Quanto al danno risarcibile si reputa necessaria la prova del danno conseguenza (artt. 1223 e 2056 c.c.) che deve essere allegato e provato dal danneggiato⁴⁴. Ma tale prova, escluso il riferimento ad un danno *in re ipsa*, può essere offerta anche a mezzo di presunzioni gravi, precise e concordanti e in base ad un onere di allegazione che deve tener conto da un lato della fonte di responsabilità e dall'altro dell'«all'ampiezza contenutistica dei diritti della Persona»⁴⁵.

Questa sentenza è un buon inizio per un ampio dialogo su alcune manifestazioni del Potere.

4. Il consenso fra libertà e divieti

La parola libertà è oggi abusata e distorta. Opere fondamentali ci hanno insegnato la distinzione fra una libertà negativa nei confronti di coercizioni esterne, e una libertà positiva, aspetto di una volontà libera, nel privato e nella partecipazione alla vita democratica⁴⁶. Entrambe queste facoltà sono profondamente alterate.

Cominciamo dalla prima, dalla libertà di fare ciò che si vuole. Basta uno sguardo al presente e alla società digitale.

Da un lato la legge si intromette sempre più nella sfera intima e privata in nome della sicurezza e dell'ordine pubblico, facendo sogna-

illegale nel territorio, come affermato dalla Corte EDU nella sentenza *Khlaiifa and Others v. Italy*.

⁴⁴ Nella «doppia dimensione del danno relazionale/proiezione esterna dell'essere, e del danno morale/interiorizzazione intimistica della sofferenza» (Cass. n. 901 del 2018).

⁴⁵ Cass. n. 25164 del 2020.

⁴⁶ M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, 2 ed., Paris, pp. 45 ss., 77 ss.

re “zone di illegalità” ove la norma non penetra. Dall’altro il posto lasciato libero dallo Stato è occupato dai poteri privati che aumentano il loro potere sulla base di un consenso necessario per fruire di beni e servizi di cui non si può fare a meno. Dunque un consenso trappola richiesto in nome di una libertà che non è affatto uno spazio individuale protetto, ma solo il diritto di consentire sempre più spesso una vera prevaricazione. Da qui la necessità per il diritto di contribuire a smascherare e decostruire i paradossi e le ipocrisie racchiusi nei concetti di contratto, consenso, divieto. Un compito che porterà a dimostrare che il consenso o il contratto non sono sufficienti a garantire la libertà, ma sono spesso la sua rovina. E consentirà di auspicare un fondamento condiviso di azione nel contesto plurale di uno Stato di diritto⁴⁷.

Quanto alla seconda, la volontà di partecipare alla vita pubblica, lo scenario è ancora più inquietante. Non solo perché una volontà generale, nel senso ipotizzato da Rousseau, ha determinato il sorgere di potentissimi tiranni, ma perché oggi quella volontà è espressa in un voto che può essere manipolato e condizionato dal possesso o la disponibilità di tecnologie che consentono centinaia di milioni di messaggi ogni giorno da diffondere con precisione mirata. Di più. I Big tech affiancano e assecondano l’idea della sovranità politica da porre al riparo da ogni critica. Tutto ciò era stato previsto, nella seconda metà del novecento, nella costruzione di Organi costituzionali soggetti a controllo e limiti. Ma la realtà che viviamo ogni giorno ci mostra la reazione ad ogni vincolo e controllo del potere politico. E allora che fare?

La prima considerazione riguarda il diritto civile. Che non può ritenersi immune da questo capovolgimento. Perché «la libertà politica è garanzia della libertà individuale» e la pienezza dei diritti civili e sociali dipendono dal tipo di società in cui si vive⁴⁸.

A tutto ciò non si può opporre l’idea di una neutralità assiologica in uno “Stato minimo” ove si tollerano tutte le possibili concezioni del bene, del giusto o di credenze e concezioni della vita buona. Perché pluralità non è sinonimo di neutralità. Per un motivo chiaro. Anche nelle questioni che riguardano le scelte più intime, come il matrimonio, la filiazione o la fine della vita, lo Stato non può essere neutrale. Può essere pluralista, cioè ammettere un maggior numero di forme di coppia o di tipi di filiazione, ma «questa apertura non è una neutralità

⁴⁷ Ivi, p. 203 ss.

⁴⁸ Ivi, pp. 133 ss.

assiologica» perché lo scopo stesso del diritto e della società è quello di «definire un bene comune e regole comuni». Da ricercare per tentativi e attraverso organi di versi in dialogo fra loro⁴⁹. Con una consapevolezza. La libertà non è la possibilità di fare tutto ciò che si vuole, e non è incompatibile con alcuni limiti che permettono, al contrario, di stabilirla e garantirla⁵⁰.

Lo spazio del dialogo per la tutela dei diritti fondamentali appare chiarissimo. Occorre porre limiti ai poteri privati e rendere effettivi i rimedi, privati e pubblici in concorso fra di loro, per garantire l'assetto democratico e plurale della società in cui viviamo.

5. Il contratto e la responsabilità

Le premesse teoriche più significative, fra otto e novecento, sono legate ad alcune note costanti.

La classe dominante lascia la regolazione dei rapporti negoziali al libero gioco delle forze economiche. Al cuore del sistema sta un'idea astratta di soggetto e tutto il Codice civile è costruito sul modello ideale del mercato concorrenziale dominato da un'idea fondativa di un ordine: *'qui dit contractuel dit juste'*. Sino a che emerge la fragilità di un "ordinamento giuridico monoclasse" e nasce il diritto del lavoro come "incubatore dei tempi nuovi". Si dissolve l'idea di un potere solo relazionale e paritario, facendo emergere, anche nel diritto privato, il problema dell'Autorità e delle tutele contro il suo dominio⁵¹. Un diritto che interviene per garantire interessi non soddisfatti dal mercato, reprime comportamenti anticoncorrenziali, utilizza tecniche pubblicistiche per realizzare obiettivi di interesse generale, prende atto della disparità di potere come dato strutturale di molti rapporti privatistici, sino a predisporre uno o più co-elementi della fattispecie in rapporti con poteri privati opachi e multiformi⁵².

Da qui la formazione di un sistema chiaramente multilivello fra il diritto europeo, come diritto del mercato, e le norme nazionali come

⁴⁹ M. FABRE-MAGNAN, cit., p. 237 e il richiamo a R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, 1996.

⁵⁰ Ivi, pp.155 ss.

⁵¹ G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, cit., p. 1018, nota 91.

⁵² V. ora M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Roma-Bari, 2022.

disciplina di un rapporto individuale⁵³. Tutto ciò, peraltro, in presenza di una novità significativa. Il nuovo diritto regolatorio nella Ue supera gli «itinerari definiti dal paradigma dell'*access justice*, non si limita a rimuovere ostacoli al libero funzionamento del mercato e l'accesso inclusivo in esso», ma mira alla creazione di vincoli procedurali e sostanziali, divieti, diritti fondamentali dettati per guidare lo sviluppo del mercato e non viceversa. Sicché la nuova regolazione «attribuisce rilevanza alla dimensione transazionale del potere, rende trasparente la dimensione della sua fattualità e opacità»⁵⁴, impone doveri di comportamento *ex ante*⁵⁵ va oltre la mera regolazione dei mercati, scompagina l'impianto della tradizione e si aprono spazi enormi per nuove riflessioni e nuove sfide.

Di fronte a queste regole non mi sembra di grande utilità esaminare se oltre al diritto del consumo e alla pretesa categoria del terzo contratto⁵⁶ e dei contratti di impresa⁵⁷, si possano costruire altre partizioni⁵⁸. Il quadro normativo è composito e non uniforme⁵⁹. E non può essere che così. Lo stesso soggetto di diritto, una delle grandi invenzioni della modernità giuridica, è divenuto una nozione fluida. Comprensiva di articolazioni plurali⁶⁰ difficilmente riconducibili a parametri omogenei⁶¹. La vulnerabilità ha attratto di recente l'attenzione di autorevoli filosofi⁶²

⁵³ F. DENOZZA, *Il mercato, e la sua tutela, tra diritto privato "relazionale" e diritto privato "regolatorio"*, in *Accademia*, n. 4/2024, p. 127 ss., in part. p. 150.

⁵⁴ M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi*, cit.

⁵⁵ M.R. FERRARESE, *Normatività in competizione*, cit., p. 10 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, pp. 21-29; S. ORLANDO, *Data vs Capta: intorno alla definizione dei dati*, in *Nuovo Diritto civile*, 2022; S. ORLANDO, (a cura di), *Libertà e liceità del consenso nel trattamento dei dati personali*, in *Pers. merc., Dialoghi sul nostro tempo*, 2024.

⁵⁶ G. GITTI, G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

⁵⁷ V. da ultimo sul tema G. DE NOVA, *Contratti fra imprese*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011.

⁵⁸ V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?* in *Riv. dir. priv.*, 2011, pp. 5-7.

⁵⁹ G. DE CRISTOFARO, *Diritto italiano ed europeo dei consumatori*, in *Studi*, 2023, pp. 1-29, 74 ss.

⁶⁰ P. ZATTI, *Maschere del diritto e volti della vita*, Milano, 2009.

⁶¹ P. STANZIONE, *Dal soggetto alle persone*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*, Messina, 4-7 giugno 2002, Milano, 2004, pp. 385-398.

⁶² B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021 pp. 6-7, 22-23, 24, 90-91.

e antropologi. Se ne discute affermando che si tratta di una parola contenitore sulla condizione di chi è esposto al rischio di un danno causato dall'essere alla mercè di altri⁶³. Ma a ben vedere è difficile evocare nuovi concetti ordinanti basati sulla qualità del contraente.

Elemento decisivo oggi è il rilievo giuridico di ogni posizione soggettiva oggetto di un diritto 'diseguale' con un fine preciso. Ampliare le tutele e renderle effettive.

La Corte di Giustizia e la corte di Cassazione italiana⁶⁴ parlano, nelle ultime sentenze, del consumatore come Persona, per ampliare i diritti di chiunque si affacci su di un mercato. Con un intento di inclusione tramite un'attività di decostruzione e di innovazione. Il che conferma una tendenza precisa del sistema.

Sia la soggettività che il contratto vanno storicizzati e decostruiti. Per esaltare l'autonomia dei privati, sorretta nelle forme di protezione normativa, controllata nei fini, nei contegni, nel rispetto dei diritti e delle libertà altrui, e conformata dalla disciplina del mercato ove operano. Ciò non significa inseguire le singole norme isolate ma operare con un metodo tagliato sul presente che richiede affinità con una pluralità di fonti nazionali e comunitarie mutevoli come il vento⁶⁵. Solo un esempio⁶⁶.

L'accesso ai servizi offerti dalle piattaforme è un atto unilaterale a contenuto patrimoniale che può essere disciplinato dall'art. 1374 del nostro Codice civile espressione di una forma negoziale⁶⁷. Se ciò avviene all'interno di un mercato regolamentato si potrà applicare la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette (dir. (CE) 2005/29)⁶⁸. Sulla base di una protezione multilivello utilizzata anche dalla nostra Autorità di

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Cass. sez. un., 30 ottobre 2020, n. 24107; CGUE, 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/18.

⁶⁵ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 24. ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, p. 20.

⁶⁶ Traggo queste ultime osservazioni e il contenuto delle note dal bel saggio di D. IMBRUGLIA, *Note sull'interpretazione del diritto delle tecnologie della c.d. quarta rivoluzione*, in corso di pubblicazione sul *Foro italiano*.

⁶⁷ G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti*, cit., p. 84.

⁶⁸ Su detta disciplina, si v. G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 1057; M. LAMICELA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi*, Torino, 2024.

vigilanza (AGCM)⁶⁹ e confermata dal Consiglio di Stato⁷⁰. Compito dell'interprete sarà quello di «raccordare e ordinare questa pluralità di fonti, di interessi rilevanti, di autorità competenti, di rimedi invocati e di sanzioni applicabili»⁷¹.

D'altra parte si deve riflettere su nuove forme di protezione per una serie di contraenti per i quali il modello classico dei rapporti fra imprese e consumatori è messo in discussione dall'emergere di nuove figure. Come i *presumer*, consumatori che offrono prodotti o servizi per l'acquisto su piattaforme *on-line*, per i quali le normative sul lavoro e sul consumo non funzionano in presenza della stessa persona che riveste le due qualità di lavoratore e di consumatore. O come nei casi Uber e Deliveroo ove i soggetti coinvolti svolgono attività al confine fra lavoro autonomo e lavoro dipendente. In entrambi i casi la teoria generale del contratto non offre sufficienti tutele. Mentre la legge interviene con soluzioni diverse nei singoli paesi europei⁷². Sicché occorre ripensare le categorie e utilizzare un metodo tagliato su di una realtà nuova e diversa.

Si dovrà da un lato affrontare il *metissage* fra il diritto nazionale e le Direttive e i regolamenti dell'Unione Europea e dall'altro ripensare la disciplina del contratto, bilanciando il diritto delle parti alla autoregolazione, i limiti all'esercizio dei loro diritti nel rispetto di posizioni asimmetriche, la ricerca di nuovi equilibri in un sistema di fonti plurali e in concorso fra di loro. Specie dopo la modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione che esigono un dialogo nuovo sull'autonomia privata.

Quanto alla responsabilità civile solo un accenno. Il danno de-

⁶⁹ Si vedano le decisioni AGCM, 11 maggio 2017, n. 26597 (*Whatsapp*); AGCM, 29 novembre 2018, n. 27432 (*Facebook*); AGCM, 21 maggio 2024, n. 31214 (*Meta*). Come noto, tale indirizzo è stato seguito dalla giurisprudenza amministrativa Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2631 in *Foro it.*, 2021, III, c. 325.

⁷⁰ Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2631, cit.

⁷¹ Così D. IMBRUGLIA, *Note sull'interpretazione*, cit. e il richiamo al rapporto «tra l'art. 5 (CE) 2005/29 e gli artt. 5.a) e 5.b), *Artificial Intelligence Act*» (M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act – Analysing the Good, the Bad, and the Unclear Elements of the Proposed Approach*, in *Comp. Law Rev. Intern.*, 2021, p. 97. S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR. L'interessato-consumatore*, in *Pers. merc.*, 2023, p. 222).

⁷² Su tali profili V. MAK, *The Contractualisation of the Consumer Worker*, in H.W. MICKLITZ e G. VETTORI, *The future of person*, Londra, 2025, p. 275 ss., in corso di pubblicazione.

rivante dall'utilizzo dell'IA non si sottrae alla sequenza classica: lesione di una situazione giuridica protetta, perdita patrimoniale e non patrimoniale, causalità di fatto e causalità giuridica, ma il legislatore europeo e nazionale sono ancora alla ricerca di un modello capace di bilanciare interessi e diritti in un fenomeno indispensabile e devastante come il sistema digitale⁷³.

In tutte le proposte emergono modelli ove l'interprete è chiamato a concorrere nella formulazione del precetto⁷⁴ secondo criteri diversi. Dalla compatibilità già presente nel Codice civile (art. 1324 c.c.), alla ragionevolezza utilizzata moltissimo nel GDPR. Sino all'*accountability*⁷⁵ con cui si fa riferimento all'impegno di fare tutto il possibile per evitare il danno senza specifiche indicazioni sul criterio oggettivo o meno della responsabilità⁷⁶.

Tutto ciò evoca un approccio normativo basato su «principi da ridefinire per responsabilizzare il titolare del trattamento»⁷⁷ e potenziare il controllo del giudice o delle Autorità Garanti, sulle misure adottate e sul rilievo del rischio⁷⁸. Perché la valutazione non avviene in base ad una predeterminata fattispecie ma a regole elastiche e clausole generali riempite da un giudizio tecnico⁷⁹.

L'urgenza di un nuovo confronto fra principi costituzionali e 'danno ingiusto' è evidentissima.

6. I Principi e la 'verità polifonica'

Di fronte a tutto ciò il civilista ha il dovere di ripensare le proprie categorie decostruendo le figure classiche e i luoghi comuni con un totale cambio di mentalità. Non è necessario ampliare un Potere

⁷³ M. FRANZONI, *Il digitale, la rete, l'IA e la responsabilità civile*, in *Jus civile*, n. 2/2024, p. 207 ss.; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale*, cit., pp. 33 ss.; L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale – Sviluppo, opportunità, sfide*, Milano, 2022, §§ 3.2 e 3.3.

⁷⁴ M. FRANZONI, *Principi generali, norme elastiche, clausole generali*, in *Cont. Impr.*, 2023, p. 1052.

⁷⁵ G. FINOCCHIARO, *Il principio di accountability*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2778.

⁷⁶ Così M. FRANZONI, *Il digitale*, cit., p.207 ss.

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ *Ibidem.*

a discapito di una altro, ma occorre comprendere il ruolo di tutte le Istituzioni chiamate ad un compito all'altezza delle esigenze dei tempi.

Il ruolo dei Principi è essenziale ma occorre una premessa.

Il rapporto fra Regole e Principi esige molto rigore per evitare semplificazioni e rotture. Non è sufficiente un richiamo alla ragione⁸⁰. La ricerca del diritto nel caso concreto esige un percorso dal fatto, alla norma, ai principi, per fissare la rilevanza giuridica del fatto e per formulare, entro quel contesto, la regola di decisione effettiva perché espressione concreta e adeguata della risposta del diritto al problema di vita sottoposto all'interprete.

Dal testo e dal linguaggio⁸¹, dalle norme e dai principi, occorre trascorrere alla loro *ratio* come ordine oggettivo che li sorregge⁸². L'intenzione del legislatore espressa nell'art. 12 non può che essere riferita «*ad un ordine oggettivo vigente*»⁸³ composto da regole e principi. Che vanno dogmatizzati ossia «messi fuori discussione, stabilizzandoli dopo che su di essi si è formato, attraverso la prassi, un accordo intersoggettivo che ne assicuri la razionalità mediante una corretta concettualizzazione che ne assicuri la coerenza con la razionalità complessiva del sistema giuridico»⁸⁴.

L'esempio di alcune decisioni simbolo, sorrette da un pensiero giuridico forte, aiuta a comprendere tutto ciò. La sentenza 500 del 1999⁸⁵ amplia e rinnova la responsabilità civile, il caso Englaro apre una riflessione sulla vita e la morte⁸⁶, il caso Cir contro Fininvest sulla corruzione di un giudice fissa un nuovo ruolo del contratto e delle clausole generali⁸⁷, le sentenze della Corte costituzionale e alcune leggi regiona-

⁸⁰ G. VETTORI, *Regole e Principi. Un decalogo*, in *Pers. merc.*, n. 2/2015, p. 51 ss., in ID., *Effettività fra Legge e Diritto*, cit., p. 291 ss.

⁸¹ V.G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, p. 171 ss.

⁸² V.F. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica: Due concezioni del diritto a confronto*, Torino, 1994, pp. 63-104; ID., *L'interpretazione dell'interpretazione giuridica. Un omaggio a Riccardo Guastini*, in P. CHIASSONI, P. COMANDUCCI e G.B. RATTI (a cura di), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, I, p. 40; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2011.

⁸³ Così R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 173 ss.

⁸⁴ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, p. VII.

⁸⁵ Cass. n. 500 del 1999, Relatore Preden.

⁸⁶ Cass. 16 ottobre 2007 n. 2017, Relatore A. Giusti.

⁸⁷ Cass. n. 21255 del 2013, Relatore G. Travaglino e una sintesi in D. IMBRUGLIA,

li sul suicidio assistito indicano un percorso che sta avviandosi verso la più corretta soluzione⁸⁸.

Insomma in presenza di un sistema plurale di fonti in profonda evoluzione il civilista e il costituzionalista hanno un compito comune. La costruzione di un nuovo sistema di regole e tutele tramite una *verità polifonica*⁸⁹ e «una tensione feconda e dialogante» capace di superare la dinamica della diversità e la crisi della democrazia liberale.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il contributo vuol proseguire un dialogo fra civilisti e costituzionalisti, iniziato in un incontro fiorentino. La finalità è chiara. Rafforzare un'analisi comune nella consapevolezza, evocata da Norberto Bobbio, che «il potere nudo è sempre in agguato e sarà sempre il diritto a dover svolgere il compito arduo di riconoscerlo e arginarlo». Da qui una breve analisi della autonomia del diritto privato, dai primi decenni del Novecento sino al progressivo rilievo dei poteri privati nella decisione politica e in molte altre forme di produzione del diritto. Si affrontano poi alcuni ambiti ove il dialogo può essere svolto. Dalla inviolabilità dei diritti nei confronti del potere politico, al problema del consenso e della libertà nel sistema digitale, al nuovo rilievo del contratto e della responsabilità civile nel controllo di ogni attività, pubblica e privata. Tutto ciò alla ricerca di una verità polifonica capace di fronteggiare la crisi della democrazia costituzionale.

Il giudice comune e il principio di effettività della tutela giurisdizionale: note a margine di Cassazione 21255/2013, in *Pers. merc.*, 2013, ed ivi G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, p. 279.

⁸⁸ Corte cost., n. 242 del 2019.

⁸⁹ R. GUARDINI, *L'opposizione polare. Tentativi per una filosofia del concreto -viventente*, in *Scritti di metodologia filosofica, Opera omnia*, vol. I, Brescia, 2007 e in particolare M. BORGHESI, *Romano Guardini. Antinomia della vita e conoscenza affettiva*, Milano, 2018, p. 10.

EN

The contribution aims to continue a dialogue between civilists and constitutionalists, which began at a Florentine meeting. The purpose is clear. To strengthen a common analysis in the awareness, evoked by Norberto Bobbio that «naked power is always lurking, and it will always be the law that will have to perform the arduous task of recognizing and curbing it». Hence a brief analysis of the autonomy of private law from the early decades of the twentieth century until the progressive prominence of private powers in political decision-making, and in many other forms of law production. It then addresses some areas where dialogue can take place. From the inviolability of rights vis-à-vis political power, to the problem of consent and freedom in the digital system, to the new prominence of contract and civil liability in the control of all activities, public and private. All this in search of a polyphonic truth capable of confronting the crisis of constitutional democracy.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)