



LIMITI DELL'AUTONOMIA PRIVATA E RIMEDI CONTRO GLI ABUSI

Pasquale Stanzone¹

1. La costruzione di Carlo Mazzù che, in una moderna visione del diritto civile nella sua proiezione costituzionale, afferma l'unitarietà del sistema giuridico va sicuramente condivisa. Ne deriva che, nel superamento della partizione diritto pubblico- diritto privato, vanno disattese le sottili *actiones finium regundorum* che in termini di limiti e di confini hanno contrassegnato, per il passato, un'intera stagione di studi e di contributi scientifici. È significativo che, nell'ora presente, si discorra di autonomia privata in collegamento con la sussidiarietà, tentando d'individuare limiti e rimedi allorché l'uso distorto della prima possa causare disordine ed oppressione.

La sussidiarietà – si dice – è espressione della solidarietà (art. 2 cost.). Ma di quale solidarietà si tratta? Certamente di quella che – come sostiene Francesco Busnelli – è il principio fondante della nostra convivenza in uno Stato democratico. In essa si rinviengono i valori ordinanti costituiti dalla dignità umana e dallo sviluppo armonico della personalità, dalla funzione sociale della proprietà, dall'utilità a fini sociali dell'iniziativa economica privata, dall'eguaglianza dell'art. 3.2 cost. e da altri ancora. E, sempre con Busnelli, mi piace sottolineare che tale solidarietà si alimenta e si integra con il principio del personalismo di Emmanuel Mounier, di Jacques Maritain e di Paul Ricoeur.

Del resto, in questa prospettiva, già Pugliatti e Falzea sostenevano che, oltre il positivismo giuridico, v'è la complessità sostanziale dei valori giuridici. Complessità che si apprezza e di cui bisogna tener conto proprio nell'ambito dei temi sviluppati nel presente Convegno.

2. Coinvolte, innanzitutto, sono figure essenziali del nostro sistema giuridico quali il diritto soggettivo e l'interesse legittimo: di quest'ultimo, in particolare, non va dimenticata l'ascendenza costituzionale che negli artt. 24, comma 1, 103, comma 1 e 113, comma 1 rinvia i parametri di riferimento. Si può agevolmente convenire che, dati i precedenti

¹ Il testo, letto al Convegno su "Sussidiarietà e autoregolamentazione nel nuovo riparto di competenze tra poteri pubblici e autonomia privata", Trani, LUM, 11-12 ottobre 2013, riproduce talune riflessioni sulla relazione di Carlo MAZZÙ, *Appunti per uno studio sistematico dell'interesse legittimo nel diritto privato*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2013.



presupposti, il diritto soggettivo e l'interesse legittimo si muovono in un contesto e in un'accezione diversi rispetto al passato: in essi vi è largo posto alla motivazione e all'abuso del diritto. Ne discende che l'attenzione si sposta sui rimedi, ma nel significato e nei limiti che saranno successivamente precisati.

Centrale diventa, nella nostra esperienza giuridica, la nozione di interesse. Tant'è che lo stesso interesse legittimo è definito come un interesse a un bene della vita, precisando che la differenza con il diritto soggettivo sta nel fatto che la soddisfazione o il sacrificio di tale interesse sono rimessi alla scelta discrezionale di un soggetto estraneo al titolare dell'interesse stesso. La caratteristica dell'interesse legittimo di esistere solo in contrapposizione ad un potere esterno di disposizione, con un diverso grado di conformazione e quindi con un margine variabile di discrezionalità, consente la traslazione di tale figura dal diritto pubblico al diritto privato.

Ma questa stessa caratteristica è alla base di un mutamento sostanziale di prospettiva, sì che dal livello strutturale si trascorre al piano assiologico, quello della funzione.

Il *Lautverschiebung*, l'accentuazione diversa connota ora l'interesse legittimo, che assume così costantemente la funzione di protezione da un potere discrezionale. Per tale via, esso si appalesa congeniale alla sussidiarietà, in quanto va a limitare la forza o, se preferite, la prepotenza del soggetto prevalente.

3. La configurazione è suggestiva e merita attenta considerazione. Innanzitutto, è da condividere pienamente il passaggio dell'analisi dalla struttura alla funzione: tralascio le motivazioni, i supporti teorici, i vantaggi pratici che tale scelta ermeneutica comporta. E tuttavia, se questa impostazione significa l'abbandono o finanche l'accantonamento del profilo strutturale o, peggio ancora, l'affermazione che la struttura è inconfidente, ininfluente sulla funzione, allora si profila un mio dissenso che cercherò di motivare nella ricostruzione del rapporto giuridico.

In secondo luogo, una visione che delinea l'interesse legittimo come protezione, limite ad un potere discrezionale mi sembra alquanto riduttiva. Essa pare che si muova in una dimensione esclusivamente negativa: argine, appunto, ad uno strapotere. In tal modo, forse, si trascura il connotato positivo che, almeno negli interessi legittimi c.d. pretensivi, caratterizza la posizione, il desiderio, la tensione del titolare.

Interessanti sono i corollari che si desumono e si descrivono ampiamente nella riferita prospettiva dell'interesse legittimo: si trascorre, così, dall'obbligo di motivare il licenziamento al divieto di licenziamento per matrimonio, dall'intervento nella crisi aziendale alla disciplina dei poteri del monopolista e ad altri ancora.



E più numerose sono le ipotesi di interessi legittimi individuate nell'ambito più ristretto del diritto civile. A me, per le finalità che chiarirò tra poco, interessano in particolare quelle dell'interesse del debitore alla liberazione e della potestà genitoriale.

Non è mia intenzione scendere nella trattazione specifica di tali istituti: essi sono stati ampiamente descritti e correttamente inquadrati. A me importa prendere lo spunto da essi per continuare un discorso intrapreso oltre vent'anni addietro in una mia voce per l'Enciclopedia Treccani, concernente il rapporto giuridico. Ora, se si condivide quel mio ragionamento in base al quale il rapporto giuridico non è figura e metafora, non è sintesi verbale o paradigma logico, ma è strumento di tutela di interessi giuridici si coglie immediatamente il nesso con il tema di cui ci stiamo occupando.

4. Poc'anzi ho affermato che una delle figure essenziali è costituita dal diritto soggettivo. Siamo tutti d'accordo che, nella consapevolezza della storicità e quindi della relatività dei concetti giuridici, il diritto soggettivo è in crisi. Per un verso, l'emersione e il maggior rilievo di esigenze relative alla tutela dell'aspetto personale o esistenziale non si soddisfano con strumenti tecnico-giuridici, elaborati per inquadrare e rispondere ad interessi patrimoniali: e questa è proprio la vicenda concettuale di tale figura.

Per altro verso, il diritto soggettivo (inteso o come potere di volere o come interesse giuridicamente protetto) non si comprende più se viene osservato in sé, come classificazione di un isolato contegno: esso dev'essere necessariamente inserito in un contesto più ampio dove trovano collocazione dover, obblighi, oneri che integrano la posizione di potere riconosciuta al titolare. Un ordinamento giuridico che s'ispira ai principi di solidarietà, nell'accezione poco prima proposta, non è compatibile con la concezione che assegna al titolare del diritto soggettivo soltanto una posizione attiva, di vantaggio.

5. Più adeguata si rivela allora la nozione di situazione giuridica soggettiva, a condizione che tanto nel momento della rilevanza giuridica quanto in quello dell'esercizio, dell'attuazione, essa sia incentrata sull'interesse: anzi, essa s'identifica come centro di interessi più o meno complesso.

Ma la situazione giuridica non è una monade. La complessità del reale si coglie nel raccordo, in una visione dinamica e di relazionalità, tra situazioni giuridiche soggettive. Sì che, sotto il profilo strutturale, il rapporto giuridico si definisce come relazione tra situazioni giuridiche soggettive.

E tuttavia, bisogna precisare che tale relazione, se per la maggior parte è di contrapposizione, conosce numerosi casi di collegamento, di cooperazione: in questo modo, si recuperano al rapporto le ipotesi, ad esempio, dell'interesse del debitore alla liberazione



nella *mora credendi* e delle relazioni genitori-figli minori nella potestà-responsabilità. La variazione tra contrapposizione e collegamento dipende, evidentemente, dal concreto assetto di interessi che la legge o l'iniziativa dei privati ha inteso disciplinare.

Ma tale metodologia di analisi, pur comprendendo la complessità dei fenomeni, si arresta al mero dato strutturale. Ineliminabile, come ho detto fin dall'inizio, è invece il profilo della funzione. Funzione è l'intima essenza dell'utilizzazione del rapporto: sono le definite finalità cui è indirizzato, sono i concreti interessi sottesi ad ognuno di essi nella sua specifica manifestazione.

In sintesi, e condividendo la costruzione di Pietro Perlingieri, il rapporto si presenta come ordinamento del caso concreto. La disciplina di opposte situazioni giuridiche o la regolamentazione di centri di interesse fra loro collegati configurano unitariamente il rapporto e trovano la loro composizione nel regolamento concretamente individuato.

In sostanza è dato riscontrare una complessità strutturale-funzionale, che non consente di pretermettere o di divaricare eccessivamente la struttura dalla funzione. Infatti, ad esempio, un'alterazione profonda della struttura – si pensi alla modifica dell'oggetto o del titolo di un rapporto – determina una parallela modifica del regolamento d'interessi, cioè del profilo funzionale.

Il mutato assetto giuridico-sociale, con le norme costituzionali e comunitarie, consente forse di esprimere in chiave di rapporto la nostra esperienza. L'accantonamento della posizione singola, irrelata a quella degli altri e l'abbandono dell'isolato contegno che assurge ad oggetto esclusivo della norma; il principio della solidarietà; il criterio della necessaria interdipendenza tra le situazioni dei singoli; la trasformazione dell'individuo che diventa persona nei rapporti con i suoi simili, soprattutto nella dimensione delle comunità intermedie; l'intervento dell'ordinamento teso, in diverse forme, ad instaurare più equi rapporti sociali, costituiscono il fondamento della proposta concezione del rapporto giuridico. In questa ottica, si afferma l'autonomia del rapporto, inteso come strumento di tutela di interessi e nella sintesi tra profilo strutturale e profilo funzionale si supera il contrasto o il collegamento tra le situazioni giuridiche soggettive.

6. Residuano i rimedi. L'osservatorio rimediario è da qualche tempo utilizzato per verificare se il sistema giuridico sia oppure no in crisi. Si tenta di delinearne una nozione che presenta indubbe caratteristiche di originalità, affrancandosi da una mera traslazione del *remedy* di matrice anglosassone. Il rimedio qui configurato è strumento che non appartiene interamente né al diritto né all'azione: esso è teso non a sanzionare la violazione, bensì ad assicurare tutela all'interesse protetto. Il riferimento è all'art. 24 cost., sì che, in una



prospettiva promozionale, la stessa nozione di interesse legittimo assurge a sinonimo, con valenza generale, di interesse tutelato dall'ordinamento, e perciò non soltanto giustiziabile, ma esso stesso fonte di ulteriori effetti nella ricostruzione del rapporto in cui si colloca (è la visione elaborata in uno scritto di Gabriella Autorino).

Non si può negare, nel rimedio, l'idea di una reazione dell'ordinamento: però a prevalere è la tensione a divenire tramite, strumento di realizzazione, piena ed effettiva, dell'interesse affermato. V'è una sorta di suo allontanamento dalla semplice repressione per attingere l'insolito terreno della sanzione positiva. Si può invocare utilmente il concetto durkheimiano di sanzione restitutiva, in opposizione alla funzione repressiva, ad esempio nell'ambito delle relazioni familiari con il fondamento della solidarietà?

Semmai, proprio in tale ambito, è da delineare una distinzione tra rimedi volontari e rimedi coercitivi. I primi – si pensi all'ipotesi disciplinata dall'art. 145, comma 2, c.c. – sono determinati dalle parti e quindi rimessi alla loro autonomia: il diritto qui non abdica né rimette acriticamente la selezione degli interessi ai privati; ma, per la natura degli interessi in giuoco, il diritto fa un passo indietro.

Quanto ai rimedi coercitivi, essi pur essendo di variegata natura, presentano la caratteristica della solidarietà: si pensi alle differenti ipotesi regolate dall'art. 333 c.c. ovvero agli ordini di protezione introdotti dalla l.154 del 2001 (artt. 342-bis e 342-ter c.c.).

In conclusione, il rimedio precede qui la violazione e si atteggia come strumento di promozione del diritto o meglio della situazione giuridica soggettiva che l'ordinamento fa assurgere a interesse tutelato: questo preesiste e giustifica tanto il rimedio che la sanzione.