

# LA LEX CONTRACTUS

di ANDREA ZOPPINI

SOMMARIO: 1. Prospettiva teorica. – 2. Considerazioni di politica del diritto. – 3. Considerazioni di tipo normativo e di teoria delle fonti.

Ringrazio Guido Alpa per aver invitato anche me a festeggiare Giorgio De Nova, coinvolgendomi in questa riflessione sul tema della *lex contractus*.

Prendendo le mosse da un punto di osservazione di vertice, ossia quello del «diritto come scelta» – per usare la prospettiva di un filosofo del diritto come Francesco Viola –, mi pare si possano individuare tre ordini di problemi. Il primo è legato ad una prospettiva di tipo teorico, il secondo implica considerazioni di politica del diritto, il terzo è di tipo normativo e, segnatamente, di teoria delle fonti. Intendo svolgere alcune brevi osservazioni su ciascuno di questi punti, per infine avvicinarli alle questioni evidenziate da Giorgio De Nova.

1. PROSPETTIVA TEORICA. Il problema teorico riguarda la considerazione del diritto come scelta, e, conseguentemente, la concezione di ordinamento giuridico accolta. In proposito è inevitabile constatare che – in contrapposizione alla concezione tradizionale di un ordinamento giuridico monopolista nella produzione, applicazione ed esecuzione della regola – l'immagine che l'attuale esperienza giuridica propone è piuttosto quella di un ordinamento giuridico che, persa in certa misura la titolarità esclusiva del potere di produzione e aggiudicazione del diritto, vede la posizione di monopolio limitata all'esecuzione della regola applicata dal giudice, pubblico o privato.

2. CONSIDERAZIONI DI POLITICA DEL DIRITTO. Il secondo aspetto, di politica del diritto, a cui anche Guido Alpa faceva riferimento, attiene, in una prospettiva di analisi economica, agli effetti efficienti o inefficienti connessi alla scelta del diritto applicabile. Non è un caso, ad

esempio, che in materia di diritto dei consumatori la scelta non sia ammissibile.

In terzo luogo, vorrei considerare la questione della scelta della legge applicabile come un problema di teoria delle fonti. In particolare, il tema merita di essere esaminato nella peculiare prospettiva offerta dal diritto comunitario, ove sempre più frequentemente ci si interroga sulla valenza «orizzontale» delle libertà fondamentali previste dal Trattato, e quindi sugli effetti diretti che queste esplicano nel diritto privato nazionale, anche attraverso la clausola dell'ordine pubblico.

La cortesia di Guido Alpa mi ha consentito di leggere il contributo destinato agli studi in onore di Stefano Rodotà in cui si fa riferimento alle pagine di Pietro Rescigno, ove si richiamava l'ordine pubblico quale «porta d'ingresso» dei principi costituzionali nell'ordinamento e nel sistema di diritto privato. L'ordine pubblico oggi può parimenti fungere da «porta di ingresso» dei principi fondamentali del diritto dell'Unione europea nel diritto nazionale.

3. CONSIDERAZIONI DI TIPO NORMATIVO E DI TEORIA DELLE FONTI. Quanto premesso ha una ricaduta pratica proprio sull'indagine relativa al significato di norma imperativa, e in particolare sul limite della norma imperativa in punto di scelta della legge, aspetto sul quale Giorgio De Nova ci invitava a riflettere.

Se tutto questo è vero, anche alla luce dei commenti delle norme che trovano applicazione, è evidente che quando la scelta della legge applicabile ricade su un ordinamento appartenente all'Unione europea, i principi e le libertà fondamentali del Trattato impongono una selezione diversa della norma imperativa, rispetto alla situazione in cui sia scelta la legge di un ordinamento extracomunitario. In effetti, nel caso dell'ordinamento dell'Unione europea, anche alla luce dei principi generali già affermati dalla Corte di giustizia, sembra che le uniche norme imperative che possano essere fatte valere siano quelle in grado di arrestare le li-

bertà fondamentali del Trattato. Pertanto, sulla base di questa analisi, propendo per un'interpretazione estremamente ridotta e contenuta della norma imperativa ove la scelta riguardi un ordinamento nazionale.

Intendo infine segnalare una questione alla quale implicitamente Giorgio De Nova ha già dato risposta. Rileggendo le pagine sul «contratto alieno», ho riscontrato con una certa sorpresa la concezione della natura imperativa delle norme e dell'interpretazione del contratto, nonché l'idea dell'inderogabilità delle persone del contratto, quasi che le relative norme

appartengano ad un momento in certo senso «preliminare», sottratto alla disponibilità delle parti stesse.

D'altronde, ritengo che la stessa possibilità di sezionare idealmente il contenuto del contratto da sottoporre ai principi di altri ordinamenti imponga una scelta di diversa natura, in questo caso liberale, che permetta di demandare alla valutazione delle parti anche la selezione delle regole di interpretazione del contratto stesso, e che consenta di escludere la ricaduta di suddette regole nell'alveo di indisponibilità assoluta per le parti medesime.