

«SUL CONTRATTO»

Raccolta degli scritti di presentazione
del volume «Contratto»
della collana «I Tematici» dell'Enciclopedia del diritto
a cura di Alberto Marchese



MESSINA
UNIVERSITY
PRESS

«SUL CONTRATTO»

**Raccolta degli scritti di presentazione
del volume «*Contratto*»
della collana «*I Tematici*» dell'*Enciclopedia del diritto*
a cura di Alberto Marchese**

Questa edizione digitale dell'opera è rilasciata con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-NC-ND, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



ISBN 979-12-80899-05-7

DOI 10.13129/979-12-80899-05-7

© L'autore per il testo, 2023

© Messina University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Messina University Press

Piazza Pugliatti, 1 - 98121 Messina

Sito web: <https://messinaup.unime.it/>

Prima edizione: luglio 2023

Questo volume è stato sottoposto a un processo di revisione esterno sotto la responsabilità del Comitato editoriale e del Consiglio direttivo della casa editrice. Le opere pubblicate vengono approvate dal Consiglio direttivo sulla base della valutazione del Comitato editoriale e devono essere conformi al Codice etico della casa editrice.

Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access
su: <https://messinaup-pubblicazioni.unime.it/index.php/mup>

IL DIRITTO CONTRATTUALE, OVVERO IL DIRITTO DELLA FIDUCIA. PREMESSE PER UNA DISCUSSIONE

Mauro Grondona

Ordinario dell'Università di Genova

Sommario: 1. Premessa – 2. Contratto e fiducia – 3. Il contratto tra ontologia e fenomenologia – 4. Contratto e contesto – 5. Contratto e autonomia privata

1. Se dovessi dare un titolo a questo mio intervento, che si sofferma (ma a una distanza di avvistamento, per dir così, non discutendo né le specifiche impostazioni, né le specifiche proposte ricostruttive), o meglio, prende le mosse da tre voci («Contratto e Costituzione», di Giuseppe Vettori, «Contratto e diritti fondamentali», di Giorgio Resta; «Divieto di discriminazione», di Pasquale Femia) del volume dedicato al diritto contrattuale della nuova serie de 'I tematici', che oggi qui a Venezia presentiamo, potrei proporre il seguente: 'il diritto contrattuale, ovvero il diritto della fiducia'.

Poi, però, si tratterebbe subito di decidere se occorra, o no, porre al finale di frase un punto interrogativo (il che significa, con assai scarsa fantasia, riflettere, e individuare l'opzione preferibile, tra una visione antagonista e una visione cooperativa del contratto). A questa domanda cercherò di dare una breve risposta al termine di questo mio altrettanto breve intervento. Ma fin d'ora si può anticipare che quella che ben possiamo chiamare democratizzazione delle fonti del diritto (che non è un male, ma è la risposta, quand'anche non voluta, delle società aperte al primato dell'individuo e della sovranità individuale, andando ovviamente a incidere sulla percezione e sulle caratteristiche della collettività, oggi assai mobile) favorisce un approccio cooperativo alla giuridicità, e prima ancora al senso di appartenenza civica. Del resto, cooperazione e fiducia reciproca vanno di pari passo.

Ora, a proposito di fiducia, proprio Pasquale Femia¹ richiama il detto

¹ P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, diretto da

di Durkheim “nel contratto non tutto è contrattuale”, e così commenta: «[C]’è un’intuizione geniale e c’è del veleno. Il lato geniale è che non si capisce nulla del contratto se non lo si comprende entro l’ambiente sociale di contrattazione, se non si guarda al contratto come la funzione di una rete di relazioni di fiducia e cooperazione senza le quali l’interazione binaria sarebbe impossibile. Il lato tossico è invece alimentare l’illusione che per capire giuridicamente il contratto non occorre portare lo sguardo sugli elementi non contrattuali del contratto. La comprensione profonda supera l’antitesi».

Quanto scritto da Femia, da un lato, potrebbe essere utilizzato come materiale la cui esegesi consentirebbe di esaurire il tempo e la sostanza del mio intervento, ma dall’altro lato potrebbe essere utilizzato (cosa che appunto vorrei provare a fare) come criterio di giudizio più generale, nonché come prospettiva filosofico-politica di sintesi, per analizzare, prendendo anche posizione, quanto hanno scritto Vettori, Resta e lo stesso Femia.

Naturalmente, all’interno di questa traiettoria, non bisogna dimenticare il quadro culturale dell’intero volume, perché ovviamente si candida a essere il punto di riferimento, in materia di contratto, per almeno i prossimi 10 anni; forse potremmo dire, con un sorriso a fior di labbro, è il Messineo dell’Enciclopedia del diritto² della prima metà degli anni 2000.

È dunque ovvio che, fatta questa premessa, non sarebbe sensato che proponessi mie considerazioni in tema di contratto; molto più semplicemente, e prudentemente, vorrei mettere in relazione il tema del contratto con il tema della fiducia, facendo emergere qualche aspetto genericamente riconducibile all’orizzonte filosofico-politico di una contemporanea società aperta, peraltro non poco aiutato da una brillante presa di posizione di Tommaso Greco³.

2. Orbene, contratto e fiducia.

Da un lato abbiamo il contratto; dall’altro lato la fiducia (individuale e sociale: tornerò sul punto).

Possiamo dire che la forza e la debolezza del contratto, la vita del contratto, le stagioni del contratto (come direbbe Guido Alpa), il rapporto

G. D’Amico, Milano, 2021, p. 499 ss., qui p. 515, nota 77.

² Alludo ovviamente a F. MESSINEO, *Contratto. Voci estratte dall’Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961.

³ T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021.

tra contratto e società, e dunque, e più in generale, il rapporto tra ciò che sta dentro il contratto, tra ciò che le parti hanno voluto delimitare, hanno voluto circoscrivere e quindi anche proteggere, e ciò che sta fuori del contratto (il mondo esterno, nella sua più ampia estensione e accezione, anche in senso ostile al perimetro contrattuale: sotto questo profilo, una concezione ontologica dell'ordinamento è in sé potenzialmente oppositiva al contratto; e questa opposizione si accentua se anche del contratto si condivide una visione ontologica, come certamente accaduto nel passato), insomma tutti questi rapporti, tutte queste relazioni si muovono all'interno di una siffatta connessione (più o meno intensa) tra contratto, quale fonte di reciproca fiducia tra le parti, e fiducia collettiva, tanto nella stabilità del vincolo, quanto nella sua giustizia (dove la stabilità: un contratto percepito, prima ancora che dalle parti, dalla collettività, come ingiusto, non solo avrà vita breve, ma rappresenta un pericolo per la collettiva fiducia nel contratto)⁴, quanto nella sua forza trasformativa. Sotto questo profilo non c'è dubbio che la forza del contratto stia soprattutto nella sua capacità di incidere in senso trasformativo, tanto sulla dimensione individuale, quanto su quella sociale, tanto sulla dimensione economica, quanto su quella esistenziale.

Naturalmente, quando dico 'fiducia', intendo sia la fiducia individuale rispetto a ciò che la controparte farà (o non farà – e qui, oggi, il tema potrebbe essere anche quello di un apparato rimediale costruito *ad hoc*, e quindi individualizzato sulla base dei dati che quelle stesse parti contrattuali, in quanto esseri umani, hanno rilasciato, consapevolmente o meno;

⁴ Da questo punto di vista, si potrebbe aggiungere che un giurista non certo sospettoso della dogmatica e della sistematica civilistica, quale appunto Messineo, in una garbata discussione con Gorla, avente specifico oggetto l'empirismo inglese (ad avviso di Messineo, troppo lodato da Gorla, a dispetto del diritto positivo), non esita a dire (e la cosa può forse sorprendere) che il giudice italiano deve prendere esempio dal giudice inglese «nell'essere sensibile alle istanze della "giustizia del dato caso", secondo una locuzione, che correntemente si adopera presso di noi, quando si vuol definire l'equità»; e subito aggiunge (esprimendo una posizione, mi pare, di prudenziale apertura al ruolo trasformativo dell'interpretazione, che, *grosso modo*, era poi anche quella di Ascarelli): «Il monito che può ricavarsi dallo studio del metodo dei giuristi inglesi, risiede, pertanto, in un arricchimento delle nostre conoscenze e, in particolare, nel considerare la *regula iuris*, come qualcosa sempre suscettibile di adattamento al caso da decidere; quindi, in perenne, seppure lenta, trasformazione, così da preparare il diritto nuovo: non regola inerte, ma vivificata dal contatto con l'esperienza e che mostra il suo vero volto, soltanto nell'applicazione; e tuttavia (aggiungo) pur sempre regola, canone, principio»: F. MESSINEO, *Contratto (dir. civ.)*, in ID., *Contratto*, cit., p. 3 ss., a p. 12, nota 26.

dati a partire dai quali il giudice potrà individuare una regola che attribuisca rilevanza a un contesto che non è più, o comunque non è più solo, oggettivizzabile, tanto rispetto al contratto, quanto rispetto a ciò che al contratto è esterno, ma è primariamente soggettivizzabile, nel senso di riferibile ai soggetti contrattualmente coinvolti, all'insegna, se si può dir così, di un metodo tipologico algoritmizzato, che utilizza l'enorme massa di dati raccolti per elaborare modelli e probabilità di condotta da cui poi attingere in sede di giudizio), sia la fiducia sociale: da un lato, allora, fiducia individuale nel contratto, quale strumento tanto di efficienza, quanto di giustizia, individuale e collettiva; dall'altro lato, fiducia sociale nel contratto, quale fondamento istituzionale dell'ordine sociale, che è l'ordine dello scambio e quindi della competizione, nonché strumento di trasformazione sociale, per conseguire un miglioramento a beneficio delle *n* parti che al contratto ricorrono.

Ecco che, allora, mettendo insieme contratto e fiducia, intanto emerge un primo dato che, direi, oggi deve essere presupposto, quando si voglia lavorare sulla teoria generale del contratto: il contratto è produttore di giuridicità in quanto produttore di fiducia, e in questo senso è la stessa fiducia a essere come tale giuridicamente rilevante. La fiducia nel vincolo, prima di essere tale quale effetto riflesso della forza di legge del contratto, è tale quale effetto diretto della fiducia in una parola data che è elemento civico e istituzionale; fiducia nelle reciproche aspettative e quindi, complessivamente, nel contratto quale strumento di stabilità sociale, ma non di immobilismo. Ci si affida al contratto e alla sua forza trasformativa, perché affidarsi al contratto significa affidarsi a sé stessi e, al contempo, affidarsi a un ordine giuridico che si rispecchia nel contratto, perché, a sua volta, nel contratto troviamo l'immagine di quell'ordine sociale che della contrattualità, nonché del contrattualismo, è il presupposto.

3. Teoria generale del contratto, dicevo: non c'è dubbio che questo volume miri a una rifondazione della teoria generale del contratto (non tutte le voci hanno questa vocazione teoretica, ma molte sì).

E allora, avendo fatto questo cenno, aggiungerei che di alcune voci si sente la mancanza: quella sull'analisi economica del contratto; quella sui rapporti tra teoria generale del contratto e teoria generale del diritto; quella su contratto e sociologia (*at large*); quella su contratto e antropologia (sempre *at large*); forse, anche quella su contratto e filosofia politica (ma sono ben consapevole del fatto che, per più d'uno, magari a partire

dallo stesso Gianni D'Amico, queste voci sarebbero state, e sarebbero, un fuor d'opera).

Ora, dato che ci troviamo di fronte a un volume ambizioso, per costruire una nuova teoria generale del contratto bisogna partire da un aspetto che, non a caso, è presente nel volume, ma è presente *e contrario*, quindi è presente proprio perché è assente (che non è un gioco di parole un po' stucchevole, ma tocca una questione centrale, non solo per il tema del rapporto tra contratto e dimensione istituzionale, che poi è il rapporto tra contratto e ordinamento, ma centrale, appunto, anche per l'intera teoria generale del contratto): alludo a un termine, o meglio, a un'espressione che (almeno nelle tre voci di cui mi occupo io) non compare, anche come implicita assunzione.

L'espressione è 'ontologia contrattuale'.

Nessuno degli autori di queste tre voci si muove in chiave di ontologia contrattuale, definendosi ontologico appunto l'approccio al contratto per cui si dà un contratto in sé, che legittima il discorso sull'essere contrattuale, donde una doverosità, e quindi una normatività, che discende dall'essenza contrattuale, che conforma di sé l'istituto.

L'ontologismo adotta un'attitudine oppositiva.

L'ontologismo è assolutistico.

Proprio Pasquale Femia, nel convegno linceo pensato e organizzato da Marisaria Maugeri nel 2021⁵, ha detto, con molta nettezza: dobbiamo abbandonare ogni tentazione ontologica: il contratto non è una ontologia; il contratto è un problema.

Dunque, possiamo subito glossare: il contratto è un problema economico, sociale, ordinamentale, e quindi assiologico, normativo, etico, ma è sempre un problema (problema, non nel senso di ostacolo da superare, ma nel senso di dimensione che richiede una costante riflessione critica, sul piano teoretico, e un altrettanto costante agire pratico, che consenta una risoluzione del problema contrattuale attraverso lo stesso svolgimento di quelle potenzialità che, prima o dopo l'azione, il pensiero critico mette a fuoco).

⁵ *Il contratto o i contratti?*, Roma, 29 novembre 2021-1° dicembre 2021, Accademia Nazionale dei Lincei, può ascoltarsi al seguente *link*: <https://www.youtube.com/watch?v=RXylj8bbmYI&list=PLoF5R4ZXgpzCUIZps42engcuI68BQhtTt&index=1>. Ora disponiamo del volume degli atti: *Contratto, contratti e mercato*, a cura di M. Maugeri e G. Grasso, Scuola Superiore della Magistratura-Poligrafico e Zecca dello Stato, 2022 (il volume è disponibile in pdf – Quaderno n. 24).

Se il contratto non è una ontologia ma è un problema, è evidente che i tre profili di cui si sono occupati Vettori, Resta e Femia sono profili fondamentali proprio in chiave 'fenomenologica'.

In questo senso, la fenomenologia è un dover essere che si nutre dell'essere, è, nell'ambito del giuridico, il segno della democratizzazione delle fonti, il testimone, potremmo anche dire, del passaggio dalle fonti alle pratiche; un dover essere depotenziato nella sua autoreferenzialità e dunque nel suo autoritarismo assiologico; un dover essere, infatti, che non muove da un essenzialismo contrattuale assunto a dover essere, e dunque a normatività, ma da una prasseologia e da una sociologia dell'essere umano che diviene forza trasformativa, e come tale normativa in ragione non di un'essenza, ma di una esigenza.

Il che porta a una delle questioni sempre attuali perché sempre dibattute (e si tratta di un dibattito assai fecondo, per costantemente superare, se non gli approdi teorici cui si è pervenuti, i quali, a volte, seguono del resto una strada autonoma rispetto a quella giusfenomenologia di cui sono, a ben vedere, tributarie, gli stessi esiti prasseologici, che in questo modo possono acquistare una propria forza teorica in ragione delle conseguenze, e quindi dei risultati socialmente rilevanti ottenuti), ovvero il rapporto tra struttura e funzione degli istituti giuridici: non c'è dubbio che il diritto della contemporaneità privilegi la funzione sulla struttura.

Ma aggiungerei subito che il sorpasso, se posso dire così, della funzione sulla struttura si è manifestato nella chiave della continuità, ovvero: se c'è stata una rottura, si è trattata di una rottura non traumatica. A ben vedere, allora, più che rottura, trasformazione, cambiamento, del tutto fisiologico all'interno di una società aperta: anzi, il compito della filosofia politica (ecco allora, a mio avviso, l'importanza di una voce dedicata al contratto e alla filosofia politica) consiste nel fornire quelle coordinate di teoria politico-istituzionale che consentano di collocare il contratto-fattispecie all'interno di un contesto politico orientato in una certa direzione.

Orbene, se, sul versante giuridico, il diritto della modernità privilegia la dimensione funzionale su quella strutturale, sul versante filosofico, la dimensione fenomenologica prevale su quella ontologica.

In effetti, tutto si tiene. La fenomenologia prevale sull'ontologia perché la fenomenologia guarda al mondo dell'essere, laddove l'ontologia guarda al mondo del dover essere, e il diritto (non solo contrattuale) del nostro tempo è un diritto estremamente aperto alla dimensione materia-

le, nel senso di pragmatica, empirica, fattuale: un diritto contrattuale pienamente aperto (con fiducia, appunto) agli sviluppi dell'azione umana, a ciò che l'essere umano materialmente fa; e si tratta di un fare molto esteso, che va ben al di là della dimensione strettamente economica, un mezzo rispetto a un fine. Tutto ciò, naturalmente, consente a quella stessa dimensione fattuale, apparentemente contrapposta alla dimensione della doverosità, di assumere una diretta rilevanza normativa, alla luce di quelle esigenze fenomenologicamente espresse da un contesto che richiama l'attenzione sulla funzione degli istituti giuridici, a partire dagli scopi, e quindi dagli ideali, che ciascun individuo assegna a sé stesso, nei vari campi del vivere umano, e che dal piano individuale trascorrono in quello sociale.

4. A questo punto del discorso abbiamo alcuni minimi elementi di raccordo, e vengo così alle tre voci richiamate in apertura.

Vediamo di schematizzare, per brevità, alcuni punti:

i) il rapporto tra contratto e Costituzione⁶ (e cioè la dimensione costituzionale del contratto);

ii) il rapporto tra contratto e diritti fondamentali⁷ dell'essere umano (e cioè la rilevanza contrattuale dei diritti fondamentali della persona) – tema che, come infatti osserva Giorgio Resta⁸, non può essere ridotto ai limiti gravanti sul contratto lesivo di diritti fondamentali, come se ci fosse, cioè, una extraterritorialità contrattuale dei diritti fondamentali della persona: se il contratto è la proiezione giuridica dell'agire individuale, è evidente che le interferenze tra contratto e diritti fondamentali non possono essere unilateralmente assunte come pregiudizievoli di questi ultimi; al contrario, spesso si tratta di una interferenza destinata a sfociare in una trasformazione, che è potenziamento, dei diritti fondamentali. Si tratta di un tema difficile perché politicamente e culturalmente delicato. A mio avviso (e la mia posizione non è perfettamente sovrapponibile a quella di Resta), è socialmente opportuno (e anche qui, all'interno di quel 'paradigma fiduciario' difeso a spada tratta da Tommaso Greco) considerare il contratto: come un mezzo di produzione di nuovi diritti fondamentali; come un mezzo di regolazione dei diritti fondamentali; come un mezzo di trasformazione ordinamentale attraverso i diritti fondamentali;

⁶ G. VETTORI, *Contratto e Costituzione*, in *Enc. dir.*, cit., p. 266 ss.

⁷ G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, *ibidem*, p. 291 ss.

⁸ *Ibidem*, pp. 292-293.

iii) il rapporto tra contratto e discriminazione (e cioè la discriminazione attuata attraverso il contratto, e dunque la tutela del contratto contro la discriminazione; e perciò il contratto come strumento di contrasto alla discriminazione).

Tutti e tre questi rapporti vanno ricondotti alla dimensione della fiducia individuale e sociale nel contratto, nonché al contratto come pratica sociale, e direi anche alla autonomia privata intesa come pratica sociale.

E se volessimo, non dico allargare lo sguardo, perché guardare al contratto nella prospettiva costituzionale e nella prospettiva dei diritti fondamentali offre già una panoramica molto ampia, ma utilizzare queste tre diverse, ma complementari, prospettive, per tratteggiare la fenomenologia del contratto oggi, io sarei portato a dire che la percezione sociale del contratto (e dunque, quale conseguenza, la disciplina del contratto, il trattamento giuridico di esso, rispetti ai vari momenti della vita contrattuale) è la principale fonte di rinnovamento, e quindi di trasformazione, del contratto stesso.

Se il nostro è il tempo della espansione dei diritti fondamentali, l'ambito del contratto si rafforza e la fiducia sociale nel contratto aumenta, sia perché io so che, grazie al contratto, posso conseguire molti obiettivi, sia perché io so che l'ordinamento giuridico protegge il contratto in quanto istituzione sociale, mai depotenziandolo, in quanto strumento di emancipazione individuale.

Si tratta di un'espansione dei diritti fondamentali (e dunque dello stesso diritto fondamentale al contratto, diritto che, come tale, pone un problema di accessibilità al mercato, strumento di emancipazione), che inevitabilmente si fonda sull'idea di una costituzione vivente, da intendersi quale proiezione ordinamentale dell'intero vivere aggregato. In questo senso le costituzioni, oggi, non sono rilevanti in quanto contenitori di specifici punti d'appoggio, come la tutela espressa dei diritti fondamentali (quando effettivamente vi sia, beninteso), ma lo sono in quanto rappresentano la dimensione dinamica di un assetto sociale che si fa giuridico proprio perché è solo in una costituzione vivente che può riflettersi la vita sociale. Del resto, se il contratto non è una ontologia ma una fenomenologia, è evidente che ogni discorso sul contratto, da quello più tecnico a quello più politico, non può non avere il suo punto di partenza in ciò che socialmente accade. In questo senso può anche dirsi che il contratto è un mezzo di collegamento tra società e costituzione, donde la intrinseca costituzionalizzazione del contratto, al di là della tutela diretta o indiretta

della libertà contrattuale, che è fenomenologicamente costituzionalizzata, appunto perché il contratto è una delle voci sociali, e la costituzione vivente è la destinataria di quelle voci, che, costituzionalizzate, assumono un assetto ordinamentale.

Ciò che socialmente accade fa sì che il fenomeno contrattuale sia sempre la risultante di un fenomeno sociale, con la conseguenza che il senso sociale del contratto incide profondamente (anzi, non può non incidere) sull'intera costruzione, se non strettamente legislativa, diciamo normativa, del contratto.

5. Se allora leggiamo in parallelo contratto e costituzione, contratto e tutela dei diritti fondamentali, contratto e dovere di non discriminazione, emerge bene, secondo me, il senso della lettura di Femia dell'affermazione di Durkheim, per cui 'non è tutto contrattuale ciò che sta dentro al contratto'.

Proprio il terreno dei diritti fondamentali può portare a una lettura di questa frase che consenta di superare quella persistente tensione tra una trasformazione giuridica che passa per la giurisprudenza e una che passa per la legislazione.

Voglio cioè dire che il successo della costituzionalizzazione del diritto privato ha prodotto almeno due conseguenze rilevanti, nella nostra prospettiva: da un lato, i rapporti tra contratto e ordinamento giuridico sono cambiati perché, nel passato, costituzionalizzare il diritto privato voleva dire immettere nel contratto qualcosa che in origine nel contratto non c'era: questa è la fase della costituzionalizzazione oppositiva dell'autonomia privata.

Ma direi che questa fase in larga misura è alle nostre spalle, e qui vengo alla seconda conseguenza, proprio perché la percezione individuale e sociale della centralità politica del soggetto è così forte che, allora, parlare di costituzionalizzazione del diritto privato, e in particolare del contratto, oggi dovrebbe anche voler dire ammettere che il contratto divenga strumento di realizzazione della dimensione soggettiva delle persone, economica nonché esistenziale.

Qui basta pensare al campo della nascita e della morte, e a me pare ovvio che un contratto pienamente costituzionalizzato serva proprio per potenziare la tutela di determinati diritti fondamentali della persona, e serva anche per pensare al contratto in una dimensione che non è più solo quella dell'operazione economica, appunto perché la dimensione del contratto, insisto: fenomenologicamente, è anche dimensione esistenziale.

In altre parole, oggi possiamo usare il riferimento costituzionale e i diversi ambiti costituzionali nei quali l'autonomia privata assume rilevanza per pensare non già a una compressione dell'autonomia privata (senza dubbio, almeno su questo punto, esprimo una sensibilità un po' diversa rispetto ai tre autori), ma a una sua espansione, che va esattamente nella direzione di un aumento, intanto quantitativo, dei diritti fondamentali della persona: un'espansione che serve appunto a recepire, e quindi a ricondurre al contratto, quella sensibilità sociale che grazie al contratto può pienamente attuarsi.

Torno allora alla citazione di Durkheim, che del resto esprime il classico problema dell'autonomia del contratto rispetto all'ordinamento, e quindi rispetto alla società.

Avanzo due considerazioni, che recepiscono molto di ciò che Vettori, Resta e Femia hanno scritto nelle loro voci, cercando al limite di estremizzarlo: che non sia contrattuale tutto ciò che sta dentro il contratto è indiscutibile, nel senso che nel contratto entra sempre, per forza di cose, la dimensione culturale, economica, esistenziale delle parti. Indipendentemente dalla circostanza che le parti siano persone fisiche o imprese, non c'è dubbio che la dimensione contrattuale è sempre il prodotto delle caratteristiche delle parti e del contesto in cui le parti vivono e operano.

La tendenziale opposizione tra contratto e costituzione può diventare piena cooperazione, sempreché si accetti l'idea che la costituzionalizzazione del diritto privato comporta, oggi, non un arretramento dell'autonomia privata, ma una sua espansione in ambiti dai quali nel passato era esclusa in base all'idea (che Giorgio Resta critica) che ciò che è economico e ciò che è patrimoniale è in tendenziale tensione con i diritti della persona e con il contesto costituzionale (così valorizzando quest'ultimo pressoché esclusivamente sul versante dei limiti all'autonomia privata).

Ecco che il contesto sociale trasforma il contratto, ma lo trasforma a condizione che si abbandoni l'approccio ontologico al contratto. E si tratta di un'acquisizione fondamentale di questo volume nel suo complesso.

La seconda considerazione, sulla quale poi chiudo il mio discorso, attiene alla lettura in negativo che Femia offre di questo passaggio, e cioè la tentazione di dire che il contratto basta a sé stesso.

Non paradossalmente, direi che oggi, proprio per circostanze di contesto, possiamo ammettere che il contratto sia legittimato a circoscrivere con nettezza il proprio perimetro di rilevanza giuridica. Ma non in senso anti-contestuale, al contrario: è la recezione del contesto all'interno del

contratto a legittimare un assetto contrattuale che solo formalmente è autonomo, ma che, in realtà, dal contesto ha tratto la propria ragione giustificatrice.

In altre parole, nel momento in cui il contesto culturale e sociale (si può aggiungere, anzi si deve aggiungere: delle società aperte – ecco perché all'inizio avevo detto: forse manca una voce dedicata a contratto e filosofia politica) è sufficientemente orientato sul versante dei diritti fondamentali della persona avviene quella che possiamo chiamare, con linguaggio un po' sociologizzante, che non a tutti piacerà, riappropriazione del sé: il che significa che, agendo in un contesto liberal-democratico, ciascun soggetto produce diritto, o meglio, compie un'azione che ha spesso buone probabilità di incidere sul piano della normatività.

Ora, poiché questa riappropriazione del sé si è già verificata (e secondo alcuni, anzi, è andata ben al di là di quanto non sarebbe stato desiderabile), la conseguenza è che l'autonomia privata assume essa stessa una funzione promozionale dell'essere umano, così inevitabilmente cambiando il punto di osservazione rispetto alla dimensione costituzionale del contratto, che in questo senso svolge un ruolo di fisiologica armonizzazione tra la libertà individuale e le pratiche sociali della comunità, da assumersi bensì come dimensione oggettivizzata, ma costantemente incisa da ciò cui la libertà individuale dà vita.

Si tratta di un'armonizzazione, e cioè di una spinta alla convergenza, che può intendersi solo a partire dal richiamato 'paradigma fiduciario'.

È allora chiaro che 'il diritto contrattuale, ovvero il diritto della fiducia', non è un interrogativo, ma una constatazione che ben descrive l'attuale stato della giuridicità.

Il volume diretto da Gianni D'Amico consolida convincentemente questa prospettiva.