

DIRITTO CIVILE

Prof. GIOVANNI FURGIUELE

Lezioni a cura della Dott.ssa Giulia Tesi

(*Continua:* **INTRODUZIONE**)

3. L'interpretazione giuridica.....	pag. 20
4. Procedimento giuridico e contratto: vicenda attuale ed eterna.....	pag. 29

(Continua: INTRODUZIONE)

3. L'interpretazione giuridica.

Secondo quanto detto nei paragrafi precedenti, il corso si sviluppa su tre direttrici: principi, regole ed interpretazione.

Pertanto, in questa prima parte introduttiva, dopo aver esaminato cosa si intende per principi e regole, soffermiamoci sull'interpretazione.

Innanzitutto, dobbiamo domandarci quale sia il tipo di rapporto che esiste fra principi, regole, interpretazione. Abbiamo già approfondito il significato del termine principi e del termine regole, adesso dobbiamo interrogarci sull'eventuale collegamento che sussiste fra i due suddetti termini e quello di interpretazione. Quale è, nella sostanza, il legame che intercorre fra questi tre aspetti? Sono tre aspetti privi di collegamento, vivono ciascuno di vita propria, oppure, sono, viceversa, momenti che devono essere visti nella loro complementarietà?

*Collegamento fra
principi, regole e
interpretazione*

Si ritiene che per iniziare questa breve analisi dell'interpretazione sia opportuno, in primo luogo, dire qualcosa in ordine al significato generale del termine interpretazione. Dobbiamo, quindi, cercare di comprendere quale sia la valenza dell'attività di interpretazione nell'ambito della vita di ciascuno di noi.

*Interpretazione come
attività umana*

In termini generali, interpretazione significa un'attività che viene svolta da un qualunque soggetto, il quale – nel momento dell'interpretazione – è chiamato ad attribuire un senso a ciò che gli si presenta davanti. Ad esempio, l'interpretazione di una chiave consiste nel valutare se quella chiave può aprire qualcosa, oppure nel verificare i materiali di cui è formata. Si tratta di valutazioni specifiche

che vengono effettuate da colui che si pone il problema di attribuire un significato a quell'oggetto.

L'interpretazione, quindi, intesa in questo senso generale, impegna l'attività di ciascuno: siamo tutti interpreti nel momento in cui ci troviamo a dover valutare un qualcosa, nell'ambito di una logica che costituisce una manifestazione in termini di libertà di apprezzamento. Ragionando secondo questo schema, è evidente che l'interpretazione ha un significato ed un'applicazione che hanno una generalità di impiego. Ecco perché è giusto dire che l'interpretazione appartiene a ciascuno di noi; siamo noi gli interpreti.

L'interpretazione è, quindi, un'attività essenzialmente umana che vale, in maniera generalizzata, per tutto ciò che viene posto in essere dagli esseri umani. Essa, in altre parole, costituisce un momento essenziale dell'attività con cui l'uomo realizza determinati oggetti o specifiche situazioni.

Queste prime riflessioni sottolineano l'estrema importanza che deve essere riferita al momento dell'interpretazione che, quindi, costituisce un'attività fondamentale non soltanto per il giurista, ma come attività umana generalizzata.

In questo senso, quindi, l'interpretazione giuridica – di cui noi ci occuperemo in questo paragrafo – è un momento dell'interpretazione intesa in senso generale. La funzione giuridica di interpretazione non è, quindi, la matrice da cui scaturisce l'operazione, ma è una fase dell'attività interpretativa ed è preceduta, nella sua valenza, da ciò che caratterizza, in generale, il fenomeno interpretativo che è una caratteristica essenziale dell'attività umana.

Quando si leggono certe cose scritte non pensiamo mai che quanto scritto da quell'individuo sia, in realtà, il frutto di un'attività di

interpretazione, al fine di rendere relativo il risultato di ciò che ha raggiunto.

Questo è il senso generale dell'attività di interpretazione. Se, viceversa, si ragiona in maniera più specifica e ridotta, l'interpretazione presuppone normalmente un riferimento ad una dimensione linguistica: è un momento di valutazione del linguaggio comune. Tizio, per esempio, adotta un certo riferimento in termini lessicali e, per forza di cose, colui al quale è rivolto tale messaggio interpreta ciò che ha sentito. In questo senso, l'interpretazione presuppone il linguaggio scritto o orale.

Ciò che vale come riferimento scritto nei termini del linguaggio, caratterizza anche l'interpretazione nell'ambito giuridico. Ed anche in questo settore vale quanto già detto in termini generali: l'interpretazione giuridica costituisce un'attività essenziale dell'uomo di diritto. Il giurista non si limita a leggere il testo normativo, ma deve leggere, interpretare ed applicare la legge.

Come voi saprete, all'interno del codice civile, abbiamo una norma: l'articolo 12 delle preleggi che costituisce un'iniziale risposta, nell'ambito delle disposizioni sulla legge in generale, in ordine ad un'attività fondamentale esercitata dal giurista.

Art. 12 preleggi

L'articolo 12 preleggi – *“Interpretazione della legge”* – nella sua valenza generale, essendo una norma, deve essere anch'esso interpretato.

Vediamo, quindi, qual è il suo contenuto. Esso così recita: *«Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe;*

se il caso rimane dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

Innanzitutto, secondo ciò che risulta dal primo comma dell'articolo in commento, l'interpretazione è ammissibile soltanto se è conforme al «*significato proprio delle parole*» e con riferimento alla «*intenzione del legislatore*».

*Interpretazione
letterale ed
intenzione del
legislatore*

È, quindi, privilegiata l'interpretazione letterale: è la lettera che costituisce il primo – e prioritario – termine di riferimento per riscoprire il significato di una disposizione normativa.

L'interpretazione letterale, chiaramente, pone dei limiti all'attività dell'interprete che opera correttamente solo se rispetta il significato (letterale) dei termini di cui si compone il linguaggio normativo.

La rigidità di un'interpretazione puramente letterale viene mitigata dall'aggiunta del riferimento alla «*intenzione del legislatore*». Quindi, oltre all'interpretazione letterale può sussistere anche un'interpretazione in senso logico. Il problema è che l'espressione «*intenzione del legislatore*» non risolve molte le cose: sappiamo effettivamente quale sia l'intento del legislatore quando produce materiale normativo? Normalmente, infatti, l'intenzione del legislatore è qualcosa di misterioso.

Quando si parla di «*intenzione del legislatore*» si tende a far riferimento all'attività legislativa posta in essere da un soggetto indeterminato ed astratto.

È, perciò, evidente la problematicità del primo comma dell'articolo 12 preleggi: esso ci dice qualcosa che, per poter essere compreso e reso credibile, ha bisogno esso stesso di essere interpretato.

Al secondo comma dell'articolo 12 si aggiunge: «*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso*

*Interpretazione
analogica e secondo i
principi generali*

rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

Il riferimento è, in primo luogo, alla cosiddetta interpretazione analogica. Vengono, poi, richiamati i «*principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*». In certe situazioni, l'insufficienza del riferimento in termini normativi determina l'emersione dei principi. Nella norma in commento, però, diversamente da quanto abbiamo detto nel primo paragrafo di questo scritto, si parla di principi con esclusivo riferimento all'ordinamento giuridico dello Stato. Si richiama, quindi, un'immagine specifica e particolare dei principi: la norma considera solamente quei principi che sono effettivamente operativi all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Per quanto riguarda la materia che stiamo trattando, oltre all'articolo 12 delle preleggi, bisogna considerare anche quanto stabilito dagli articoli 1362 e seguenti c.c. che si occupano, in maniera specifica, dell'interpretazione del contratto.

*Interpretazione
del contratto:
articoli 1362 –
1371 codice civile*

In particolare, l'articolo 1362 c.c. – “*Intenzione dei contraenti*” – così recita: «*Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole*».

Secondo quanto stabilito dal primo comma dell'articolo 1362 c.c., per quanto riguarda il testo contrattuale, non può darsi un'importanza definitiva all'impiego di certi termini di carattere letterale.

Al secondo comma si aggiunge: «*Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*».

È evidente la problematicità della norma in questione. Nell'interpretazione del contratto la logica fatta propria dall'articolo

1362 c.c. risulta diversa dalla preminenza del dato letterale che, viceversa, risulta dalla norma di cui all'articolo 12 delle preleggi.

La lettera del contratto deve essere integrata da una valutazione della comune intenzione dei contraenti.

La complessità dell'interpretazione del contratto emerge anche dal contenuto degli altri articoli del codice civile dedicati alla materia (articoli 1363 – 1371 c.c.).

L'interpretazione è la base essenziale della funzione del giurista.

Quando si parla di interpretazione non si può ragionare solamente sulla base della lettura di un certo dato normativo. Il giurista deve procedere, nella maggior parte dei casi, all'attribuzione di un senso alla norma che è chiamato ad interpretare.

*Interpretazione
come attribuzione
di senso*

In altre parole, l'interpretazione non è, semplicemente, riconoscimento di senso ma è, nella maggior parte dei casi, attribuzione di senso alla norma con cui il giurista è chiamato a confrontarsi.

A ciò consegue che, nello svolgimento funzione interpretativa, il giurista è influenzato da vari fattori (fattori storici, politici, economici, religiosi, morali, etici) che contribuiscono all'attribuzione del senso della norma.

Esemplare, in questo senso, è l'analisi della funzione giurisprudenziale del giurista. Il giudice (in primo luogo, la Corte di Cassazione) svolge sempre più frequentemente una funzione creativa del diritto, nel senso di dar luogo ad un'immagine del dato normativo che va al di là del dato letterale.

Tutto questo è all'origine di ciò che abbiamo avuto modo di dire in precedenza, sia in riferimento all'idea di contratto.

Nell'analisi dei suddetti profili, abbiamo svolto una valutazione interpretativa di tipo estensivo, senza soffermarsi, esclusivamente, sulla lettera delle specifiche disposizioni normative.

Questo modo di intendere il fenomeno interpretativo è anche il frutto del periodo storico in cui ci troviamo. In passato, infatti, si seguiva un'impostazione diversa che, nel suo evolversi, ha portato alle posizioni attuali.

Al fine di comprendere meglio la diversità fra posizioni attuali e posizioni del passato, si possono prendere in considerazione le teorie di tre importanti autori che, come vedremo, appartengono a mondi giuridici ed epoche storiche diverse.

Innanzitutto, prendiamo in esame la posizione di H. Kelsen.¹ Kelsen è il difensore della teoria del diritto come complesso di norme. Per avere il diritto ci vuole la norma, la norma precede il diritto, alla norma consegue il diritto. È un discorso chiuso quello di Kelsen. Egli è un autore che opera dalla fine dell'ottocento fino alla metà del novecento, nasce in Austria e vive all'interno del mondo culturale di stampo germanico, dove risulta l'esaltazione della dimensione del carattere normativo. Esaltare la dimensione normativa vuol dire esaltare il profilo che caratterizza le vicende giuridiche, nel senso di derivare il fenomeno giuridico dallo Stato. La norma esaltata è quella che viene posta dallo Stato, è lo Stato l'autore del complesso delle norme.

Kelsen

Altra posizione significativa è quella sostenuta da Santi Romano,² il quale propone una visione ulteriore e più ampia rispetto a quella sostenuta da Kelsen.

Santi Romano

¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, II ed., Milano, Edizioni di Comunità, 1954.

² SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946.

Esso non limita il diritto alla pura e semplice dimensione costituita dal complesso delle norme, ma intravede la dimensione della realtà giuridica in una visione più ampia della pura e semplice esistenza del dato normativo. Esso propone tutta una serie di aspetti, principi e frammenti, soluzioni e concetti che sono all'origine dell'evoluzione del modo di essere del fenomeno interpretativo, ossia del fenomeno da cui risulta l'effettiva sostanza riconducibile all'interno del concetto di norma. L'Autore elabora il concetto di ordinamento giuridico. L'ordinamento giuridico è quello che risulta, certo dalle norme, ma anche dall'attività ulteriore. Il diritto non è solo norma, ma è ordinamento e, quindi, lo si ha in tutte le situazioni in cui siamo in presenza di fenomeni organizzativi, di complessi sociali. Da ciò risulta la cosiddetta pluralità degli ordinamenti giuridici.

E' significativo e importante ricordare che Santi Romano non è un autore di cultura germanica, ma italiana, e si colloca fra la seconda metà dell'ottocento e la prima del novecento.

Infine, è interessante tener presente la posizione di un autore di cultura angloamericana a noi contemporaneo. Si tratta di R. Dworkin,³ il quale ragiona in ordine ai problemi specifici che si pongono da un punto di vista del carattere normativo, indagando certi aspetti considerando ciò che è necessario fare per risolvere alcune domande di carattere particolare.

Dworkin

Ci si pone in una logica profondamente attenta al profilo dinamico dell'ordinamento, andando a verificare come nascono le regole. L'Autore esalta il profilo argomentativo e si pone in una logica dinamica per passare da una situazione giuridica vecchia ad una situazione giuridica nuova. Ed esalta non la molteplicità delle visioni,

³ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, in *Collezione di testi e studi classici del pensiero politico e economico europeo nel Novecento*, Milano, 1982; ID., *Taking rights seriously*, Cambridge, 1978.

cioè non ragiona in ordine a ciò che si caratterizza nel senso di pluralità di profili diversi, di valutazioni diverse, ma considera giusta solo una soluzione. In particolare, Dworkin pone l'accento sul collegamento fra etica e diritto. In altri termini, una parte del discorso giuridico è rappresentato da aspetti etici, cioè aspetti particolari di una valutazione tipica.

I tre modelli proposti si riflettono, evidentemente, sull'immagine di interpretazione: per Kelsen essa si sostanzia esclusivamente nella lettura del testo; per Santi Romano si hanno, viceversa, diversi punti di arrivo che influiscono sul fenomeno interpretativo; infine per Dworkin l'interpretazione è la fonte diretta da cui scaturisce l'idea giuridica.

Per concludere il discorso relativo all'interpretazione giuridica, dobbiamo sottolineare un ultimo aspetto, circa le modalità di svolgimento dell'attività di interpretazione.

*La
precomprensione*

Rispetto allo svolgimento della suddetta attività, c'è, infatti, un particolare che merita di essere specificato con attenzione.

Quando si parla di interpretazione è necessario tener conto della valutazione dell'attività di chi pone in essere l'atto di interpretativo.

L'interpretazione non è un procedimento meccanico, ma si sostanzia nel compimento di un'attività che viene realizzata da chi interpreta, il quale nello svolgimento di tale attività, per così dire, pone tutto se stesso.

Ogni attività di carattere interpretativo è influenzata, inevitabilmente, dal carattere soggettivo di che la pone in essere.

Ciò è all'origine di una diversità di scelte, di interpretazioni dissimili per il medesimo contenuto normativo.

Nel linguaggio tecnico, il fenomeno sopra descritto si qualifica nei termini della cosiddetta *precomprensione*. Questa formula è stata

inventata dal filosofo tedesco Gadamer, il quale, nel riflettere sull'attività di interpretazione, valorizza la precomprensione come ciò che individua la personalità, l'atteggiamento, il modo di essere di colui che realizza tale attività.⁴

Nella sostanza, la precomprensione è il momento individuale che è all'origine dell'attività posta in essere dall'interprete.

4. Procedimento giuridico e contratto: vicenda attuale ed eterna.

Nei precedenti paragrafi abbiamo parlato di principi, regole ed interpretazione, adesso affronteremo, invece, un tema – non distaccato dai precedenti – di carattere particolare, cioè il procedimento.

Quando si parla del procedimento si vuole fare riferimento ad una dimensione particolare dell'attività che si realizza in sede giuridica.

Che cosa significa procedimento? Il termine procedimento non risulterà certamente nuovo anche perché è utilizzato in altre sedi.

Si parla di procedimento, soprattutto, in campo amministrativo. C'è, però, una differenziazione di senso tra l'impiego del termine in questione nel diritto amministrativo e l'impiego dello stesso termine nel diritto civile.

Fatta questa breve premessa cerchiamo, quindi, di capire come il termine procedimento è utilizzato nell'ambito del diritto civile.

Per fare ciò bisogna, innanzitutto, soffermarsi su quella che era l'impostazione che veniva seguita in passato, prima che, certa parte della dottrina, sviluppasse l'idea di procedimento.

⁴ A tal proposito, si veda H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, 2000.

A questo proposito, vi è un'impostazione ampiamente diffusa nel passato (oggi, come vedremo, meno diffusa) che è, in generale, caratteristica dell'atteggiamento del civilista e che, come abbiamo detto nel capitolo introduttivo, considera il diritto come norma proveniente dallo Stato.

*La categoria del
procedimento
nella teoria
normativa*

Nell'ambito del concetto normativo di diritto, si colloca il procedimento di assunzione della fattispecie: in sostanza, alla considerazione della norma si accompagna la considerazione della fattispecie. In altri termini, la fattispecie viene individuata attraverso ciò che risulta dalla norma, ossia dalla formulazione del dato normativo. In questa visione, la fattispecie non è altro che il momento di concretizzazione del linguaggio normativo.

Nella considerazione della doppia immagine (norma – fattispecie), la dottrina fa dei passi avanti, arrivando a ritenere che il concetto di fattispecie debba essere pensato, anche, con riferimento agli elementi che compongono la fattispecie stessa.

In questo modo, si propone la distinzione fra fattispecie semplice e fattispecie complessa.

*Fattispecie semplice
e fattispecie
complessa*

La fattispecie semplice (o minimale) è la fattispecie considerata, di per sé, dalla norma. Viceversa, la fattispecie complessa si ha quando, nella situazione di fatto, si individuano una pluralità di elementi rilevanti.

A ciò si aggiunge l'immagine della fattispecie complessa a formazione successiva perché la fattispecie complessa non è detto che si realizzi in un'unica volta, ma può, in certi casi, realizzarsi sulla base di una sequenza di carattere temporale.

*La fattispecie
complessa a
formazione
successiva*

Questa impostazione teorica implica un allontanamento dalla visione tradizionale del contratto come esaltazione dell'accordo. In passato, infatti, non avendo una molteplicità di fattori costitutivi del dato di

fatto non era necessario complicarsi la vita con immagini di complessità.

Viceversa, nel momento in cui il dato contrattuale viene collocato in una logica di composizione di una pluralità di elementi che si realizzano nel corso del tempo, allora l'impostazione teorica proposta è quella della fattispecie complessa a formazione successiva.

Naturalmente, l'immagine della fattispecie complessa a formazione successiva si inserisce nell'ambito dell'impostazione teorica normativistica.

Si ha, poi, una seconda immagine del diritto e, di conseguenza, del contratto.

Questa seconda immagine, che si ritiene preferibile, è quella che scaturisce dalla teoria dell'ordinamento giuridico.⁵

La teoria dell'ordinamento giuridico propone un'immagine del fenomeno giuridico non legata esclusivamente al dato normativo. Pertanto, secondo tale teoria, ciò che è costitutivo dell'ordinamento, non è tanto la norma, quanto piuttosto l'ordine dei rapporti proposti dai privati e che, concretizzandosi nella realtà, quando vengono assunti in sede statuale, vengono ripresi per come si manifestano nella pratica.

Pertanto, quando si pensa al fenomeno privatistico, non si ha solo la norma, ma il fautore della disciplina dei rapporti fra privati è il privato stesso.

Esiste, senza dubbio, l'ordinamento dello Stato che crea delle regole, ma tali regole, perché possano funzionare, devono avere un momento di adesione, ossia devono trarre un certo schema di valutazione dei rapporti da ciò che è proprio dell'ordinamento dei privati.

*La categoria del
procedimento
nella teoria
dell'ordinamento
giuridico*

⁵ La teoria dell'ordinamento giuridico viene proposta, per la prima volta, da SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit. ed è poi ripresa da Salvatore Romano e da Francesco Romano.

Quando, ad esempio, pensiamo ad un contratto, esso non nasce dalla disciplina dello Stato, ma dai privati che danno luogo alla stipulazione dell'accordo in senso contrattuale. Lo Stato potrà regolare qualche profilo ma, per avere una similarità di disciplina, è necessario che esso consideri l'ordinamento dei privati.

Nella logica di questa impostazione si colloca l'immagine del procedimento.

Si ritiene che, per quanto concerne il procedimento, sia opportuno collocarsi nell'ambito del modo con cui, all'interno dell'ordinamento dei privati, si agisce per raggiungere una situazione di carattere contrattuale, per eseguirla e per tutelarla.

Il riferimento, quindi, non è tanto alle fattispecie complesse a formazione successiva, quanto piuttosto alla logica dell'ordinamento dei privati che ci permette di individuare il modo di agire dei privati stessi nel dare vita ad una situazione contrattuale.

In altri termini, ci si deve calare nella logica dell'ordinamento dei privati per vedere come gli stessi agiscono per formalizzare il contratto, per eseguirlo e per autotutelarsi.

Si tratta di situazioni che non provengono dallo Stato ma che nascono dall'iniziativa dei privati e che solo dopo vengono recepiti dall'ordinamento nell'ambito della norma di carattere statutale.

Quella dell'iniziativa dei privati è, nella sostanza, la base di partenza da cui scaturisce l'immagine del fenomeno giuridico.

Il procedimento è, quindi, una visione in termini distinti della realtà del fenomeno giuridico che sussiste, non soltanto in virtù dell'iniziativa statutale, ma anche grazie all'iniziativa dell'ordinamento dei privati.

Nell'ambito di questa impostazione, si deve fare riferimento all'azione che si realizza in sede contrattuale che deve essere valutata presupponendo l'esistenza di un potere di azione giuridica.

Vi è un'alternativa: o si parla dell'azione giuridica come manifestazione dell'esercizio del potere (cd. potere di azione giuridica), oppure si dice diritto di azione giuridica.

I privati, in questa dimensione di carattere particolare, realizzano l'azione giuridica. L'azione giuridica è ciò che determina la nascita della configurazione di certi rapporti interpersonali. Il riferimento al suddetto concetto significa che, nelle situazioni di potere dei privati, essi hanno la possibilità di agire, al fine di instaurare specifici rapporti e specifiche relazioni.

Si preferisce parlare di potere di azione giuridica perché, in questi casi, l'azione giuridica è qualcosa che la parte deve realizzare quando desidera muoversi in una dimensione di questo genere. Viceversa, parlare di diritto di azione giuridica significa presupporre l'esistenza del diritto non di per sé – come nell'ipotesi del potere – ma subordinandolo all'esistenza di una norma che concede la possibilità di concretizzare un'azione giuridica.

Nella sua individualità, il soggetto ha il potere di azione giuridica non perché gli è stato concesso dallo Stato, ma perché esiste di per sé come caratteristica stessa della sua condizione individuale.

In questa logica, che esalta il potere dei privati, il contratto diviene un momento di realizzazione dell'azione giuridica.

Spostando il discorso nell'ambito della materia contrattuale, il procedimento è una situazione di atti che vengono realizzati in sequenza dalle parti per dar luogo alla creazione di un rapporto contrattuale, per dar luogo a dei momenti che si caratterizzano sotto il profilo esecutivo e per dar luogo ad atti di autotutela.

All'interno di questa logica complessa si colloca il contratto, ciò significa che si perfeziona un certo *iter* di formazione e che si hanno attività successive, per quanto riguarda il raggiungimento di obbiettivi di giustizia contrattuale.

La visione procedimentale, invece, ci dà l'immagine giusta e completa del contratto.

Nell'ambito delle valutazioni sopra fatte, il procedimento individua il percorso con cui si svolge giuridicamente l'attività del privato, tesa ad individuare, nelle relazioni che intercorrono fra lui ed altri, un contesto di carattere tecnico-giuridico.

Il procedimento è, nella visione che vogliamo proporre, il profilo da cui scaturisce il contratto: la venuta ad esistenza dello stesso è un momento della catena di carattere procedimentale in cui si svolge l'attività del privato.

Con il procedimento i privati svolgono un'azione giuridica. Il privato, che agisce nell'ambito della prospettiva del diritto, dà luogo alla formazione di carattere contrattuale sulla base della derivazione della stessa dall'attività (dall'azione) del privato medesimo.

In altri termini, l'attività del privato non dà, immediatamente, luogo al contratto, ma dà vita ad una serie di atti che concorrono alla venuta ad esistenza della situazione contrattuale.

Per capire come si compone la situazione che caratterizza la disciplina del procedimento in sede contrattuale, dobbiamo fare una serie di riferimenti giuridici che ci permetteranno di comprendere meglio come il procedimento si caratterizza nella fase di formazione del contratto, nella fase di esecuzione dello stesso ed, infine, in sede di autotutela.

In primo luogo, vediamo, quindi, attraverso una serie di riferimenti, come si sostanzia l'immagine del procedimento nella fase di formazione del contratto.

Il primo riferimento giuridico è alla normativa di correttezza. Rinviamo a quanto verrà detto quando tratteremo nello specifico il concetto di buona fede e correttezza, in questa sede accenneremo brevemente alla rilevanza della normativa di correttezza nello svolgimento dell'azione giuridica di formazione del contratto.

Bisogna, infatti, sottolineare che le norme che richiedono il rispetto dei criteri di correttezza nello svolgimento dell'attività contrattuale non sono l'unica ragione della rilevanza della buona fede e delle correttezza nella materia contrattuale. Si tratta, più semplicemente, di norme che riprendono una valutazione, in termini applicativi, della correttezza e della buona fede. In altri termini, tali norme non sono la fonte originaria della questione, ma vogliono sottolineare come la normativa di correttezza abbia valore non soltanto nei rapporti dei privati, ma anche nei confronti dello Stato che, quindi, è chiamato a controllare che, nella fase di formazione del contratto, siano rispettati i principi di buona fede e correttezza.

Al contrario, se non fosse valorizzata la normativa di correttezza si farebbe prevalere il profilo individualistico, rimettendo tutto nelle mani del soggetto che realizza il potere di azione giuridica.

Correttezza e buona fede, quindi, costituiscono l'inizio di ciò che determina una valutazione in termini giuridici, con la conseguenza che non prevale la logica del singolo, ma prevale la logica del rapporto, della relazione e dell'intesa fra le parti. Questa è la giuridicità del fenomeno che risulta conforme al modo di valutare e di esprimere una determinata condotta, la quale fonda il rapporto, a prescindere dalla singola e specifica volontà del soggetto. Anche se

non vi è più la volontà del soggetto prevale, comunque, l'accordo inteso non in senso reale, ma in senso giuridico (legale).

Il secondo riferimento è all'accordo contrattuale. Come abbiamo già avuto modo di spiegare, l'accordo contrattuale è l'intesa fra due soggetti. Abbiamo, però, anche avuto modo di sottolineare che non ogni accordo contrattuale sia il frutto dell'esaltazione del profilo dell'intesa assoluta e perfetta.

Non si può, cioè, proporre una visione totalizzante del profilo dell'accordo perché, in determinate situazioni, più che l'intesa, prevale una certa concordanza fra le parti.

Pensiamo, per esempio, alle condizioni generali di contratto. Si tratta di modi, altamente diffusi, di conclusione di una relazione di carattere contrattuale. Tizio, per esempio, va a comprare una macchina e, al momento dell'acquisto, gli vengono sottoposte una serie di condizioni generali di contratto di cui, nella maggior parte dei casi, ignora il contenuto completo. In queste ipotesi, non siamo nell'ambito dell'accordo come fusione di due volontà; prevale, anche in questi casi, l'idea di accordo in senso legale che, com'è evidente, non ha nulla del concetto comune di accordo.

L'ultimo aspetto da considerare è quello relativo all'immagine del procedimento nelle ipotesi di autotutela.

Il procedimento nella fase di autotutela

Si può, nella sostanza, avere il compimento di attività particolari che non hanno una finalità esecutiva del rapporto contrattuale, ma tendono a proteggere un certo soggetto.

Si tratta di ipotesi in cui, grazie all'iniziativa privata, si pongono in essere atti tesi a concretizzare un'attività di protezione.

In primo luogo, la prima ipotesi di autotutela è rappresentata dall'arbitrato. Non volendo scendere nei dettagli del fenomeno, si può dire che, nel momento in cui sussiste una situazione di conflitto fra

due parti, può essere realizzata una forma di tutela del soggetto o attraverso l'azione in giudizio, oppure attraverso il ricorso all'arbitrato.

In particolare, si ha arbitrato quando sussiste una possibilità, a vantaggio dei soggetti interessati, di designare un collegio arbitrale che dovrà esaminare il caso e distribuire le ragioni e i torti.

Nell'ambito dell'arbitrato, la soluzione dei conflitti è rimessa, non al giudice, ma a soggetti privati scelti dalle stesse parti in conflitto.

Altra ipotesi di autotutela è la transazione. Essa risulta disciplinata dall'articolo 1965 c.c., il quale stabilisce che la stessa è *“il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro”*. Si aggiunge, al secondo comma, che con le reciproche concessioni è possibile *“creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti”*.

La formulazione codicistica riprende la configurazione del contratto di transazione che emerge nell'ambito dei rapporti fra privati. La transazione non nasce dal Codice Civile. Il legislatore la recepisce e la disciplina.

Nella sostanza, la transazione è una tecnica attraverso la quale si ha la possibilità di porre fine ad una controversia fra i privati sulla base del raggiungimento di una situazione contrattuale.

Le ipotesi di autotutela sopra descritte ricadono nell'ambito dell'idea di procedimento: sono momenti con cui il privato porta a compimento la sequenza contrattuale.