LA FUNZIONE PRECETTIVA DEL CONSENSO

Dialoghi di Storia e Diritto

Atti del Convegno
(Brescia, 13-14 marzo 2025)

a cura di

A. Carminati, E. Fusar Poli, G. Turelli, A. Venturelli



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2026 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 979-12-211-2029-5
ISBN/EAN 979-12-211-6979-9 (ebook - pdf)
ISBN/EAN 979-12-211-6980-5 (ebook - epub)

Volume pubblicato con il contributo dell'Università di Brescia, Dipartimento di Giurisprudenza – Spese a valere su progetto Prin 2020 dal titolo "La parola come precetto nell'esperienza giuridica romana" Resp. Scientifico Prof. Giovanni Turelli/Antonello Calore – Pubblicazione Codice Progetto 2020c7yewm_002.

G. Giappichelli Editore

MARCHIO STORICO

Questo libro è stato stampato su carta certificata, riciclabile al 100%

Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

Autori XI

Prefazione di Giovanni Turelli 1

Saluti istituzionali di Alberto Venturelli 9

SESSIONE I

DIRITTO PRIVATO

LA FUNZIONE PRECETTIVA DEL CONSENSO: PER INTRODURRE
Antonello Calore 19

CONSENSO E OBBLIGAZIONE TRA DIRITTO ROMANO E TRADIZIONE CIVILISTICA
Roberto Fiori 25

ASCESA E CADUTA DI UN PARADIGMA: ITINERARI STORICO-GIURIDICI SUL CONSENSO NEL CONTRATTO
Filippo Rossi

1. Osservazioni introduttive su contratto, consenso e storia del diritto 37
2. Ascesa 38
   - 2.1. Negozi e *vestimenta* (troppo stretti) 41
   - 2.2. *Lex regia, mores hodierni, usus fori* 44
   - 2.3. «*Verba ligant homines, taurorum cornua funes*» 49
3. Caduta 52
   - 3.1. Il paradigma si incrina: incroci tra Francia, Italia e Germania 54
   - 3.2. Ripensare l'accordo: tra diritto privato, diritto commerciale e pratiche delle imprese 56
   - 3.3. Prove di convivenza tra forza di legge e autonomia privata 57

pag.

4. «La società e la storia bussano alla porta del giurista». Osservazioni conclusive 59

IL CONTRATTO COME NORMA
E IL VALORE POLITICO DEL CONSENSO
Raffaele Di Raimo

1. Premessa 61
2. La «forza di legge» 63
3. La prima crisi del nudo consenso 65
4. *Segue*. Interesse della circolazione, emersione del quarto stato e di istanze di giustizia dei contratti 67
5. Conclusioni: dai contratti del diritto eurounitario al valore politico del consenso nelle transizioni 70

IL CONTRATTO È *PROCEDIMENTO*:
NEL CODICE CIVILE *E* NEL DIRITTO EUROPEO
Alberto Maria Benedetti 73

CONSENSO E VINCOLATIVITÀ
NELLA CONTRATTAZIONE DELL'AGENTE *SOFTWARE*
Andrea Carrisi

1. Note introduttive. La contrattazione dell'agente *software* e il rilievo del consenso 79
2. Il diverso rilievo del consenso nel codice civile del 1942 e le conseguenze sulla contrattazione dell'agente *software* 82
3. Il differente contesto della disciplina consumeristica 86

IL SUPERAMENTO
E LA RINNOVATA CENTRALITÀ DEL CONSENSO
Tommaso Sica

1. Il consenso nel modello codicistico 89
2. La destrutturazione del consenso nelle dinamiche di mercato 91
3. La crescente rilevanza dell'oggettività del rapporto 95
4. Consenso e procedimento 98
5. Attualità e rilettura del concetto 100

pag.

POLIZZE ABBINATE A FINANZIAMENTI
ED EFFETTIVITÀ DEL CONSENSO DEL CONSUMATORE:
IL RUOLO DEL RECESSO
Blanca Saavedra Servida

1. Brevi cenni introduttivi al problema 103
2. La formazione del consenso del consumatore nella dimensione «standardizzata» del mercato 107
3. Il caso delle polizze assicurative abbinate ai finanziamenti 115
4. Il recesso come strumento di tutela della libertà di autodeterminazione del consumatore 118

ACCESSO AL FONDO E CONSENSO DEL PROPRIETARIO:
APPUNTI SULL'ART. 843 C.C.
Edoardo Pesce

1. La tentazione dell'autotutela 121
2. Autotutele proprietarie? Caccia, pesca e altri accessi al fondo altrui 122
3. «Non può impedire» *vs*. «deve permettere»: distinguendo poteri, doveri, responsabilità 127

Considerazioni conclusive di Fabio Addis 135

SESSIONE II
DIRITTO PUBBLICO

IL CONSENSO NELLA DIMENSIONE STORICO-PUBBLICISTICA.
CENNI INTRODUTTIVI
Adriana Apostoli 149

LA DUPLICE FONTE DELL'OBBLIGAZIONE POLITICA
IN ETÀ IMPERIALE. IL CONSENSO TRA *IUSSUM POPULI*
E GIURAMENTO DI FEDELTÀ
Valerio Marotta

1. Tra sociologia e diritto 153
2. La rivoluzione giuridicamente permanente 159
3. Principato e posizione imperatoria 160

pag.

4. Il principato come magistratura 162
5. *Coniuriatio*, *vota* e ideologia patronale 164

IL (RAGIONEVOLE) TIMORE DEL CONSENSO.
LEGITTIMAZIONE, RAPPRESENTANZA
E PARTECIPAZIONE NELLA MODERNITÀ GIURIDICA
Massimiliano Gregorio

1. Il consenso, un concetto moderno 175
2. Il secolo XIX e il *Rechtsstaat* 181
3. La crisi di fine secolo e il primo Novecento 185
4. La strozzatura nazionalista e i totalitarismi che ispirò 191
5. Costruire la democrazia: il ruolo maieutico dei partiti politici nella progettazione della nuova Italia repubblicana 195

CONSENSO E CONFLITTO.
DINAMICHE DELLA COSTITUZIONE E DELL'ORDINE
Michele Della Morte

1. Premessa 201
2. Il popolo costituzionale 202
3. Sul consenso nella rappresentanza 205
4. La crisi della rappresentanza come rapporto (e, dunque, la crisi del consenso) 208

CONSENSO E RAPPRESENTANZA DI FRONTE
ALLE NUOVE FRONTIERE DEI PROCESSI DECISIONALI
Ida Angela Nicotra

1. Qualche considerazione introduttiva 213
2. La crisi della legge statale e il ruolo del bicameralismo nel sistema costituzionale italiano 213
3. Prospettive di riforma del bicameralismo paritario 215
4. La qualità della legislazione tra ragionevolezza, eguaglianza e fiducia nelle Istituzioni 216
5. L'impatto della comunicazione sui processi decisionali 218
6. I diritti delle generazioni future 219
7. La pluralizzazione degli attori del processo legislativo 221
8. La chiarezza del testo di legge tra competenza tecnica e partecipazione degli *stakeholders* 222
9. L'impiego dell'intelligenza artificiale e il principio di umanità 224

pag.

LA PERICOLOSA INVERSIONE
DEL CIRCUITO COSTITUZIONALE DEL CONSENSO
Marco Podetta

1. La struttura e il funzionamento del circuito costituzionale del consenso 225
2. Le regole costituzionali a presidio del consenso 226
   2.1. Il consenso popolare immediato per la rappresentanza 226
   2.2. Il consenso popolare mediato dalla rappresentanza 227
   2.3. Il dissenso popolare immediato alla rappresentanza 230
3. Lo snaturamento dei "momenti" del consenso 233
4. La valorizzazione dei limiti al consenso 237

IL CONSENSO COME CATEGORIA IMMANENTE
E PERMANENTE DEL COSTITUZIONALISMO
Marco Ladu

1. Perché quello del consenso è un tema costituzionale 239
2. Consenso, legittimazione politica e precettività della Costituzione: dal potere costituente ai limiti del potere costituito 241
3. La ciclicità del consenso e le sue fasi nella forma di governo parlamentare italiana 243
4. Tentativi di ridefinizione del rapporto tra consenso e forma di governo: istanze di stabilità e tensioni del parlamentarismo 249
5. Custodire il consenso, non cristallizzarlo: rigidità costituzionale e limiti al potere delle maggioranze *pro tempore* 253

Considerazioni conclusive di Antonio D'Andrea 257

SESSIONE II

DIRITTO PUBBLICO

IL CONSENSO NELLA DIMENSIONE STORICO-PUBBLICISTICA. CENNI INTRODUTTIVI

Adriana Apostoli

Il titolo di questo seminario, "*La funzione precettiva del consenso*", sollecita una riflessione su un profilo di particolare rilevanza per il diritto costituzionale. Il consenso, infatti, non si esaurisce nella dimensione giuridico-formale quale modalità di espressione della volontà popolare – come avviene, paradigmaticamente, attraverso le consultazioni elettorali o referendarie – ma assume altresì una valenza sostanziale, in quanto contribuisce in modo decisivo a plasmare la percezione collettiva della legittimità delle istituzioni e delle decisioni politiche, incidendo così sulla qualità stessa dell'esperienza democratica.

Si tratta di un dilemma antico, che attraversa la storia delle organizzazioni statuali, quello relativo al difficile equilibrio tra rappresentanza politica e legittimità delle decisioni pubbliche. Esigenze che, lungi dal configurarsi come elementi tra loro alternativi, costituiscono dimensioni inscindibili per il corretto funzionamento dell'ordinamento democratico.

Diviene allora necessario interrogarsi sui tratti essenziali dell'esperienza democratica entro cui il consenso opera e acquista significato.

Nel dibattito contemporaneo, il concetto di democrazia è generalmente ricondotto a un nucleo minimo di caratteri essenziali che ne definiscono il comune denominatore: accanto alla tutela dei diritti umani, vi rientrano le libere elezioni, il regime rappresentativo, la competizione fra i partiti, la possibilità del cambiamento pacifico delle forze di governo e il suffragio universale. Quest'ultimo rappresenta un punto di sintesi particolarmente significativo tra il principio di eguaglianza – che rende eguali nel godimento dei diritti politici – e il principio personalista, inteso come diritto di ciascuno a concorrere alla determinazione dell'indirizzo politico.

Ciononostante, è da tempo assai articolato il dibattito attorno al tema della crisi del sistema rappresentativo, aggravata – anche – dall'adozione di sistemi elettorali caratterizzati da effetti "distorsivi", tali da comprimere l'effettiva incidenza della volontà popolare e capaci di alimentare la percezione di una progressiva espropriazione della sovranità. Tutto ciò determina un circolo vizioso, poiché alla riduzione dello spazio reale della rappresentanza si accompagna, nel corpo elettorale, una crescente sfiducia nei

confronti delle istituzioni, che trova una manifestazione particolarmente eloquente nel fenomeno dell'astensionismo elettorale.

Quest'ultimo non può essere interpretato esclusivamente come espressione di una contingente disaffezione verso questa o quella classe politica, ma è il sintomo di una crisi più profonda, che investe la percezione stessa della legittimità delle istituzioni rappresentative e delle decisioni da esse assunte.

La crisi, peraltro, non si esaurisce entro i confini dell'ordinamento statale, ma si manifesta con particolare evidenza anche nei processi decisionali che si collocano oltre il livello nazionale. In questa prospettiva è peraltro necessario tenere come sfondo delle riflessioni anche il tema delle decisioni assunte a livello sovranazionale le quali, sottraendosi in larga misura al controllo diretto della volontà politica degli elettori, concorrono ad accentuare la distanza percepita tra governati e governanti, incidendo negativamente sui meccanismi di formazione (e consolidamento) del consenso.

La riflessione intorno al tema della funzione precettiva del consenso s'intreccia dunque con quello relativo ai sistemi elettorali e con il più ampio dibattito sulla (crisi) della rappresentanza, costituendo uno snodo teorico e istituzionale di particolare rilievo. Esso impone, infatti, di interrogarsi sul significato attuale del consenso popolare e sulle modalità attraverso cui si forma, si deforma o, in alcuni casi, si dissolve. Non si tratta di una riflessione astratta o proiettata in un futuro indefinito, bensì di una questione immediata, che riguarda le forme concrete che la democrazia ha già assunto sotto la pressione di molteplici fattori, tra i quali assumono particolare rilievo il mutamento dei sistemi di comunicazione politica e la crescente spinta verso modelli decisionali improntati alla semplificazione.

La questione di fondo è, allora, se le trasformazioni in atto consentano alla democrazia di continuare a svilupparsi in coerenza con i principi del costituzionalismo democratico – e, in particolare, quelli che postulano la limitazione, la distribuzione e il controllo del potere – oppure se esse stiano progressivamente erodendo le basi dello Stato democratico di diritto, sino a metterne in discussione i tratti identitari fondamentali.

È noto che il tratto distintivo del costituzionalismo si rinviene nell'assunto che l'esercizio del potere debba essere sottoposto a regole, e che la funzione normativa non possa coincidere con quella di applicazione delle norme. Eppure, da qualche tempo si denuncia la tendenza verso una pericolosa ibridazione dei ruoli, nella quale l'organo di governo assume un ruolo preponderante anche nella produzione normativa – attraverso il ricorso a strumenti quali la decretazione d'urgenza, il ricorso sistematico alla questione di fiducia, l'uso di maxiemendamenti – con il conseguente svuotamento della funzione delle Assemblee rappresentative e la compressione della funzione delle minoranze parlamentari.

In questo scenario, il consenso politico – che dovrebbe essere il frutto di un confronto reale, di una mediazione tra interessi diversi, declinazione

contemporanea di quello storico e sublime consenso, meglio noto come *compromesso*, che si raggiunse in sede di Assemblea costituente – rischia di ridursi a una mera formalità procedurale, evocata più nella manualistica che nella prassi istituzionale. La dinamica ascensionale della volontà popolare verso le sedi della rappresentanza appare infatti ostacolata, con l'effetto di trascinare con sé la percezione stessa della legittimità democratica.

Questo processo si comprende appieno solo se viene collocato nel più ampio mutamento del paradigma democratico che, a partire da alcuni decenni, ha visto il progressivo affermarsi di una certa idea di democrazia, variamente definita come "immediata", "governante", "decidente", secondo la quale l'"elezione del governo" tenderebbe a esaurire l'intera esperienza democratica. In questa prospettiva, il momento elettorale si configura come un atto di pura delega, mediante il quale il corpo elettorale conferisce potere a un vertice chiamato a governare in nome dell'efficienza, liberandosi delle asserite rigidità della mediazione e della rappresentanza. Ne risulta, in realtà, una democrazia semplificata, che sostituisce la partecipazione diffusa con una selezione di tipo oligarchico, che privilegia la rapidità decisionale rispetto alla riflessione collettiva e antepone la concentrazione dell'autorità alla complessità dei processi democratici.

In questo scenario emerge con particolare evidenza la funzione precettiva del consenso. Esso non può essere ridotto al mero atto giuridico in cui si formalizza la manifestazione di volontà, ma va inteso come una costruzione sociale e istituzionale, un processo complesso e stratificato, che si sviluppa nel tempo e concorre a plasmare la percezione di legittimità del potere. Nel nostro ordinamento, questa dinamica si intreccia con il principio della Repubblica democratica, imponendo una verifica costante della qualità della rappresentanza e dell'effettività dei circuiti di responsabilità politica. Il consenso *percepito*, infatti, non si esaurisce nel momento elettorale, ma vive (e si consuma) nella quotidiana relazione tra cittadini e istituzioni, nella capacità del sistema rappresentativo di dare espressione e forma alla pluralità sociale.

Così, assume rilievo anche il modo in cui l'ordinamento disciplina l'equilibrio tra i poteri dello Stato. Non è infatti casuale che la nostra Carta costituzionale ammetta meccanismi di rafforzamento dell'Esecutivo solo nella misura in cui essi non entrano in conflitto con il principio democratico che – merita di essere ricordato – non si esaurisce in una regola formale, poiché costituisce il filtro attraverso il quale i cittadini valutano se l'esercizio del potere sia legittimo o arbitrario. La percezione della legittimità rappresenta, infatti, il presupposto politico e culturale senza il quale nessuna democrazia può consolidarsi e durare nel tempo.

Le riflessioni in tema di consenso suggeriscono dunque di andare oltre una lettura meramente formale o quantitativa – come peraltro dimostra l'interdisciplinarietà dell'approfondimento odierno. La posta in gioco è, infatti, la sua funzione *precettiva*, vale a dire il modo in cui i cittadini esprimono il

consenso e percepiscono il significato (o, se si preferisce, il peso) della partecipazione politica e il valore delle istituzioni chiamate a raccoglierne e darne la voce.

Qualora le regole costituzionali risultino piegate alle esigenze dell'efficienza immediata, e la rappresentanza politica si svuoti di significato sostanziale per ridursi a una mera ratifica di decisioni assunte altrove – *intra* ed *extra moenia* –, il consenso tende a trasformarsi da spazio di mediazione e conflitto democratico in un esercizio puramente confermativo, spesso privo di un effettivo riconoscimento politico-democratico.

In questa distorsione, la percezione della legittimità istituzionale inevitabilmente si appanna, e il consenso diventa un riflesso opaco, incapace di generare appartenenza e fiducia che comporta l'ulteriore ampliamento della distanza tra elettori ed eletti: una frattura sempre più difficile da ricucire.

Riflettere oggi sulla funzione precettiva del consenso significa adottare una chiave di lettura imprescindibile per misurare la vitalità della democrazia rappresentativa e, più in profondità, per interrogarsi sulle condizioni di possibilità di un futuro costituzionale condiviso. Laddove venga meno la percezione delle istituzioni come espressione della sovranità popolare, non è soltanto la qualità della democrazia a risultarne indebolita, ma la stessa tenuta del suo fondamento.