

FATTISPECIE E ALTRE FIGURE DI CERTEZZA*

Di Giuseppe Benedetti

| 67

SOMMARIO: 1. *L'eclissi della fattispecie.* - 2. *Il piano politico. Oggettività della previsione legislativa e soggettività del giudice. Il tempo della conservazione e il tempo dell'innovazione.* - 3. *La crisi e l'esigenza di tutela della persona: i rimedi.* - 4. *Abbandono della fattispecie e riferimento a diritti, principi, valori.* - 5. *Tipologia dei principi e loro configurazione.* - 6. *La motivazione come elemento costitutivo del comando.* - 7. *La vocazione ermeneutica del diritto.* - 8. *La retorica scienza delle buone ragioni* - 9. *La topica. I valori.* - 10. *Conclusioni.*

1. L'eclissi della fattispecie

Un tema, teorizzato specie da chi scrive nell'orizzonte del diritto europeo, sebbene non abbia il sapore della novità, ha ormai fatto irruzione sul tavolo di lavoro dei civilisti: il tramonto della logica della fattispecie, sorpassata da quella del rimedio.

In occasione di un recente convegno fiorentino ho formulato qualche riflessione dando avvio di risposta a tre domande.

- a) Su quale piano si muove il problema della fattispecie ?
- b) Se si pone tra parentesi la categoria della fattispecie, col suo contenuto previsionale e precettivo, come si riempie lo spazio lasciato vuoto ?
- c) A quali saperi altri può attingere il civilista?

2. Il piano politico. Oggettività della previsione legislativa e soggettività del giudice. Il tempo della conservazione e il tempo dell'innovazione.

La prima domanda pone un problema preliminare: la determinazione del piano su cui si muove il discorso sulla fattispecie.

Il profilo è duplice: a) l'esame della convenienza, che è problema essenzialmente politico; b) quello del congegno legislativo, di ordine strutturale, e della ricostruzione concettuale, di ordine teorico.

La questione della fattispecie come problema politico si può riassumere così. L'applicazione della norma trova la sua tecnica, lineare e sicura, nello strumento logico della sussunzione apodittica, che suppone la fattispecie astratta dove il caso concreto viene sussunto. In difetto della previsione specifica, quale procedimento dovrà seguire l'interprete, rimanendo interprete, nell'individuare la disciplina più adeguata al caso di specie ?

* Articolo in corso di pubblicazione sulla Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile



Tutto ciò che si toglie alla previsione, propria della fattispecie, si deve concedere al (o, se volete, si carica sul) giudice. Ma questi è in grado di assolvere il compito? Quali sono i pericoli?

È bene avvertire che non è questione germogliata ora sul terreno della prospettiva rimediale. È problema antico.

Qualche rapido richiamo, che rifiutando sapore erudito, potrà aiutare a dimensionare il discorso.

Già Aristotele (*Retorica*), in poche battute, pone il problema proprio sul piano politico. Solo la citazione di brevi passi: "... conviene che le leggi stabilite correttamente, per quanto possibile, si pronuncino di per sé stesse riguardo a tutti i casi e lascino il meno possibile ai giudici". Motiva con due ordini di ragioni, di tipo soggettivo: "In primo luogo perché individuare uno o pochi uomini assennati e capaci di legiferare è più facile che trovare molti"; in secondo luogo, "le legislazioni derivano da individui che hanno a lungo riflettuto, mentre i verdetti sono emanati nell'immediato". E chiude ponendo seri dubbi, anzi escludendo, che il giudice possa essere neutrale.

Non si pensi che queste idee rimangano aggrappate al filosofo del IV secolo, seppure di grande autorità e nel contesto ateniese di legislatori famosi: in realtà la questione, con diverse intonazioni, arriva fino ai nostri giorni.

Un aureo libretto, fresco di stampa, d'un illustre collega, riprende il discorso, reificandolo, per così dire. E infatti lo svolge con riferimento a un principio oggettivo, ineludibile e irrinunciabile: la "certezza del diritto".

Afferma che "diritto e certezza sono inscindibili". Alle insidie dei valori "il saggio legislatore oppone regole lineari e perentorie, capaci di imprimere sicurezza alle relazioni umane".

I *bona* sul piano politico sono: "stabilità di rapporti, solidità dei traffici, inattaccabilità degli effetti negoziali".

E conclude confermando l'ammonimento ciceroniano: "*Legum omnes servi sumus, ut liberi esse possumus*".

Attraversando con notevole spregiudicatezza i secoli, e passando per l'Età dei Lumi, in cui l'ideale di libertà e uguaglianza di tutti gli uomini di fronte alla legge si esprime nell'esaltazione della sua maestà, si giunge all'oggi in cui perdura un certo giuspositivismo, più o meno denunziato, che ancora esalta l'antica massima *dura lex sed lex*.

I tempi sono mutati, l'assolutismo della legge è stato battuto dal pensiero novecentesco. La svolta è radicale.

Questi richiami intendono solo confermare che il problema della fattispecie è innanzitutto questione politica: la sua soluzione dunque si coglie sul piano

della storia. Sono i tempi, più che i sistemi giuridici - come dice René David - che assegnano al giurista di ogni latitudine e di ogni sistema direttive diverse: c'è il tempo della conservazione, c'è il tempo della innovazione. E in questa noi ci stiamo dentro. Ciò non significa negare il rilievo del problema del linguaggio tecnico (convenzionale) che il giurista è tenuto ad adeguare all'internazionalità del discorso. Diversità di linguaggio che vuol dire diversità di impianto epistemologico.

Così la fantasia mossa dalla sensibilità etica del giudice, in generale del giurista, è provocata ad assumere un preciso orientamento politico che meglio si addice all'oggetto, presupposto - metateoretico direbbe Betti - per un approccio adeguato al problema che si tratta di risolvere. Per esempio col diritto europeo.

3. La crisi e l'esigenza di tutela della persona: i rimedi.

Qui dovrei fermarmi ad analizzare le ragioni della crisi. La ricca letteratura sul punto mi consiglia solo qualche cenno.

Sincopando il discorso si può dire che dopo l'annuncio della Morte di Dio, la Scuola del Sospetto, le decostruzioni postmoderne, il fallibilismo popperiano, per cui l'errore è entrato a far parte della struttura della conoscenza, rendono difficile parlare di certezze assolute: il sapere si è aperto a configurare un'oggettività critica, che, come vedremo, non nega l'esigenza epistemologica.

Per quanto ha tratto al diritto, nel rispondere alla domanda che sale dalla coscienza sociale, l'astuzia della ragione può volgersi a cercare tutele della persona, riconoscendone la centralità, senza indugi e mascheramenti, in un orizzonte situazionale.

Anche in questa prospettiva è dato perseguire un disegno che tende a un'oggettività di rigore epistemologico. Essenziale e ineludibile per il giurista-interprete.

Sale la domanda della tutela delle situazioni giuridiche soggettive, in qualche modo violate, e delle aspettative deluse, che attendono d'essere soddisfatte con prontezza ed effettività: l'attenzione si concentra sui rimedi, da rinvenire in modo agile e concreto nella totalità complessa transnazionale, che divengono perciò la risposta immancabile dell'ordine giuridico a quella domanda. Risposta della quale è fertile artefice l'interprete.

In questo quadro i riferimenti sono i diritti, principi, valori, custoditi nello scrigno del sistema nel suo essere diritto.

Il tramonto della fattispecie indurrebbe oblio del tempo?



La risposta negativa salta immediatamente all'occhio del giurista, abituato com'è a giocare con il tempo nelle sue scansioni di passato, presente e futuro. Giurista, quotidianamente piegato nell'elaborare le previsioni normative, che rispetto al loro accadere sono già passato, il quale però, per essere inteso e applicato, va immerso nel presente (secondo l'interpretazione storica in funzione evolutiva); comprensione che è ineludibilmente condizionata da un'anticipazione di senso, la precomprensione, colorata dalla tradizione, dalla quale la comprensione prende avvio.

Ma di più, nell'orizzonte dell'idea che predica la contemporaneità del giurista il tempo, dalla dimensione cronologica, dilaga in una connotazione ontologica. Il tempo avvolge la persona e perciò la cultura del diritto, che di quella disciplina i comportamenti.

4. Abbandono della fattispecie e riferimento a diritti, principi, valori.

Siamo così trascorsi alla seconda domanda.

L'indagine strutturale, dopo quella politica, suppone a mio avviso il problema delle fonti, che nell'era della complessità aperta si sono moltiplicate di numero e diversificate per origine e peso, e perciò pongono anche il problema, delicato e controverso, della loro gerarchia. Non va dimenticato il ruolo che nel processo di attuazione della regola, ripercorrendo antichi modelli, è stato assegnato alla dottrina.

Sulle situazioni giuridiche soggettive nella logica rimediabile la letteratura giuridica è ricca. Il tema è di grande importanza e complessità. È l'era dei diritti (come dice Vettori). Ma proprio quella ricchezza m'induce a fermarmi sull'altro punto, i principi, il cui solo nome provoca già disorientamento circa il senso da attribuire.

Che cos'è il principio? Non è facile uscire dal variegato labirinto semantico che il sapere d'ogni genere ha finito con l'offrire. Perciò ritengo più utile radicare il nostro breve discorso sull'uso consolidato del linguaggio tecnico-giuridico. È opinione diffusa che i principi non siano norme. Il problema converge tutto sulla formulazione dei principi e sul loro contenuto. Se la norma viene di solito ricondotta a un enunciato condizionale, con una protasi, che prevede la figura del fatto condizionante, e l'apodosi, che stabilisce un trattamento giuridico (se A, allora B), i principi non sembrano riconducibili a tale struttura. E tuttavia essi assumono un diverso grado di generalità: hanno una portata altamente generale, ad esempio il principio di parità nel diritto, più delimitata ad un settore dell'ordinamento, il

principio della buona fede e di tutela dell'affidamento nell'area contrattuale.

C'è di più. Si è distinta, seguendo la stessa lettera della legge, una triplice terminologia: i principi fondamentali, i principi generali e i principi senza aggettivo.

Ma qui interessa concentrare il discorso sui principi formulati dal giudice. A tale proposito mi pare illuminante il richiamo alla disciplina contenuta nel Codice di procedura civile. La Corte di Cassazione, secondo l'art. 384, comma 2, quando accoglie il ricorso, cassa la sentenza rinviando la causa ad altro giudice, il quale deve attenersi al principio di diritto stabilito dalla Corte. Il comma 1 dello stesso articolo aveva già previsto in termini generali: "La Corte enuncia il principio di diritto... quando decide a norma dell'articolo 630, primo comma, n. 3".

In altra direzione, la stessa normativa, a proposito della inammissibilità del ricorso, richiama i principi del giusto processo (art. 360 bis), rinviando all'ordine costituzionale (art. 111 Cost.).

5. Tipologia dei principi e loro configurazione.

L'art. 384 c.p.c. rinvia al principio di diritto stabilito dalla Corte di Cassazione, ma qui si apre un problema: come si conforma il principio, quando questo deve essere opera del giudice? Il giudice lo configura, ma anch'esso non è tenuto a tematizzarne il concetto, il metodo e la struttura. Che è compito della dottrina.

La configurazione del principio può muovere da fonti diverse, e avere gradi di astrazione diversi; richiede un procedimento astrattivo che può servirsi della logica deduttiva e di quella induttiva.

In questa prospettiva potremmo definire il principio come l'esito di una sorta di astrazione tipologica della *ratio decidendi*; in altri termini, la massima della decisione astratta e tipizzata.

Ma ora tocca aprire il discorso ad una veduta più generale, e perciò facciamo ricorso alla filosofia. L'indicazione più vicina al nostro discorso è quella che definisce il principio come "proposizione generale, anche desunta per induzione dall'esperienza, che possa servire da premessa maggiore in un sillogismo". Per chiarezza, e non per argomento di autorità, devo dire che la definizione è presa di peso da Kant (*Critica alla Ragion Pura*).

Tale definizione del principio lo porta così nell'area della conoscenza. E cioè nel terreno gnosologico ed epistemologico. Siamo sboccati nel tema ineludibile dell'interpretazione, dimora del giurista, che, come vedremo subito, consente di



fluidificare gli irrigidimenti concettuali rivitalizzando l'esperienza fenomenologica fondamentale.

6. La motivazione come elemento costitutivo del comando.

70 Dall'analitica esistenziale aristotelica sulla fragilità del giudice il discorso deve trascorrere all'obiettiva validità dell'argomentazione, sulla quale si fonda la decisione del giudice. Che ha da essere ragionevole e convincente nell'orizzonte di verità e giustizia. Il discorso deve spostarsi dal soggetto all'oggetto. E in specie, alla motivazione come centro del decidere: essa deve essere giusta, e cioè strutturata in precisi e rigorosi statuti epistemologici, spesso dettati dalla legge stessa.

Il discorso si apre così sull'ermeneutica, sapere antico, da sempre frequentato dal giurista, tant'è che le più moderne e autorevoli teorie, come quella di Gadamer, assumono a mo' di archetipo l'*hermeneutica iuris*; e qui è necessario dare consistenza al discorso che pone in rilievo come il diritto sia categoria originaria, non derivata, con una sua precisa struttura che sorpassa le diverse culture.

Proprio perciò credo che tutto l'impianto della logica rimediale trovi il suo ineludibile strumento nell'ermeneutica come scienza. Il vuoto della fattispecie va coperto dall'interpretazione, caratterizzata da rigore argomentativo e trasparenza.

La connessione intrinseca tra dispositivo e motivazione, dominata dal nesso di consequenzialità, esalta il valore della motivazione. Ciò è confermato dalla norma che comanda al giudice, "quando il dispositivo sia conforme al diritto, ma la motivazione è errata, di correggerla" (art. 384, comma 4, c.p.c.). La motivazione non è mai orpello, ha da essere argomentata in modo giusto, anche nell'ipotesi in cui il dispositivo sia conforme al diritto, che a una mentalità fattista potrebbe apparire un lusso inutile.

Il rigore argomentativo e il nesso di consequenzialità, in ordine alla decisione, sul terreno del diritto positivo assumono così valore scientifico. Di più, la motivazione diviene momento costitutivo del comando, ne è fondamento e ragione.

La fragilità del giudice entra nell'ombra: il fascino di luce si concentra tutto sull'argomentazione.

7. La vocazione ermeneutica del diritto.

Le conclusioni cui siamo giunti possono sintetizzarsi in una formula: la vocazione ermeneutica del diritto.

Qui non è dato aprire un discorso generale sull'ermeneutica, che ci porterebbe troppo lontano. Ma per intendere quel che ho detto, e quello che sto

per dire, è necessario avere in chiaro due punti: 1) il pensiero più moderno si è orientato a negare la contrapposizione - escludente - tra ontologia ed epistemologia ermeneutica, quasi l'una dovesse escludere l'altra: l'ontologia della comprensione si coniuga con l'epistemologia dell'interpretazione perché deve risolvere l'antinomia dialettica dell'essere col dover essere (della norma). Essa sintetizza il non ancora reale col già necessario deontologico.

2) L'orientamento etico dell'interpretazione la conduce alla filosofia della pratica: non è un caso che Gadamer, campione dell'ontologia, concluda il suo discorso ermeneutico con l'esaltazione della *phronesis*, che traduco come saggezza prudente. È il tentativo di recuperare l'etica al dominio della ragione.

L'essere alcuni canoni ermeneutici posti, o se si vuole, imposti dalla legge, non contraddice ma conferma quanto abbiamo detto. I canoni ermeneutici legali non escludono, anzi si armonizzano con la logica naturale.

8. La retorica scienza delle buone ragioni

Il mio discorso ha detto assieme di interpretazione e di argomentazione. È tempo di dare spazio all'argomentazione come scienza autonoma e come *techné* discorsiva. Siamo così alla terza domanda.

La retorica, caduta in discredito già nelle pagine di Platone ed Aristotele - il quale però con una svolta decisiva del suo pensiero dedicò alla retorica un trattato che ancora rimane punto di riferimento esemplare - dopo aver attraversato nel tempo momenti di fortuna e di sfavore, ha avuto nel secolo appena trascorso una notevole ripresa di studi, tra i quali spicca - oltre ad Alexy - il Trattato dell'argomentazione di Perelman e Olbrechts-Tyteca, che ha dato fondamento, come dice il sottotitolo, alla *nuova retorica*. E non è un caso che questo coincida e si innesti nel massimo fulgore del pensiero ermeneutico. Il quale rimane, comunque, la dimora del civilista.

Accantonata l'ambizione di tematizzare il discorso sull'argomentazione, mi pare però necessario ricordare quanto Bobbio dice nella Prefazione dell'opera appena richiamata: "La teoria dell'argomentazione è lo studio metodico delle buone ragioni, in cui gli uomini parlano e discutono di scelte che implicano il riferimento a valori, quando hanno rinunciato ad imporle con la violenza o a strapparle con la coazione psicologica, cioè alla sopraffazione o all'indottrinamento".

I giuristi, risvegliati dal sonno dogmatico, nell'età della Crisi, cercano l'*arché*, i principi primi: così tendono a fare giustizia.



La nuova retorica è la scienza delle buone ragioni. Essa si caratterizza come tensione al consenso del destinatario del discorso, il suo *telos* è di persuadere. La notazione è importante quando è riferita al discorso che deve tenere il giudice. Diversamente, almeno in parte, da quanto insegna la filosofia, e di grande autorità, da Platone fino a Perelman, credo che nel linguaggio tecnico-giuridico i termini di *persuasione* e *convincione* debbano intendersi e rapportarsi come sto per dire. Il giudice può convincersi delle ragioni di una sola parte ovvero di ambedue; pesandole con la sua bilancia delibera nel senso conclusivo. Il convincimento però deve calare nella motivazione della decisione, che è del giudice, anche se attinge alle argomentazioni delle parti, perché il giudice è terzo, servitore della terzietà del diritto. In questa prospettiva si può parlare di oggettività. E perciò la motivazione deve essere, nonché costitutivamente necessaria, trasparente: essa deve lasciarsi controllare e modificare.

Oggettività che non è calcolo matematico. Il sillogismo di cui si serve la retorica è un sillogismo critico, fondato sul ragionevole, non a caso qualificato come sillogismo retorico.

Perciò il ruolo del sillogismo nell'argomentazione giuridica non può esser messo in disparte: riposto in soffitta è il sillogismo apodittico, che abbiamo appreso sui banchi di scuola; bisogna andare oltre, volgersi ad altra figura, come il sillogismo critico, già teorizzato da Aristotele e definito come *entimema*.

La sillogistica attraversa il tempo giungendo ai nostri giorni.

9. La topica. I valori.

Ma si può dire di più. Il giurista che abbandona la logica della fattispecie deve aprirsi all'ermeneutica, alla retorica, ma anche alla *topica*, ritornata in auge dopo il libro di Vieweg, che nell'ambiente dei giuristi ha suscitato una certa risonanza, *Topica e giurisprudenza*.

Non è un caso che su questi temi si addensi l'attenzione dei giovani studiosi. Nell'ultimo numero di una rivista dedicata essenzialmente al diritto europeo compare un ricco saggio dedicato proprio al *topos* della ragionevolezza, fondamentale nel sistema di *common law* ma oggi decisamente utilizzato anche dai nostri giudici.

Il luogo (*topos*) della ragionevolezza conferisce rilievo alle circostanze concrete nelle quali la ragione opera, o di fronte alle quali giudica. Esso esclude l'infalibilità: assunta tale consapevolezza critica, rinuncia a un atteggiamento di assolutismo e si piega a una valutazione concreta, prudente, saggia, non

contraria alla ragione critica, anzi da essa agilmente suggerita in un preciso orizzonte situazionale.

Vorrei ribadire che la retorica viene caratterizzata dalla sua tensione al convincimento dell'ascoltatore. Questo punto mi pare importante perché il consenso costituisce oggi un valore fondamentale sul piano etico e politico delle istituzioni democratiche. Al consenso fa richiamo il politico nel motivare le proprie scelte, e nell'operare le scelte proprio in funzione di esso. Ma il consenso ha assunto anche un significato sul piano della teoria generale del diritto: basti pensare alla teorizzazione del diritto vivente secondo la quale il fatto, accompagnato dal consenso, fa diritto, affermata anche da parte di chi è rimasto fedele al metodo positivo.

L'approdo del discorso ai valori non deve porre in ansia il giurista, sotto la minaccia della tirannia dei valori, perché il rinvio è già nella legge. Più che teorizzarlo voglio fare un esempio che dia immediatamente il segno di questo itinerario, richiamando un testo assai significativo, che ne suggerisce il percorso: fatto, diritto, valore.

L'esempio che intendo addurre si trova nella disciplina generale del contratto dettata dal nostro codice civile. L'art. 1321 da' la definizione di contratto: il punto di rilevanza ermeneutica è la parola *accordo*, il fatto giuridico che ne costituisce l'essenza. L'art. 1322, che ha come rubrica *autonomia privata*, dispone: "le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti posti dalla legge". Qui i punti di rilevanza ermeneutica sono due: *possono* e *liberamente*. Il *possono* esprime un potere, che la legge riconosce al privato, di dettare regola vincolante ai propri interessi. Il potere che si esprime come autonomia privata si può definire prestruttura del contratto, che ne costituisce l'esplicazione. La formula della rubrica enuncia un principio. Questo punto di vista teorico consente, come dimostra in modo altissimo il negozio di Betti, di ricostruire momenti essenziali della sua *Teoria*: la critica al dogma della volontà, il potere di autoregolamento, la causa come funzione e così via.

E infine l'avverbio *liberamente* che richiama la libertà come valore fondante, criterio e misura dell'attività del privato che opera in regime di autonomia.

Mi sembra un bell'esempio di dettato legislativo, scritto da chi le leggi le sapeva scrivere, un rinvio significativo di momenti diversi ma connessi, fatto, potere, principio, valore. La dottrina non deve avere timore di seguire questi itinerari, tracciati già dalla stessa legge.



10. Conclusioni.

72 Vorrei concludere con poche proposizioni. Il concetto di fattispecie non va eliminato dal discorso del civilista, e perciò da quello del giudice. La prospettiva rimediale non scaccia la logica su cui si fonda la fattispecie. In questa direzione, forse, va letto un recente scritto su *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto* (in questa Rivista, 2013).

La fattispecie - come ne stiamo discutendo - non indica un contenuto ma una struttura, uno schema logico, e si riduce a un concetto, se si vuole una categoria. Che, in quanto tale, sta.

I concetti si usano se servono e quando servono. L'opportunità metodologica enunciato da Einstein è stato, dalla filosofia, teorizzato.

Se si mette tra parentesi la fattispecie, il discorso del giurista si fonda su un'argomentazione attendibile, e più, convincente.

Le strutture logiche del discorso convincente sono appunto analizzate e teorizzate dalla nuova retorica, che così assume un rilievo integrativo dell'ermeneutica.

Perciò vorrei chiudere auspicando nelle facoltà giuridiche corsi di retorica. Non sembri una novità sconcertante. Anche se caduta in discredito, come ho già accennato, si deve ricordare che la retorica si è insegnata in tutti i tempi, e autorevolmente insegnata. Basti richiamare un nome illustre, vanto del pensiero italiano, Giambattista Vico, che ha trascorso il suo magistero sulla cattedra universitaria di retorica. Per la verità, ha coltivato l'ambizione, mai realizzata, di essere chiamato al diritto civile. Come ricorda la storia, la cattedra fu assegnata a un tal Domenico Gentile. Questi giochi non si incontrano solo nell'università di oggi. Tuttavia il fatto, considerato da lontano, può volgersi in positivo, e letto come eterogenesi dei fini: Giambattista Vico, piegato a un *menage* di vita più modesto, ha però scritto la Scienza Nuova.

