

## LA GIURISPRUDENZA COME FONTE DEL DIRITTO PRIVATO\*

Di Giuseppe Vettori

| 137

**SOMMARIO:** 1. Il problema - 2. Le posizioni della dottrina. - 3. Diritto privato e principio di divisione dei poteri. - 4. Ermeneutica e dogmatica nel diritto giurisprudenziale. Uno sguardo al presente. - 5. L'uso corretto dei principi. La giustizia come principio retorico. - 6. L'effettività come principio valutativo, integrativo e correttivo.

**ABSTRACT.** *Se la giurisprudenza sia fonte del diritto è una questione posta dal confronto con la contemporaneità. Il diritto applicato in base a regole e principi concorre sempre più con la funzione legislativa non fosse altro perché i diritti e le tutele devono essere ricercate, in via interpretativa, in un sistema plurale di fonti dove sono centrali la Costituzione e le Carte europee e sovranazionali. Il principio di effettività, previsto da precise disposizioni di legge (artt. 24 Cost., 13 CEDU, 47 Carta di Nizza), può contribuire significativamente in questa ricerca.*

*If the law is a source of law is a question raised by comparison with the contemporary. The law applied on the basis of rules and principles competes with the legislative function. Rights and remedies must be sought, through interpretation, in a plural system of sources, giving importance to Constitution and European Charters. The principle of effectiveness (art. 24 of the Constitution, 13 ECHR, 47 Nice Charter) can contribute significantly in this research.*



## 1. Il problema

| 138

Ricorda Heidegger<sup>1</sup> che “le domande non sono lampi di genio, non sono nemmeno problemi che si pescano nel sentito dire. Le domande sorgono dal confronto con le cose e le cose ci sono se ci sono occhi”. La domanda se la giurisprudenza sia fonte di diritto sorge da molte cose visibili. Alcune in particolare. La complessità e l’evoluzione delle fonti del diritto dei privati. Il ruolo centrale della giurisprudenza in un assetto istituzionale in trasformazione. Il compito della giurisprudenza e della dottrina nella conversione, oggi, del fatto in diritto<sup>2</sup>. Iniziamo dal primo aspetto.

Sul tema delle fonti si “incrociano e si confrontano” diverse discipline<sup>3</sup>, non fosse altro perché le norme del codice civile non hanno più, sul punto, carattere di generalità e non sono più espressive della realtà, mentre la carta costituzionale ha previsto da tempo, con l’art 11 cost. e poi con il nuovo art. 117 cost., nuovi fatti e istituzioni legittimati a creare diritto<sup>4</sup>. Ciò pone un problema di determinazione del concetto di fonte<sup>5</sup> e di delimitazione dell’ambito del diritto dei privati<sup>6</sup>. E’ necessario qualche riflessione su entrambi gli aspetti<sup>7</sup>.

\* Lo scritto riproduce in forma ampliata la relazione all’incontro organizzato il 30 settembre 2016 dal Prof. Carlo Granelli in onore del Prof. Andrea Belvedere.

<sup>1</sup> HEIDEGGER, *Ontologia ermeneutica dell’oggettività*, Napoli, 1992, p.13

<sup>2</sup> V. ora con un’ampia e profonda visione di sintesi, Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, in part. p.15ss., 131ss., 271ss.

<sup>3</sup> V. l’opera profonda e lucidissima di A. Belvedere, *Scritti giuridici*, I, Linguaggio e metodo giuridico, Padova, 2016.

<sup>4</sup> Sul punto, da ultimo SORRENTINO, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in (a cura di) Navarretta, *La Metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, p. 13; LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in questa rivista., 2015, p.1115; NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 644; RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, 2014, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>5</sup> In argomento si vedano LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p.20; SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 147; BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, *passim*; IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in questa rivista, 2001, p.697; TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in questa rivista, 2001, p.315.

<sup>6</sup> GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 30, individua così il diritto dei privati “organizzazione giuridica della vita quotidiana dei privati cittadini nella sua dimensione privata”.

<sup>7</sup> In proposito, utile l’analisi di TAFARO, *Antiche e nuove fonti del diritto civile attuale*, in *Estudios de Derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Bogotá, 2014, p.119.

La difficoltà di individuare con certezza i fatti che determinano la produzione di norme è al centro di una riflessione che attraversa tutto il novecento. Dalla visione normativista e procedurale di Kelsen<sup>8</sup> al decisionismo di Schmitt<sup>9</sup>, dalla centralità delle teoria ermeneutica con le diverse percezioni di Betti e Gadamer<sup>10</sup>, sino alla prevalenza di un positivismo forte<sup>11</sup>, e al dialogo contemporaneo sulla legalità costituzionale e i valori<sup>12</sup>. Questa traversata lascia intatta la necessità di riflettere su un concetto idoneo a fissare il rapporto tra un fatto e gli effetti giuridici che esso può produrre, in virtù di criteri dettati da un ordine giuridico in un certo momento storico. Ma proprio su questo punto le opinioni si contrappongono in modo evidentissimo<sup>13</sup>.

Ciò che è accaduto è emerso con chiarezza da una riflessione sui primi sessanta anni della Corte

<sup>8</sup> KELSEN, *La democrazia*, con introduzione di GAVAZZI, Bologna, 1991: “Un sistema non può dirsi integralmente e totalmente democratico ( o totalmente autocratico) ma piuttosto una combinazione. di elementi democratici e di elementi autocratici. Si può dire democratico un sistema che sia tale perlomeno a livello della produzione delle norme più generali e più astratte, in sostanza a livello di legislazione. Amministrazione e giurisdizione possono in teoria essere programmate democraticamente, ma più spesso sono organizzate autocraticamente. In tal senso per contenere e correggere la discrezionalità che è propria di ogni organo autocratico, si introduce nel sistema il principio di legalità” così GAVAZZI, cit. p.23-24.

<sup>9</sup> Per delle lucide analisi si vedano FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’800*, in ID., *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001, p. 605 ed *ivi*, *Costituzione e stato di diritto*, p.575, nonché IRTI, *Occasioni novecentesche*, Napoli, 2012, p.9 e ID., *Significato giuridico dell’effettività*, Napoli, 2009, p.19 (in part., p. 31).

<sup>10</sup> Sul punto e sul dibattito Betti-Gadamer, si veda BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell’interpretazione*, Torino, 2014, p.85 e 118.

<sup>11</sup> BOBBIO, *Il positivismo giuridico, Lezioni di filosofia del diritto* (raccolte da N.Mora), Torino, 1960, *passim*.

<sup>12</sup> Noti i riferimenti di questo dialogo: GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p.3; MENGONI, *Diritto e tecnica*, questa rivista, 2001, p.1 e la risposta di Irti in IRTI –SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, p. 103, nonché IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 38; ID. *Calcolabilità Weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014 p. 987; ID. *Un diritto incalcolabile*, in *ivi*, 2015, p.11; ID., *Un contratto “incalcolabile”*, in questa rivista, 2015, p.17.

<sup>13</sup> IRTI, *Nomos e Lex ( Stato di diritto come stato della legge)*, in *Riv.dir.civ.*, 2016, p.590; GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia moderna e postmoderna*, in *Giorn. storia cost.*, 2008, II, p. 13; TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in questa rivista, 2001, p.11; ID., *Idee per una teoria*, cit., p.315; FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2771; FIORAVANTI, *Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sull’attuazione della Costituzione repubblicana*, in (a cura di) Caretti – Grisolia, *Lo stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*, *Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, p. 34; ROSELLI, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p.23.



Costituzionale<sup>14</sup>. I segni della trasformazione sono scanditi da una serie di sentenze che attengono *a)* al governo del conflitto sociale, *b)* alla centralità dei diritti della persona *c)* ai diritti sociali e *d)* al rapporto fra i poteri del legislatore e della giurisdizione. Vediamoli da vicino.

a) Sin dalla prima sentenza del 14 giugno 1956 la Consulta ha chiarito la natura e l'ambito del proprio intervento di controllo a tutela delle libertà e i diritti contenuti nella carta che per sua natura deve prevalere sulla legge ordinaria. Sui *diritti politici* è storica la sentenza sulla illegittimità della punizione penale dello sciopero politico<sup>15</sup>. In essa si fa riferimento all'art.3 cost. e si riconosce la piena e legittima partecipazione dei lavoratori alle vicende complessive del paese anche tramite lo sciopero. A tale sentenza segue, negli anni successivi, il riconoscimento del ruolo dei sindacati, delle libere associazioni di cittadini e del volontariato. Altrettanto significativa è la prima sentenza del 2014 ove si riconosce l'esistenza di un diritto alla partecipazione democratica attraverso il voto e si dichiara la incostituzionalità delle legge elettorale che attribuisce un premio di maggioranza senza soglia minima, esclude le preferenze e discrimina gli elettori a seconda della Regione di appartenenza. Tutto ciò con un intervento manipolativo che limita, controlla e garantisce gli spazi del legislatore<sup>16</sup>.

b) Centralità in ogni pronuncia assumono i *diritti fondamentali* della persona "inserita nella realtà concreta delle relazioni sociali". Si demolisce la "vecchia tipologia dei diritti esclusivamente basati sulla legge" e gran parte della legislazione "autoritaria" degli anni 30 a fronte del riconoscimento delle nuove libertà sicurezza, riunione e manifestazione del pensiero. Con una trasformazione evidentissima rispetto allo Stato di diritto legislativo, resa evidente dalla dichiarata inviolabilità dei principi supremi non modificabili neppure con il procedimento di revisione costituzionale<sup>17</sup>. Vero nocciolo, questo, del nuovo ordine operato dalla costituzione rispetto alla

istituzione precedente ribadito in più storiche sentenze<sup>18</sup>. Dalla recentissima decisione che esclude l'immunità degli Stati sovrani per la violazione dei diritti fondamentali<sup>19</sup>, alla pronuncia sui limiti alla discrezionalità amministrativa<sup>20</sup>, alle sentenze in tema di fecondazione assistita dal 2009<sup>21</sup>, alla tutela prevista nell'art. 36, con il diritto di vivere una vita libera e dignitosa<sup>22</sup>, sino all'affermazione della prevalenza del nucleo insopprimibile di un diritto fondamentale sulle esigenze di bilancio<sup>23</sup>.

c) Sui *diritti sociali* l'intervento è davvero emblematico. Solo un esempio. Una legge recente, per ragioni di bilancio, aveva ridotto e limitato il numero degli insegnanti di sostegno. La Corte<sup>24</sup> accoglie la questione di costituzionalità e dispone che la legge "non deve cristallizzare interessi e bisogni fondamentali in schemi rigidi", ma deve tener conto "dell'irriducibile varietà degli ostacoli alla piena realizzazione di sé". Si dà rilievo così a interessi non compresi o sottovalutati nella trama della fattispecie legale, riconoscendo anche un ruolo del giudice e della Pubblica Amministrazione nella piena attuazione di tali situazioni.

Non mancano alcuni eccessi. Ne indico uno *sui diritti patrimoniali*. La Consulta stabilisce che l'art. 2, con i suoi diritti e doveri, entra nel contratto e può determinare la sua disciplina<sup>25</sup>. Di più. Si spinge sino ad indicare il rimedio della nullità di una clausola per contrarietà alla buona fede, ma la dottrina è stata unanime nella critica a questa invasione di campo.

E' evidente anche da questa sintesi che la Costituzione nega l'esistenza di un potere

<sup>14</sup> FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale. Per i sessanta'anni della Corte costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); ID. *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2016, p.7; ma si veda anche, LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc.dir.*, *Annali IX*, Milano, 2016, p.391.

<sup>15</sup> Corte cost., 27 dicembre 1974 n. 290, su cui si vedano le osservazioni di CIARLO, *La partecipazione dei lavoratori alla determinazione dell'indirizzo politico. Sciopero e sindacato*, in questa rivista, 1977, p. 1648.

<sup>16</sup> Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in *Foro it.*, 2014, I, c. 677 con nota di ROMBOLI, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*.

<sup>17</sup> Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Foro it.*, 1989, I, c. 609 con osservazioni di PIZZORUSSO.

<sup>18</sup> Mi riferisco a Corte cost., 27 dicembre 1973 n. 183 (in *Giur. Cost.*, 1973, p. 2406 con nota di BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*) e 08 giugno 1984 n. 170 (in *Foro it.*, 1984, I, 2062 con nota di TIZZANO, *La corte costituzionale e il diritto comunitario: venti anni dopo*).

<sup>19</sup> Corte cost., 22 ottobre 2014 n. 238, su cui si veda il commento di CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3885.

<sup>20</sup> Corte cost., 23 dicembre 2008 n. 438, su cui si vedano le osservazioni di CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 4981.

<sup>21</sup> Corte cost., 01 aprile 2009 n. 151 e su cui si vedano i rilievi di FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, in *Corr.Giur.*, 2009, p. 1216.

<sup>22</sup> Corte cost., 11 novembre 2015 n. 230, in *Foro it.*, 2016, I, c. 23.

<sup>23</sup> Corte cost., 16 dicembre 2016 n. 275, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>24</sup> Corte cost. 26 febbraio 2010 n.80, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>25</sup> Corte cost., (ord.), 02 aprile 2014 n. 77 e su cui si vedano le osservazioni di SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro It.*, 2014, I, c. 2036.



preminente sia esso il sovrano o il potere legislativo<sup>26</sup> e sollecita un “modo di interpretare e concretizzare i principi costituzionali di carattere giurisdizionale che si svolge parallelamente a quello legislativo”. Ciò evidente nel controllo di ragionevolezza che arriva a toccare il limite della discrezionalità del legislatore senza andare oltre, come nel caso del matrimonio delle persone omosessuali<sup>27</sup> e della soppressione degli embrioni per fini di ricerca<sup>28</sup>.

d) La Corte di Cassazione, spesso in dialogo con la Corte di Giustizia e la Corte EDU, ha innovato settori decisivi del diritto positivo, dalla struttura dell’obbligo con il rilievo del contatto sociale, al controllo del contratto e alla tutela dei diritti in ogni materia. Indico solo qualche esempio.

Sono passati circa dieci anni dal caso Englaro<sup>29</sup> con i giudici alla ricerca di una regola per le decisioni di fine vita, in assenza di un intervento normativo tutt’ora inesistente. Al di là del contenuto, la sentenza contiene un esempio chiaro di come si possa costruire una regola in presenza di principi e con una robusta argomentazione. Tanto che la Corte costituzionale<sup>30</sup>, nel decidere sul conflitto di attribuzioni sollevato dalla maggioranza parlamentare, non ha ravvisato alcun sconfinamento di potere con la semplice constatazione che il legislatore non era intervenuto,

D’altra parte pochi anni dopo la Corte di Cassazione ha formulato un vero e proprio manifesto<sup>31</sup> ove si osserva che il codice civile non rappresenta più l’unica fonte in un “sistema aperto” ove hanno preminenza la Costituzione, la legislazione ordinaria di attuazione, la normativa comunitaria e la “giurisprudenza normativa” chiamata a riempire di contenuto le clausole generali e le norme indeterminate che consentono, per volontà dello stesso legislatore, di “attualizzare il diritto anche mediante l’individuazione ( là dove

consentito, come nel caso dei diritti personali non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi”<sup>32</sup>.

Da ultimo due sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Cassazione attribuiscono al giudice un dovere “di rilevare la nullità negoziale e di indicarla alle parti lungo tutto il percorso del processo, fino alla sua conclusione” salvo poi dichiararla o meno a nel caso di nullità assoluta o di protezione. Ciò perché il rilievo d’ufficio obbligatorio “ha il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell’organizzazione sociale” assieme ad altri principi che devono ispirare la decisione. Fra i quali la corrispondenza fra diritto e processo. La concentrazione della decisione, l’effettività delle tutele contro “ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defatigante rispetto ai tempi di decisione della causa”. Principi e regole che orientano tutti ad una decisione di “stabilità, certezza affidabilità temporale, coniugate con i valori di sistema della celerità e giustizia”<sup>33</sup>. Chiarissimo è, insomma, l’utilizzo rigoroso dei principi nell’argomentazione che deve condurre ad una “sentenza giusta”.

Tale orientamento viene ripreso per affrontare il controverso problema del mutamento della domanda. In tal caso le sezioni unite della Cassazione<sup>34</sup> ricostruiscono il sistema del processo in base ad “opzioni esegetico-valoriali”, assenti dalle precedenti decisioni che hanno affermato il principio del divieto assoluto della mutatio libelli. La novità sta nella scelta di un’argomentazione che utilizza una rigorosa esegesi delle norme del codice e della sua interpretazione, ma opera una scelta coerente con i principi costituzionali di economia

<sup>26</sup> Tra le prime sentenze in tal senso, si vedano Corte cost., 16 gennaio 1957 n.3; 22 gennaio 1957 n. 28; 02 luglio 1957 (tutte in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>27</sup> Corte cost., 15 aprile 2010 n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1367 con nota di ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*.

<sup>28</sup> Corte cost. 13 aprile 2016 n.84, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>29</sup> Sul punto si veda la limpida e densa motivazione in Cass. 16 ottobre 2007, n.21748 (rel. Giusti), in *Foro it.*, 2008, I, c. 125.

<sup>30</sup> Corte cost., 8 ottobre 2008, n.334 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>31</sup> La Corte di Cassazione 11 maggio 2009, n. 10741 “la funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti e la sua vis espansiva sono funzionalmente collegati all’assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch’esso caratterizzato dal Rule of Law, assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l’attività ermeneutica del giudice

<sup>32</sup> La Corte di Cassazione 11 maggio 2009, n. 10741, nel decidere sulla soggettività del concepito, ha enunciato un manifesto sulla natura aperta del nostro ordinamento e sulla piena attribuzione alla giurisprudenza di un ruolo di fonte di diritto. L’esito della decisione può essere discussa ma va apprezzata la chiarezza e la tensione sistemica. Sul punto si vedano già GIANNANTONIO, *Dottrina e giurisprudenza come “fonti del diritto”*, in *Giur. it.*, 1991, p. 10 e di recente ALPA, *La dialettica fra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell’Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Cont. imp.*, 2015, p. 646; FRANZONI, *L’interprete del diritto nell’economia globalizzata*, in *Cont. imp.*, 2010, p. 366 ss.; PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti*, in *Notariato*, 2014, p.584.

<sup>33</sup> Così Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243. Sulla decisione si veda PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della cassazione ... a mo’ di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, p. 113.

<sup>34</sup> Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n.12310, in *Foro it.*, 2016, I, c. 255 ed ivi nota di MOTTO, *Le sezioni unite sulla modifica della domanda giudiziale*.



processuale, ragionevole durata, giustizia sostanziale ed effettività.

Si osserva che “interpretazioni meramente formalistiche” aumentano il rischio di giudicati contrastanti, e mettono in pericolo la stabilità ed effettività della tutela assicurata ai privati dal processo. Sicchè la previsione costituzionale di un processo giusto impone al giudice di non limitarsi ad un applicazione formale ed astratta delle regole processuali, e “di verificare sempre (e quindi ogni volta) se l’interpretazione adottata sia necessaria ad assicurare nel caso concreto le garanzie fondamentali in funzione delle quali le norme oggetto di interpretazione sono poste”. Con un fine preciso. Evitare che un’ermeneutica formale e meccanica “si riduca in un inutile complessivo allungamento dei tempi della giustizia ed in uno spreco di risorse, con correlativa riduzione di effettività della tutela giurisdizionale”. Tutto ciò in continuità con una tendenza della giurisprudenza a rileggere la disciplina processuale in base ai “valori funzionali del processo” in settori fondamentali del diritto dei privati, dalle patologie negoziali<sup>35</sup>, all’abuso del processo<sup>36</sup>, alla tutela della concorrenza<sup>37</sup>.

Queste sentenze pongono in luce alcuni dati rilevanti su cui riflettere.

Il diritto applicato in base a regole e principi concorre sempre più con la funzione legislativa non fosse altro perché i diritti e le tutele devono essere ricercate, in via interpretativa, in un sistema plurale di fonti dove sono centrali la Costituzione e le Carte europee e sovranazionali<sup>38</sup>. Giudici e legge, insomma, acquistano una funzione, sotto certi profili concorrente, nel dare attuazione ad un sistema complesso, frutto di un progetto politico e una forma democratica che emerge dalle

costituzioni del novecento e dalla loro trasformazione<sup>39</sup>.

## 2. Le posizioni della dottrina.

Certo le critiche di una parte dottrina sono forti e autorevoli. Si osserva che lo Stato di diritto è Stato della legge che riposa nella identità fra legge e diritto “posto dagli uomini per altri uomini”. Tutto “accade entro il cerchio della volontà umana” per decisione dello Stato sovrano che può delegare ad altre fonti sovranazionali la produzione di regole che restano comunque proprie. Da qui l’essenza di un positivismo che esclude ogni rinvio a norme metastoriche, unifica legittimità e legalità e si impone ai destinatari che obbediscono per varie ragioni (paura, bisogno, fiducia) ma attribuiscono, comunque, legittimità alla legge ordinaria e alla Costituzione<sup>40</sup>.

Tale visione evoca eventi distruttivi<sup>41</sup> ma la critica della contemporaneità è altrettanto netta in una diversa prospettiva.

Il decadimento e l’eclisse del diritto civile è determinato, secondo questa visione, da tre fattori in particolare: l’irrompere delle norme costituzionali, il protagonismo dei giudici<sup>42</sup> e diritto europeo<sup>43</sup>. La

<sup>39</sup> FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, p. 295.

<sup>40</sup> Si confronti, IRTI, *Nomos e Lex*, cit., p. 589: “Altra legge, da cui non sono percepibili valori la cui attuazione giudiziale determinerebbe solo incertezza e frantumazione. Né il giurista ha altre scelte se non quella di studiare il diritto posto (“come i numeri il matematico”), senza altre alternative che quella di obbedire o andarsene, al pari di ogni altro cittadino, di fronte all’atto politico che crea diritto e “non sottostà alla giustizia ma è esso stesso la giustizia suprema”.

<sup>41</sup> IRTI, *op. loc. ult. cit.* e ora ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p.39: La crisi della fattispecie che trova il fulcro nelle norme costituzionali e nella scoperta dei valori apre “una porta attraverso cui può entrare di tutto”, dal “fantasma del diritto naturale alla soggettività dell’interprete, alla scomparsa della prevedibilità e calcolabilità del diritto, con un attentato mortale alla razionalità giuridica del capitalismo” e la tradizione della società occidentale. Una legalità procedurale che necessita solo di alcuni correttivi. L’ethos della convivenza (il senso dello Stato), la stabilità delle leggi, e l’eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla norma.

<sup>42</sup> Si veda CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, e ID. *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 293. Il primo evento avrebbe determinato una vera mutazione genetica in virtù di una giurisprudenza che, in presa diretta con le norme costituzionali prive di fattispecie, ha acquistato una priorità rispetto al legislatore e un’attenzione sbilanciata ai valori e ai rimedi. Quando, invece, una *Drittzwirkung* ordinata dovrebbe passare dalla mediazione della legge e non del giudice che diventa, altrimenti, “signore del fatto” e della sua giuridicità

<sup>43</sup> CASTRONOVO, *Eclissi*, cit. p. 288-289. L’assenza di una coerenza sistematica nel dare risposta a problemi che hanno bisogno, spesso, “dei tempi lunghi della democrazia”. La

<sup>35</sup> Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

<sup>36</sup> Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n.23726 in *Nuova giur. civ.*, 2008, p. 461 con nota di FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite* e 15 maggio 2015, n.9935, in *Foro it.*, 2015, I, c.2013 con nota di FABIANI, *Di un’ordinata decisione della Cassazione sui rapporti fra concordato preventivo e procedimento per dichiarazione di fallimento con l’ambiguo addendo dell’abuso del diritto*.

<sup>37</sup> Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2752 con nota di CASORIA-PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*

<sup>38</sup> Sul punto, si veda il contributo essenziale degli scritti di Perlingieri *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p.497; *Interpretazione e legalità costituzionale. Appunti per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 157.



conclusione è chiara. Serve un recupero della forma giuridica a tutti i livelli e “una ricostruzione di una teoria del diritto civile dotata di coesione spirituale e concettuale”<sup>44</sup>. Non solo il diritto privato deve avere una base democratica, al pari del diritto pubblico. Sicché se in una comunità si è potuto influire sul processo legislativo di formazione delle regole, il risultato acquisito non può essere contraddetto da standard esterni come la giustizia, la morale, la tradizione, l’efficienza o altri fondamenti che dovranno dimostrare la loro forza all’interno del dibattito democratico senza pretendere di poter influire sulla disciplina positiva.<sup>45</sup>

Queste lucide analisi muovono da una premessa altrettanto assoluta. La priorità della legge come solo ed unico strumento per assicurare un controllo democratico e una fiducia assoluta sul principio di legalità e la divisione dei poteri espresso da un modello di Stato che mostra, oggi, elementi di profonda trasformazione nei singoli ordinamenti e in Europa. Provo a indicare qualche aspetto.

La crisi dello Stato come unica fonte del diritto è avvertita con forza sin dagli anni 60. Basta qualche esempio.

Angelo Cammarata nella prefazione del volume che raccoglie alcune opere di Santi Romano, confessa di aver tratto da quegli scritti l’idea per formulare la tesi della relatività fra fatto e valutazione giuridica, Sino a cogliere un momento non solo normativo ma anche “storico e logico ad un tempo” del “convertirsi della realtà di fatto in diritto positivo”.<sup>46</sup> Lo stesso Romano nel suo ultimo scritto, parlando dell’interpretazione evolutiva usa parole chiarissime. “La legge in sé e per sé è inerte. Non ha una propria vita. E’ materia non anima.

carezza di una ponderata argomentazione. La creazione contro le norme vigenti di vere o presunte esigenze di tutela. Da qui la sollecitazione a rivalutare la centralità del codice e del diritto civile quantomeno “come intelaiatura sistematica”. Il richiamo alla prudenza e alla buona dogmatica, rifiutando una funzione creativa dell’interprete e un ruolo espansivo del principio di effettività come scorciatoia per soluzioni *extra ordinem*. Infine il diritto europeo avrebbe favorito la presa diretta con diritti e principi, inventati spesso per giustificare nuovi rimedi sino a sconvolgere l’ordinamento interno per effetto dell’azione della Corte di giustizia e di un uso disinvolto del principio di effettività.

<sup>44</sup> CASTRONOVO, *Eclissi*, cit. p.290 e ora ID., *L’aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir.priv.*, 2016, p.981.

<sup>45</sup> HESSELINK, *Democratic contract law*, in ERCL, 2015, p. 83. Secondo questa visione la giustizia o la legittimità del contratto non possono essere determinate in anticipo da analisi teoriche, ma dovranno imporsi all’interno di un dibattito democratico per una ragione condivisibile. I teorici del diritto privato non hanno accesso privilegiato alla verità sul contratto e alla giustizia contrattuale.

<sup>46</sup> ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969 ed ivi la *Prefazione* di CAMMARATA.

Un’anima ha invece l’ordinamento ove le leggi sono espressione del suo continuo mutamento delle forze vitali”. La conclusione è precisa. Non è la legge che si evolve ma l’ordinamento che si riflette, in modo sempre nuovo, nella mente dell’interprete<sup>47</sup>.

La Costituzione sta per essere promulgata e nei decenni successivi inizia una rilettura del codice civile alla luce di questa nuova legalità<sup>48</sup> sino a segnalare, con sempre maggiore evidenza<sup>49</sup>, che la legge “astratta e generale” diviene “strumento oramai inadatto a fondare il diritto privato comune dei cittadini”<sup>50</sup>, inteso, in modo molto diverso, ma egualmente separato dalle vicende dello Stato<sup>51</sup>. Si parla di un ordine giuridico<sup>52</sup> radicato “nella ricchezza della storia”<sup>53</sup> o si esalta il suo carattere di tecnica necessaria priva di “direzioni e obiettivi” che spetta alla Politica fissare<sup>54</sup>. E diversità di visioni non è limitato al diritto dei privati. Il rapporto critico fra legislazione e giurisdizione è avvertito in ogni settore. I pubblicisti si interrogano sul ruolo nuovo e diverso della Pubblica Amministrazione e analizzano i mutamenti in atto nell’assetto costituzionale<sup>55</sup>. I penalisti si interrogano, con un ossimoro provocatorio (il burocrate creativo),<sup>56</sup> sul reparto di competenze che, attribuendo centralità al giudice, intaccherebbe il nocciolo della vita democratica. Ma le opinioni sono distanti sulla legittimità del giudice, sulla riserva di legge dell’art. 25 cost. e sulla peculiarità del diritto penale. Una peculiarità non assoluta se si

<sup>47</sup> ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p.123.

<sup>48</sup> Un merito grande va agli studi di Perlingieri: *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p.95 e *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 111.

<sup>49</sup> RESCIGNO, *Codice (codice civile)*, in Treccani Enciclopedia del Novecento., Appendice V (1991); ID., *Codice, Codice Civile*, in *Enc. giur.*, Appendice IV, I, 1978.

<sup>50</sup> Questa evoluzione è descritta e valutata in modo limpido e profondo nel saggio di ADDIS, *Sulla distinzione fra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p.119.

<sup>51</sup> In argomento, si confrontino gli scritti di SCALISI, *Complessità e sistema*, cit., p.147; ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p.43; ID., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della “regola giuridica” nell’epoca della post-modernità*, Milano, 2012, p.227; ed altresì ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p.4 e la recensione di FIORAVANTI, in *Quad. fior.*, 1994, p. 475; ID., *Il diritto nelle opere dell’Enciclopedia*, in *Treccani. Novanta anni di cultura italiana 1925-2015*, Roma, 2015, p.120.

<sup>52</sup> GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., *passim*.

<sup>53</sup> GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit. p. XI.

<sup>54</sup> IRTI, *Nomos e lex*, cit., p.389..

<sup>55</sup> *Giudici e legislatori*, (Trascrizione di un dibattito svoltosi a Firenze il 30 ottobre 2015), in *Diritto pubblico*, 2016, p.484.

<sup>56</sup> E’ questo il titolo di un interessante convegno organizzato da Fausto Giunta a Firenze il 16 settembre 2016.



confronta con la visione che la grande letteratura ha del diritto privato<sup>57</sup>.

Anche in Europa<sup>58</sup> si assumono atteggiamenti diversi<sup>59</sup> sin dalle opere di Esser<sup>60</sup>, di Dworkin<sup>61</sup> e di Tridimas<sup>62</sup> ed esiste oggi<sup>63</sup> un forte dialogo<sup>64</sup> e ricerche preziose<sup>65</sup> e recenti<sup>66</sup> che affrontano il tema dei principi<sup>67</sup> con scetticismo<sup>68</sup> o riserve<sup>69</sup> ma anche con una robusta analisi dei testi (artt. 114 TFUE, 53 TFEU 157/19 TFEU ) dell'*acquis* e della casistica giudiziale,<sup>70</sup> con il contributo della dottrina<sup>71</sup> e dei giudici nazionali ed europei.

### 3. Diritto privato e principio di divisione dei poteri.

È noto che la divisione dei poteri è scritta in un famoso testo ove si equipara la sua mancanza all'assenza di una Costituzione<sup>72</sup>. Ma la sua funzione è molto discussa<sup>73</sup> tanto che il principio "rischia di diventare un dogma ambiguo e misterioso per un duplice ordine di ragioni. Da un lato, per la diversità dei modi con cui giuridicamente si è attuata sino ad oggi l'esigenza di dividere il potere, e, dall'altro, per l'impossibilità di spiegare, in modo sufficientemente realistico, la dinamica dei nostri sistemi democratico-parlamentari, partendo da questo principio, formulato nel Settecento per regimi monarchici quando l'aristocrazia deteneva ancora un potere politico"<sup>74</sup>. Tanto che il dogma può essere addirittura pericoloso in quanto "non consente di garantire con vera efficacia la libertà del cittadino"<sup>75</sup> o la forma democratica<sup>76</sup>. Per un motivo chiaro.

"La divisione aveva un senso in un sistema sociale, ove vi erano due o tre poteri (Re, nobiltà,

<sup>57</sup> Si veda una bella pagina su tutto ciò nel romanzo di MAGRIS, *Non luogo a procedere*, Milano, 2015, p.50, dove si osserva che il diritto civile è il campo di battaglia più feroce. Più del diritto penale dove almeno le passioni ispirano i reati più infamanti. Nel civile no. Ogni relazione umana esplose, spesso, in conflitti assurdi e atroci. Tra figli e genitori, fratelli e parenti. Per successioni o contratti, per conquistare o difendere una proprietà, per vincere la gara spietata della concorrenza, per acquisire o difendere diritti fondamentali, per disputarsi i benefici patrimoniali delle "carte postume di un poeta". Da Balzac agli autori del novecento italiano si narra dell'avidità dello spirito, della carne e del denaro di uomini e donne e di "avvocati, giudici, codicilli" che amministrano queste liti spesso inventandosi "vizi di forma" o "commoventi e nobili pappe del cuore", pretendendo "quando sbranano o depremono, di essere nel giusto".

<sup>58</sup> ALPA, *I principi generali del diritto civile* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in *Giust. civ.*, 2014, p.325.

<sup>59</sup> Si confronti, in particolare, per un efficace sintesi il bel volume di REICH, *General principles in EU Civil law*, Intersentia, 2014, p. 1-16.n

<sup>60</sup> ESSER, *Grundsatz un Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubingen, 1956.

<sup>61</sup> DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass), 1977.

<sup>62</sup> TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, Oxford, 2006.

<sup>63</sup> Mi permetto un rinvio a VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 51 ([www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)).

<sup>64</sup> TRIDIMAS, *The General Principles*, op.cit., nota 2 p. 1729, come richiamato da REICH, *General Principles*, cit., p.7.

<sup>65</sup> HARTKAMP, *General Principles of EU Law*, in *RabelsZ*, 2011.

<sup>66</sup> REICH, *General principles*, cit. p.6.

<sup>67</sup> WEATHERILL, *The Principles of civil law as a basis for interpreting the legislative acquis*, in ERCL, 2010, 74 e LECZYKIEWICZ/WEATHERILL(eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, 2013, p. 131.

<sup>68</sup> Questa l'opinione di HESSELINK, in LECZYKIEWICZ/WEATHERILL(eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, op. cit come riferita da REICH, *General principles*, op. cit. p.7

<sup>69</sup> BASEDOW, *The Court of Justice and civil law: vacillations, general principles and the architecture of the European judiciary*, ERPL 2010, p. 475

<sup>70</sup> REICH, *General principles*, op. cit., p.11 ss.

<sup>71</sup> Si confronti, ora, RUTGERS SIRENA (eds), *Rules and Principles in European Contract Law*, Cambridge, 2015 ed ivi i saggi di ADAR - SIRENA, *Principles versus Rules in the Emerging European Contract Law*, p. 7, PATTI S., *Contractual Autonomy and European Private Law*, p. 123 e NAVARRETTA, *Good Faith and Reasonableness in European Contract Law*, p. 135.

<sup>72</sup> Si veda l'art.16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: "ogni società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti e determinata la separazione dei poteri non ha una Costituzione". Per un'analisi attenta (a cura di) FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009.

<sup>73</sup> MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in (a cura di) Bobbio, Matteucci, Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, p.203; ID., *Organizzazione del potere e libertà-Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2016, ed ivi una limpida sintesi sul garantismo, lo Stato di diritto, la *Rule of law*, la separazione dei poteri, appunto.

<sup>74</sup> MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p.203

<sup>75</sup> MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p. 203. e le sue osservazioni su Montesquieu, il quale pensava ad un governo misto mediante la divisione del potere legislativo attribuito sino allora al Re, alla nobiltà e al popolo. Da qui le due Camere inglesi. L'equilibrio a cui si tende è un equilibrio sociale e non politico costituzionale, basato non su organi dello Stato ma sulle classi sociali esistenti. Questa visione ha avuto successo nell'Europa del tempo anche nello Statuto Albertino, ma con la democrazia, che riconosce ogni potere in quanto emanato dal popolo, di questa concezione rimane solo la necessità di un equilibrio costituzionale, realizzato in Italia con il modello parlamentare bicamerale, il ruolo del Presidente della Repubblica e del Governo, l'indipendenza della magistratura. Sul punto si veda altresì COLOMBO, *Governo e costituzione durante la Rivoluzione francese*, Milano, 1993.

<sup>76</sup> MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p. 204. Secondo l'a., Kant si riferiva ad una legge astratta, generale e universale, ma tale idea è stata ben presto contraddetta dalla massa crescente di leggi e leggi singolari, promosse fra l'altro non dal Parlamento ma dal Governo attraverso i decreti. Tanto che si attenua "la distinzione fra diritto e politica, fra il legiferare e il governare; oggi si amministra e si governa per mezzo della legge e non secondo la legge. Leggi decreti e sentenze sono tutte norme che si differenziano soltanto gerarchicamente nell'ambito dell'ordinamento giuridico



popolo)". Nel nostro ordinamento esiste il solo potere "della maggioranza che governa" e questo potere può sempre diventare arbitrario<sup>77</sup> o irragionevole. Sicché la divisione non è uno strumento adeguato a segnare i tratti fondamentali della democrazia in Europa. Anche perché dopo la grande guerra "i cittadini europei, crearono qualcosa di nuovo". Una democrazia ostile ad una sovranità popolare illimitata e favorevole ad un controllo da parte di istituzioni non elettive, come le Corti costituzionali<sup>78</sup>. E ciò che è accaduto dopo è altrettanto chiaro.

La crisi della democrazia rappresentativa coincide con la crisi dei partiti politici, da tempo incapaci di "un'autentica mediazione politica e progettuale"<sup>79</sup>. L'ultima stagione di grandi riforme si ha negli anni 70 del secolo scorso, quando muta la disciplina della Scuola, della Sanità e della Famiglia. Negli anni 80 cresce il peso della politica comunitaria e irrompe l'ideologia del mercato. Tutto ciò indebolisce il valore politico della Costituzione e rafforza il suo ruolo nella tutela dei diritti fondamentali. Ove confluiscono "esigenze privatistiche di garanzia e pubblicistiche di creazione di un ordine istituzionale"<sup>80</sup>. Mutano gli equilibri<sup>81</sup>. La Carta si emancipa dalla sua matrice originaria di "rivoluzione promessa" per "divenire norma che trova nella giurisprudenza il luogo privilegiato di applicazione dei diritti e dei principi.

Certo il vincolo alla legge e al testo rimane essenziale come cardine del sistema "che va riformulato e ricercato però "nel contemporaneo agire di legami formali e fattuali", attraverso una revisione che tenga conto del contesto mutato, del reciproco condizionamento, adattamento e modificazione della norma e del fatto<sup>82</sup>. Ciò perché i testi e le prescrizioni non sono che l'emersione "di un complesso regolativo che verrà sviluppato..da

<sup>77</sup> MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p. 205 e l'esame dell'ideale tedesco di Stato di diritto, ove manca l'idea di libertà politica. Nella nozione di *Rechtstaat* mutano i ruoli dei poteri, nel clima del positivismo giuridico e del mistico rispetto per la legge che è comando del Sovrano. D'altra parte, invece, la cultura inglese (la *Rule of law*) ha ignorato il concetto di Stato, usando piuttosto quello di governo, comprensivo anche della funzione esecutiva e legislativa. Ha affermato sempre l'autonomia del diritto, accanto o sopra al governo o la necessità di subordinare il governo al diritto, grazie alla *common law*. Un diritto di cui i giudici sono conservatori e depositari. Sul valore della politica si confrontino DIONIGI, *Elogio della politica*, 2009, p. 1 e CARTABIA e SIMONCINI, *La legge di Re Salomone*, Milano, 2013.

<sup>78</sup> MULLER, *L'enigma democrazia. Le idee politiche nell'Europa del Novecento*, Torino, 2012, p.XV.

<sup>79</sup> FIORAVANTI, *Il diritto nelle opere*, cit., p.120.

<sup>80</sup> FIORAVANTI, *Il diritto nelle opere*, cit., p.121.

<sup>81</sup> CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2016.

<sup>82</sup> VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p.159

soggetti diversi". Il legislatore che non ha più il monopolio della produzione delle regole ma "una posizione di precedenza e preminenza.. che diviene concretamente efficace solo attraverso la mediazione di chi applica il diritto"<sup>83</sup>. Il giudice che non è un legislatore e partecipa in via mediata alla produzione della norma solo in riferimento ai contesti concreti di applicazione. Sicché il "vincolo fra i due soggetti è reciproco e funzionale e non può essere ridotto ad una relazione di tipo gerarchico ma in un'ottica circolare policentrica del fenomeno giuridico"<sup>84</sup>.

Tutto ciò è confermato da una lettura attenta ed evolutiva di alcuni precetti costituzionali.

L'art. 1 afferma che la sovranità appartiene al popolo, ma nei modi e nelle forme previste dalla Costituzione. Dunque il vincolo alla legge si esprime in modalità complesse che la legge, i giudici e la dottrina devono precisare. La sovranità del Parlamento *deve operare e convivere con la libertà della scienza e con l'indipendenza della magistratura*. Valori anch'essi prioritari come risulta dall'art.33 ove la libertà della scienza giuridica implica possibilità di fissare le modalità di regolazione più efficiente e dall'art.101 2 comma e 117 che richiama, implicitamente, la CEDU e la Carta di Nizza. Una pluralità di norme<sup>85</sup> e di principi<sup>86</sup> che il giudice è chiamato ad applicare.<sup>87</sup> in modo diverso e concorrente<sup>88</sup>.

Resta da precisare come debba essere esercitato questo ruolo concorrente fissando alcuni punti fermi.

<sup>83</sup> VIOLA - ZACCARIA, op.cit.p.160

<sup>84</sup> VIOLA - ZACCARIA, op. cit.p.161

<sup>85</sup> SORACE, *Giudici e legislatore*, in *Dir. Pubbl.*, 2016, p. 615.

<sup>86</sup> LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p.391.

<sup>87</sup> Una svolta, nel diritto positivo, si ha con la sentenza n. 500 del 22 luglio 1999 della Corte di Cassazione (in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487) sul risarcimento degli interessi legittimi, ove si enuncia una precisa visione del reparto di competenze nell'applicazione della responsabilità civile. Spetta al legislatore fissare la rilevanza della situazione soggettiva lesa. Spetta al giudice, nell'applicazione del requisito dell'ingiustizia del danno, individuare la tutela più adeguata alla protezione dell'interesse violato dal contegno altrui NUZZO, *Regolamento sul diritto comune europeo della vendita ed evoluzione del diritto interno*, in *Contr. impr. Eur.*, 2013, p.615; ID., *Il diritto europeo dei contratti e l'evoluzione del diritto interno*, in (a cura di) Perlingieri-Tartaglia-Polcini, *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 303 e le osservazioni critiche di D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. Civ.*, 2016, p.505.

<sup>88</sup> Il rimedio giudiziale non crea il diritto ma serve ad individuare la modalità della tutela più efficiente in dialogo con il legislatore e la scienza giuridica che partecipano in modo diverso, al processo di produzione del diritto. Sul punto, VIOLA - ZACCARIA, cit., p.159.





Il giudice non è soggetto ad altro potere e non può agire *contra legem*, ma deve attuare diritti e principi. Se alcuni diritti e principi sono inviolabili e sottratti alla discrezionalità del legislatore significa che legge e giudice devono svolgere la loro attività in modo complementare attraverso un serio confronto con i testi legislativi, senza il quale “non si fa diritto ma ideologia (cosa ancor più nobile, forse, ma diversa)”<sup>89</sup>.

La legge ha un compito fondamentale nell’assicurare certezza e prevedibilità delle decisioni <sup>90</sup>. Le ultime novità sul processo civile vanno in questa direzione ( art. 374 3 comma c.p.c.), grazie anche all’attività della Corte di Cassazione (nell’applicazione dell’art. 360 bis c.p.c.), e della dottrina nel riflettere su nuove forme di certezza<sup>91</sup> e sul corretto uso dei principi.

La scienza giuridica ha un compito essenziale per un motivo evidente . L’ermeneutica di per sé non è sufficiente, ma deve coniugarsi con la dogmatica che sola può ridurre la complessità del sistema ed evitare decisioni, inaccettabili per il sistema giuridico. Come si è osservato<sup>92</sup> ci sono solo tre vie di uscita: una decisione “programmata nei dettagli dalle leggi”, l’individuazione di un ordinamento” transitivo di tutti i valori rilevanti”, oppure l’”uso di criteri indeterminati e mutevoli, fissati relativamente al caso singolo e solo per esso”. Tutte queste soluzioni presentano “manifestamente delle difficoltà” ed “hanno in comune la tendenza a fare ameno della dogmatica giuridica”<sup>93</sup>. Espressione di una scienza che ha fondamento costituzionale in termini di libertà e responsabilità (art. 33 cost.).

Solo qualche osservazione.

#### 4. Ermeneutica e dogmatica nel diritto giurisprudenziale. Uno sguardo al presente.

Si è detto, poc’anzi, che la legge generale e astratta non è spesso idonea a regolare i conflitti e a delimitare la funzione del legislatore e della giurisprudenza. L’analisi di molte vicende teoriche rafforza questa consapevolezza ma richiede anche

una riflessione<sup>94</sup> molto delicata. Mi limito a due temi sensibili. Il controllo dell’equilibrio del contratto e l’attuazione dei diritti e principi fondamentali che dividono la dottrina.<sup>95</sup>.

Quanto al controllo giudiziale sul contratto di fronte al ripensamento giurisdizionale dei rimedi invalidanti, la critica di alcuni commentatori è tanto feroce quanto ingiustificata<sup>96</sup>. Il rinvio alla buona fede e alla causa come strumenti di controllo dell’autonomia privata, non possono evocare alcuna tempesta <sup>97</sup> ma servono a delimitare termini di un controllo giudiziale di responsabilità e di validità coerente con l’evoluzione dell’ordinamento. Ed è chiaro perché.

Il codice del 1942 era sensibile ad un controllo della funzione sociale del contratto e non al tema dell’equilibrio o dell’equità, anche se c’erano norme che l’avrebbero consentito. Dalla buona fede al giudizio di meritevolezza, alla causa e l’ordine pubblico. Istituti a lungo disattesi dalla giurisprudenza in ossequio al principio della certezza. Questo orientamento muta con la consapevolezza che il controllo giudiziale, fondato sul nuovo sistema delle fonti, non è volto alla protezione di interessi individuali ma di un interesse pubblico, fondato sulla Costituzione e le altre fonti sovraordinate. L’uso ampio della buona fede ,come esplicazione dell’art. 2 cost., è il primo sintomo di questa nuova stagione, ma non solo. Il controllo sul potere privato nella disciplina della concorrenza e del mercato ha posto in luce un altro settore fondamentale ove emerge non un problema di equilibrio fra forti e deboli, ma una valutazione su un interesse pubblico all’esistenza di un mercato concorrenziale che si declina come vero e proprio diritto soggettivo.

<sup>94</sup> Si veda TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale fra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p.88 ss.

<sup>95</sup> D’AMICO, *op. cit.*, p. 443.

<sup>96</sup> La vicenda delle *claims made* è emblematica (Cass. sez. un., 06 maggio 2016, n. 9140 in *Foro it.*, 2016, I, 2014). La Corte valuta il contenuto ,controverso, della clausola che “ condiziona la copertura assicurativa a due fatti: il sinistro e la denuncia che debbono verificarsi entrambi nel periodo di vigenza della polizza. Si esclude l’illiceità ma ci si chiede, giustamente, sino a che punto le parti possano snaturare il contratto di assicurazione, condizionando la copertura ad una barriera temporale che in certi casi appare intollerabile. Da qui la sollecitazione di un’indagine in concreto sull’applicazione dell’art. 33 del codice del consumo in caso dei contratti da esso disciplinati, e sulla posizione del professionista in considerazione anche dell’obbligo legale di assicurarsi a tutela dei loro clienti e assistiti. Da ultimo la Corte a sezioni unite con sentenza del 2 dicembre 2016, n.24645 (in <http://www.italgiure.giustizia.it/>) assicura continuità a tale orientamento.

<sup>97</sup> PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2012.

<sup>89</sup> BELVEDERE, *Scritti giuridici*, I, *Linguaggio e metodo giuridico*, p. 337 e in part. per la citazione nel testo p.564.

<sup>90</sup> Il messaggio lucidissimo è stato recepito grazie alle opere di Irti (si veda retro la nota n. 10)

<sup>91</sup> BENEDETTI, *La fattispecie e altre forme di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 67 ([www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)).

<sup>92</sup> LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. di Febbrajo, Bologna, 1978, p.79.

<sup>93</sup> LUHMANN, *op.cit.*p.80



Insomma la causa si ripensa alla luce di una nuova legalità. Anzitutto nel precisare il suo ruolo in tema di prezzo irrisorio e adeguatezza originaria del corrispettivo<sup>98</sup>. Poi nell'affrontare il delicato problema dell'equilibrio negoziale che in Italia i giudici devono affrontare senza l'ausilio di una legge adeguata alla evoluzione dei rapporti e dei mercati. Intervento che in altri ordinamenti vi è stato. E' noto che la riforma del *code civil* pur in ossequio alla tensione anti-causalistica presente in Europa elimina la causa ma non, il problema del controllo sull'atto. Anzi interviene con efficacia sull'oggetto ( art. 1169), estende ad ogni contratto non negoziato il controllo delle clausole che comportano un significativo squilibrio, introduce la figura della violenza economica e una disciplina specifica per l'imprevisione. Tutto ciò recependo e dialogando con la giurisprudenza, dopo una lunga fase di studio e di progetto<sup>99</sup>. In Italia lo strumento della causa concreta<sup>100</sup> e della meritevolezza è utilizzato nel controllo clausole *claims made*<sup>101</sup> e dei

<sup>98</sup> Si veda Cass.4 novembre 2015, n.22567 (così la massima “ Solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico può determinare la nullità della vendita per difetto di uno ei suoi requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l'adeguatezza e la correttezza delle prestazioni afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti ed all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto”), in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016 p. 503 con nota di BARCELLONA, *La causa del contratto e il “prezzo vile”:*giudizio causale e trasparenza negoziale; la sentenza è pubblicata anche in *Foro it.*, 2016, I, c.151 ed *ivi* la nota di PARDOLESI. In dialogo con la dottrina si esclude che l'equilibrio originario delle prestazioni possa rilevare come mancanza di causa salvo che si sia in presenza di un indice normativo ( rescissione, impossibilità). Occorre invece precisare che l'assenza di corrispettivo non basta ad individuare una donazione o una liberalità e ne sono prova rapporti come quelli fra società collegate o i patti parasociali.

<sup>99</sup> Sul punto MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p.432, ma, soprattutto, FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral à jour de la réforme*, 1, Paris 2016, p.33 e DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime générale t de la preuve des obligations*, Paris, 2016.

<sup>100</sup> Si vedano le diverse opinioni sul punto di ROPPO, *Causa concreta:una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*,2013, p. 957; , LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, p. 273 e 278, ove si considera la causa una “variante ‘domestica’ di una regola più generale di controllo equitativo della giustizia degli scambi”.

<sup>101</sup> DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p.545.

contratti finanziari atipici<sup>102</sup> tramite un giudizio da svolgere, con l'ausilio di principi costituzionali che rafforzano l'esigenza di accertamento della validità e invalidità del contratto ai sensi dell'art.1418 c.c.<sup>103</sup> con motivazioni che<sup>104</sup> si pongono, in assenza di interventi di legge, l'esigenza di una valutazione effettiva delle tutele civili<sup>105</sup>.

Sul primo aspetto il dialogo nella dottrina civilistica più autorevole percorre tutta la seconda metà del novecento. Da un lato si ammette una *Drittwirgung* solo in assenza di una regolazione legislativa<sup>106</sup> criticando il neo-costituzionalismo<sup>107</sup> che amplia i poteri del giudice e finisce per ridurre il diritto a pratica affidata soprattutto alla giurisprudenza tramite l'utilizzo indiscriminato dell'interpretazione conforme<sup>108</sup>. Sicchè la

<sup>102</sup> Sul punto si veda il limpido saggio di GRISI, *Spigolando su causa,derivati, informazione e nullità*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 137 (www.personaemercato.it).

<sup>103</sup> Si vedano, da ultimo, Cass.15 febbraio 2016, n.2900 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 852; Cass. (ord.) 30 settembre 2015, n.19559, in *Banca, borsa*, 2016, II, p. 137 (ove si precisa il richiamo alla meritevolezza con il contrasto degli art. 38 e 47 Cost.) con nota di TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale* e Cass. 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, p. 725 con nota di COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*.

<sup>104</sup> PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made*, *cit.*, c.2012.

<sup>105</sup> Basta pensare nel caso della *claims made* alla diversa situazione di un contratto per l'assicurazione nella circolazione dei veicoli, ove il danno si verifica in tempo reale e non crea problemi di una successiva consapevolezza che impedisca una successiva denuncia, e di un contratto per l'assicurazione professionale , ove il contegno non diligente e il danno può venire ad esistenza in un momento molto successivo al fatto, sicchè la sua denuncia può avvenire anche dopo la cessazione dell'efficacia della polizza. Il problema sta casomai negli effetti della nullità parziale della clausola che altera l'equilibrio del contratto perché il premio dell'assicurazione sarebbe stato più alto in assenza della clausola dichiarata nulla.

<sup>106</sup> D'AMICO, *op. cit.*, p.456, l'attenzione critica è rivolta in particolare alle opere di Perlingieri secondo cui” le norme costituzionali vincolano qualsiasi potere legittimato a dettare regole che concorrono a comporre l'ordinamento del caso concreto”, sicchè un principio può aspirare a ricevere sempre la massima attuazione possibile anche in contrasto con il bilanciamento operato dal legislatore” (ivi p.455-60 e note 25 ss, in part.26). Di Perlingieri si veda *La persona umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p.11; Id. *Norme costituzionali e rapporti*, *cit.*, p. 95; Id., *Il diritto civile nella legalità*, *cit.*, *passim* (la riflessione dell'a. segue, anche distanziandosi, la teoria di R.ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, ma il dialogo con la dottrina è ampio e sia nelle pagine che nelle note).

<sup>107</sup> Si fa riferimento in particolare alle opere di BONGIOVANNI, voce *Neocostituzionalismo*, in *Enc.dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 749; LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio,tecniche,dottrine*, Torino, 2016, e, in particolare, FERRAJOLI, *cit.*, p. 2771.

<sup>108</sup> D'AMICO, *op.cit.* p.456, imputa al costituzionalismo l' ampliamento dei poteri del giudice e la riduzione del diritto a pratica affidata soprattutto alla giurisprudenza, tramite l'utilizzo indiscriminato dell'interpretazione conforme Non solo. Si



creazione giudiziale di una regola per il singolo caso “incerta e controversa” “potrebbe finire per violare lo stesso principio di eguaglianza”<sup>109</sup> e di divisione dei poteri.<sup>110</sup> Dall’altro si riconosce il ruolo fondamentale dei principi e della loro applicazione diretta o indiretta concentrandosi sulle modalità più adeguate di attuazione.<sup>111</sup> Il tema esige un approfondimento più ampio.

### 5. L’uso corretto dei principi. La giustizia come principio retorico.

Come precisa Mengoni<sup>112</sup> i principi possono assumere la veste dogmatica di regole di decisione o il carattere retorico di una base di partenza per l’attività del giudice, come il riferimento alla giustizia della decisione o del contratto e del processo<sup>113</sup>. Che cosa si intende? Come può entrare questo riferimento nel discorso giuridico<sup>114</sup>.

Un punto fermo sta nella essenziale unità di diritto e linguaggio<sup>115</sup>. Entrambi hanno in comune lo scopo di ordinare la società. Per garantire il primo, le libertà di singoli e istituzioni. Il secondo la creazione di una realtà sociale<sup>116</sup> e di una

---

esclude che i principi possano operare direttamente in presenza di “lacune provocate dall’omessa produzione di norme” per un motivo chiaro. Occorre evitare che il giudice possa “(argomentando sulla base di principi costituzionali) creare “diritti nuovi” (o affermare nuove forme di tutela per quelli esistenti) sostituendosi alla politica e “anticipando” soluzioni la cui mancata adozione da parte del legislatore non sia tanto dovuta ad una consapevole inerzia quanto piuttosto alla circostanza che quelle soluzioni non sono ancora “mature”.

<sup>109</sup> D’AMICO, *op cit.*, p.486

<sup>110</sup> A ben vedere la conclusione del lungo discorso non è così netta. Non fosse altro perché si riconosce, da ultimo, l’ impulso positivo della giurisprudenza nell’attuazione dei principi, sollecitando soltanto il giudice a “tener conto dei limiti che sussistono e si oppongono a tale applicazione” quando si sia in presenza di un ‘ipotesi di lacuna legislativa’v. p. 507.

<sup>111</sup> D’AMICO, *op cit.*, p.492 nota 124.

<sup>112</sup> MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*,1986, p. 5 (ora in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 165).

<sup>113</sup> Si veda, volendo, VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in questa rivista, 2015, p. 787.

<sup>114</sup> PLATONE, *La Repubblica*, (annotata da Guzzo), Firenze,1948, p.3-49 ove da duemila anni si ricorda che la giustizia può diventare “l’utile del più forte” senza principi che vengano prima della legge.

<sup>115</sup> BENEDETTI, *Oggettività esistenziale*, cit., p.234, “ la struttura dell’interpretazione suppone un *testo* da intendere:il testo delimita,nell’infinità del comprendere, l’area ell’interpretare”

<sup>116</sup> SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006, p. 70 ss ove si osserva che “il linguaggio è essenzialmente costitutivo della realtà istituzionale”; GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in questa rivista, 2014, p.1; BAMBI - MARIANI MARINI, *Lingua e diritto:Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa, 2013, ed ivi CERRI, *Efficienza e comprensibilità come obbiettivi deontologici del linguaggio del civilista*, p.68-78 in cui si

comunità<sup>117</sup>. In entrambi i casi occorre una cautela primaria. Si deve togliere peso alle parole per avvicinarsi ai fatti<sup>118</sup>, alla realtà effettuale. Giustizia ed effettività sono parole che hanno necessità, per un uso corretto, di questa opera di decostruzione . Iniziamo dalla prima .

Da sempre<sup>119</sup> si è avvertito l’esigenza di delimitare il suo uso significato muovendo da un dato simbolico. La cultura giuridica sino ai primi decenni del novecento aveva espresso uno slogan. *Qui dit contrattuelle dit juste*. Niente di più chiaro. La legge del contratto è la volontà delle parti. Un accordo libero ed esente da vizi è il massimo della giustizia ed è il valore che si vuol affermare e garantire. Solo in presenza di un vizio genetico o funzionale tipizzato si può negare effetti a quell’atto di volontà. Di più<sup>120</sup>. Esiste un solo contratto e un solo contraente, foggato sulle mitologie della modernità. Un borghese abbiente. Né debole né forte. Espressione di una classe dominante che in tutta Europa ha costruito, nel *code civil* e nel BGB, il proprio statuto giuridico e politico.

La cultura ordo-liberale identifica il contratto giusto con le condizioni di una piena concorrenza secondo i tratti del tempo<sup>121</sup>, ispirati alla centralità di un mercato regolato e tale idea domina in gran parte la politica comunitaria . La protezione del consumatore è ad un tempo strumento di protezione di una parte e condizione di efficienza del mercato La elaborazione della disciplina delle clausole vessatorie in Francia e Germania e poi nell’*iter* di approvazione della direttiva comunitaria del 1993, scandiscono bene il mutamento nel fondamento e nel controllo del contratto. La giustizia non si identifica più con la volontà e con un unico modello di contratto e di contraente. La formula ottocentesca declina e faticosamente appare un nuovo modello di riconoscimento dell’autonomia contrattuale e di controllo del contenuto liberamente voluto dalle parti. Insomma *contrattuelle* può non essere *juste*. Un accordo libero e valido non è più garanzia di giustizia. Ma stenta a prendere forma uno slogan evocativo di questa evoluzione.

---

prevede un elenco in 50 punti delle buone pratiche; CALVINO, *Note sul linguaggio politico*, in ID. *Una pietra sopra*, Milano, 1995, pp. 369-373.

<sup>117</sup> GROSSI, *Giuristi e linguisti*, cit., p.1 ss.

<sup>118</sup> CALVINO, *Lezioni americane, la leggerezza*, Milano, 1988, p.3.

<sup>119</sup> Sul punto sia consentito il rinvio ai miei precedenti scritti: *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 20; *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 5; *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, ivi, 2006, p. 58.

<sup>120</sup> Si veda il lucido e utilissimo saggio di TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale*, cit., p.75.

<sup>121</sup> SACCO – DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, 2004, 624-625 .

La vera novità si ha con la piena consapevolezza del significato precettivo della Costituzione repubblicana resa evidente dall'attività del Giudice delle leggi. La Repubblica non garantisce solo la libera iniziativa ma deve rimuovere gli ostacoli che di fatto limitano l'esplicazione della personalità, anche nei rapporti economici. L'obiettivo da realizzare è un *prius*, una finalità chiaramente espressa dal testo dell'art.36, norma di indiscussa efficacia diretta. La promessa è di garantire a tutti una vita libera e dignitosa attraverso i poteri e gli strumenti propri di ogni organo a ciò deputato. Anzitutto con l'intervento legislativo, ma con un margine di intervento anche della giurisprudenza costituzionale, ordinaria e sopranazionale<sup>122</sup>.

Il problema della giustizia non si fonda su di un giusnaturalismo sacro o profano. Non è scandito dalla presenza di un contratto definito con numeri o aggettivi ( Btb Btc, terzo, asimmetrico e così via)<sup>123</sup>. Il richiamo alla giustizia ha il compito di decostruire e ripensare<sup>124</sup> la teoria e la configurazione degli istituti fondamentali del diritto privato per fissare un controllo affidato, oggi, a fonti diverse dal passato. Non più solo la legge ma anche i principi costituzionali e sovranazionali. Non più solo la volontà popolare espressa, in procedure legali fissate nelle norme. Ma legislazione e giurisdizione interna e internazionale, in dialogo fra loro. Questo il tratto del tempo. Questa la "verità" della giustizia nel diritto<sup>125</sup>.

Certo si può discutere<sup>126</sup> se la parola giustizia sia troppo densa o settaria<sup>127</sup>, e non si può

concludere che esiste una "clausola generale" di giustizia in Europa o, al contrario, che spetta solo alla legge e ad una procedura parlamentare risolvere ogni problema di controllo. Entrambe le tesi peccano di un assolutismo eguale e contrario. Occorre togliere peso alla parola e avvicinarsi, da diverse visioni, al problema che essa evoca.

Il dibattito italiano offre una varietà di opinioni vasto. Molto diffusa è la teoria procedurale contrapposta ad un uso a-tecnico e pervasivo del giusto e dell'ingiusto nel contratto. Una recente voce esprime una definizione corretta che apre, ma non affronta il problema positivo. La "giustizia" del contratto è, insieme, il risultato relativamente stabile del processo auto-correttivo del diritto e un'articolazione fondamentale del patto sociale<sup>128</sup>. Credo che sia così ma si deve individuare quale sia il tratto, oggi relativamente stabile, del principio e la filosofia ci viene in aiuto.

Come insegna Derrida "il diritto è essenzialmente decostruibile, sia perché costruito su strati testuali interpretabili e trasformabili sia perché il suo fondamento ultimo non è fondato". La Giustizia invece non è decostruibile per un motivo chiaro. "La decostruzione è la giustizia", ordina di calcolare con un procedimento preciso che si fonda su "una memoria storica e interpretativa", la quale "spinge a denunciare limiti teorici e ingiustizie concrete" e "richiama a un sovrappiù di responsabilità quando un assioma gode di molto credito". Ciò attraverso due tecniche. "un aspetto dimostrativo di paradossi logico-formali" e una corretta interpretazione dei testi.

Secondo questa lucida visione il giusto non è mai garantito da una legge e una decisione giusta si avrà solo se "il giudice non segue solo la regola ma l'assicura, l'approva, ne conferma il valore attraverso un'interpretazione restauratrice, come se la legge non esistesse prima e l'inventasse lui stesso per il singolo caso". Ciò non significa incoraggiare una giustizia caso per caso. Il giudice non può operare senza un ordine o al di fuori di esso. La sua decisione sarà giusta quando sarà conforme a un diritto o una convenzione che "autorizzano un calcolo" secondo un'origine fondatrice come lo Stato moderno o l'atto istitutivo di una costituzione". Secondo quindi un sistema di fonti.<sup>129</sup> Sicché la giustizia "non è il diritto, è il movimento stesso della decostruzione all'opera nel diritto".

La decisione è un momento delicatissimo, ma sarà giusta se è aperta alla concreta relazione da regolare<sup>130</sup> "perché ogni avanzata della

<sup>122</sup> FIORAVANTI, *La Corte e la Costituzione nella democrazia costituzionale*, cit.; ID., *Il legislatore e i giudici*, cit., p.7; ID., *Il diritto nelle opere*, cit., p.111 e 123-124.

<sup>123</sup> VETTORI, *Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in ERCL, 2013, p.221.

<sup>124</sup> DERRIDA, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità"*, Torino, 2003, p.49.

<sup>125</sup> Se è così non credo sia utile tornare al dilemma del prezzo giusto sepolto dalla storia. Affermarne l'esigenza o negarla non aggiunge niente al nostro tema di fondo. E' piacevole leggere posizioni diverse su questo tema ma non credo che "a welfarist (economic) conception of justice best explains the existing (European) rules on contract formation an price. And its also casts a long and dark scado over general 'fair proce rule'<sup>125</sup>. Come reputo scontato concludere che "the preence and the absence of a fair price rules is compatible with a legitimate and just contract law regime" (EIDENMULLER, *Justifying Fair Price Rules in Contract Law*, in ERCL 2015, p.220).

<sup>126</sup> HESSELINK, *Could a fair price rule (or its absence) be unjust? On the relationship between contract law, justice and democracy*, in ERCL, 2015, p.185, il quale osserva che la scelta compete al legislatore e un principio di giustizia meno denso esige ancora che "the law can (and will at some point) be justified in non-sectarian terms, but given that such more neutral grounds are readily avaiable on either side of the debat".

<sup>127</sup> Si veda HESSELINK, *Five political ideas of European contract law*, in ERCL, 2011, p. 295.

<sup>128</sup> CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, p. 447.

<sup>129</sup> DERRIDA, op.cit., p. 76.

<sup>130</sup> LÉVINAS, *Totalità e infinito*, Milano, 2016, p.81.



politicizzazione (seppur necessaria) obbliga a riconsiderare, a reinterpretare i fondamenti stessi del diritto così come erano stati ..calcolati e delimitati”<sup>131</sup>.

Insomma “la giustizia incalcolabile ordina di calcolare tutto ciò che le è vicino”<sup>132</sup> e il suo tratto è “l’emersione della diversità che raffina la nostra sensibilità per le differenze”, contro l’astrazione della modernità<sup>133</sup>. La consapevolezza insomma che la legge generale e astratta non è più idonea a fissare a regolare il diritto dei privati e il ruolo del legislatore e della giurisprudenza.

## 6. L’effettività come principio valutativo, integrativo e correttivo.

L’utilizzo del principio esige un chiarimento essenziale.

La concezione istituzionale<sup>134</sup> non attribuisce all’effettività un significato esterno, ma interno alla dinamica giuridica “poiché essa è il diritto obbiettivo e perciò non esige alcun altro fondamento”<sup>135</sup>. Occorre solo che il fatto, per essere giuridicamente rilevante, sia valutato da una “una coscienza storicamente determinata in una data collettività”<sup>136</sup>. In tal modo la “riflessione si sposta dall’effettività alla misura scelta per calcolare il peso giuridico dei fatti”<sup>137</sup> e si espone alla critica di trascurare, del tutto, la dimensione normativa.

La prospettiva opposta è chiarissima<sup>138</sup>. Non esiste un criterio unico ed universale. Nella valutazione dei fatti “ciascuno di noi sceglie il proprio criterio nessun criterio è interdetto, nessun criterio è obbligatorio; la scelta è affidata alla volontà del singolo “ che sceglie la norma fondamentale ,molteplice e discorde come garanzia di validità dei criteri di giudizio applicati ai fatti storici”. “ Questa scelta lo può condurre all’interno di “ uno Stato, o in una banda criminale, o in una setta mistica, o in un gruppo rivoluzionario”<sup>139</sup>. Non

esiste un ordine concreto preconstituito<sup>140</sup>. “Norma e fatto comunicano attraverso il giudizio, i fatti restano ciò che sono, ma vengono messi a confronto dal soggetto giudicante” che è ciascuno di noi quando scegliamo la norma “fondamentale che governa la nostra vita”. Insomma il significato giuridico dell’effettività non è oggettiva, ma sta “piuttosto in noi che giudichiamo i fatti dall’esterno e li commisuriamo ad un criterio da noi prescelto”<sup>141</sup>.

A ciò è possibile replicare che la rilevanza giuridica dei fatti e delle situazioni soggettive presuppone un ordine<sup>142</sup> espresso da un sistema di fonti. Nel pensiero europeo del primo novecento “ la teoria politica trae la giustizia dal valore indiscusso della spontaneità”; ma in tal modo non si fonda una teoria né si enuncia una verità oggettiva per il semplice motivo che la libertà individuale non ha l’ultima parola<sup>143</sup>. Un passo in avanti si ha quando si prende in considerazione l’Altro<sup>144</sup> e “la società che è luogo della verità”<sup>145</sup>. Il diritto, in questa dimensione, deve tener conto dell’estensione del diritto altrui, e della giustizia che si presenta sempre con “una certa dissimmetria e una qualche violenza”, perché esige di rimuovere le differenze ed ha “come statuto di verità” il fare”, il “forse”<sup>146</sup> e un giudizio che si manifesta come attenzione all’alterità , come vera “condizione della storia”<sup>147</sup>.

<sup>140</sup>Come teorizzato da ROMANO, *L’ordinamento giuridico, passim* e da SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino, 2002, p. 14, ma anche ID., *Dialogo sul potere*, Milano, 2012, *passim*.

<sup>141</sup> Così IRTI, *Significato giuridico*, cit., p.32.

<sup>142</sup> ROMANO, *Frammenti di un dizionario*, cit. p. 209ss.

<sup>143</sup> LÉVINAS, op.cit., p.82 “La libertà spontanea dell’io che non si preoccupa della propria giustificazione è un’eventualità inscritta nell’essenza dell’uomo separato: di un essere che *non partecipa più*”, p.89; e sul punto anche DERRIDA, op.cit., p.74.

<sup>144</sup> LÉVINAS, op.cit., p. 96 “La sua esistenza giustificata è il fatto principale,” perché “se l’altro può investirmi ed investire la mia libertà di per sé arbitraria, questo significa che io stesso, posso, in fin dei conti sentirmi come l’Altro dell’Altro “La significazione degli esseri si manifesta non nella prospettiva della finalità, ma in quella del linguaggio”. “il silenzio non è una semplice assenza di parola. E’ l’inverso del linguaggio: l’interlocutore ha dato un segno ma si è sottratto a qualsiasi interpretazione-e qui è il silenzio che spaventa” p.90.

<sup>145</sup> LÉVINAS, op.cit., p.83. “l’essenza della ragione non consiste nel garantire all’uomo un fondamento e dei poteri, ma nel metterlo in questione e nell’invitarlo alla giustizia” p.87. “ io non sono solo...la società è il luogo della verità” p, 100.

<sup>146</sup> DERRIDA, op.cit., p. 82 “ *Forse*, bisogna sempre dire *forse* per la giustizia...C’è giustizia solo nella misura in cui c’è l’evento possibile, evento che in quanto tale eccede il calcolo, le regole, i programmi , le anticipazioni ecc. Questo eccesso della giustizia rispetto al diritto e al calcolo..non può e non deve servire da alibi per astenersi dalle lotte giuridico-politiche, all’interno di una Istituzione o di no Stato”.

<sup>147</sup> Così LÉVINAS, op.cit., p.87 e 88.: ma anche DERRIDA, op.cit., p. 82 secondo cui l’affermazione di Levinas (la verità

<sup>131</sup> Né essa può “essere un alibi per astenersi dalla lotta giuridica e politica all’interno di un istituzione”. Abbandonata a sé stessa la giustizia “ è sempre prossima al male, ovvero al peggio perché il calcolo più perverso può sempre riappropriarsene”. “Una garanzia contro questo rischio esige di saturare e suturare l’appello alla giustizia, sempre ferito”.

<sup>132</sup> DERRIDA, op.cit., p. 79-85.

<sup>133</sup> LYOTARD, *La condizione postmoderna*, (trad. it di C.Formenti), Milano, 2012, p.7

<sup>134</sup> ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, p.49.

<sup>135</sup> IRTI, *Significato giuridico dell’effettività*, cit., p.13,15.

<sup>136</sup> PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953, p.139.

<sup>137</sup> IRTI, *Significato giuridico dell’effettività*, op.cit.13,

<sup>138</sup> IRTI, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, p.137-140.

<sup>139</sup> IRTI, *Significato giuridico*, cit., p.31.

Questo giudizio investe anche i fatti e la loro percezione effettiva. Conoscere significa comprendere e giustificare, privando il fatto “di ciò che è compiuto, di ciò che è passato”; isolando la verità che da esso promana ed orienta. Solo in questo momento “passiamo da un’attività che non tiene in considerazione niente ad una considerazione critica del fatto” che deve cogliere quelle differenze nella realtà da valutare in base ad un testo che per noi è la Costituzione reubblicana.

Con essa si supera un ordine basato sulla sovranità di un centro politico e la libertà dei singoli. Si fondano invece valori primi ed equidistanti. La inviolabilità dei diritti e la solidarietà che non hanno bisogno di un centro, ma di un bilanciamento. Un eccesso di garanzie o di doveri rompe l’equilibrio, espresso da un patto che obbliga ogni cittadino a camminare assieme verso una direzione “giusta” che deve assicurare a ciascuno una esistenza libera e dignitosa. Non un obiettivo ideologico che divide, ma un principio costituzionale che unisce. Che deve essere realizzato non dallo Stato ma dalla Repubblica. Non solo dalla Politica, dunque, ma da un coordinamento fra i poteri legislativo, giudiziario e amministrativo.

Diviene chiaro allora che l’*essenza giuridica del fatto*, distinta dall’efficacia<sup>148</sup>, orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva o del conflitto perché consente di *conoscere* il fatto, nella sua essenziale manifestazione della diversità e delle differenze, e di *valutarlo* tramite il principio di effettività rispetto a un ordine descritto negli articoli 117, 2 e 24 cost., 13 Cedu e 47 carta di Nizza.<sup>149</sup>

Sicché, in caso di violazione della situazione in tal modo protetta si dovrà esaminare la tutela prevista da regole (interne e comunitarie) e dalla giurisprudenza consolidata. Se la protezione non è adeguata andrà ricondotta ad uno standard costituzionale interno o comunitario attraverso un’interpretazione integrativa, legittimata da una fonte costituzionale. Ed è chiaro che, in questi limiti, *il principio di effettività non riduce il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto* in virtù di norme di sistema che attribuiscono al giudice e all’interprete questo potere<sup>150</sup>.

presuppone la giustizia) “presuppone sempre la dimensione di giustizia degli enunciati performativi, cioè la loro essenziale precipitazione. Questa non si dà mai senza una certa dissimmetria e una qualche violenza”.

<sup>148</sup> Anche se diverse sono le ricostruzioni concettuali proposte sul punto: per una sintesi VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 378.

<sup>149</sup> REICH, op. cit. 213ss.

<sup>150</sup> GAVAZZI, *Effettività, principio di*, in *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma, 1989, p. 4.

Certo il principio non rende giuridico qualsiasi fatto: al contrario è strumento per valutare se una situazione è ordinata in diritto attraverso una selezione dei fatti e interessi rilevanti proprio in base all’effettività<sup>151</sup>. La critica di confondere così fatto e diritto non coglie nel segno. Il principio è fonte di diritto e richiama, in ogni singolo problema di vita, un metro di valutazione espresso dall’ordine che si deve attuare. La Corte costituzionale italiana interviene per garantire la effettività della tutela dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia assicura nell’ambito comunitario il massimo effetto utile delle direttive, a protezione del mercato, dei consumatori e di altri soggetti. La Corte di Strasburgo assicura l’effettività di un ordine che impone il rispetto della Convenzione europea dei diritti umani da parte degli Stati aderenti.

In ogni caso l’effettività è utilizzata dalle Corti *come antidoto alla astrattezza delle tutele e delle situazioni soggettive, arricchisce il loro contenuto ampliando gli obblighi positivi degli Stati e favorendo l’attuazione giurisprudenziale di rimedi capaci di rimuovere gli ostacoli al loro esercizio e adeguati alla protezione sostanziale dell’interesse*<sup>152</sup>.

Le finalità e le potenzialità sono insomma chiare. Eliminare le restrizioni nella protezione dei diritti, potenziare la funzione ermeneutica e individuare i rimedi più adeguati alla lesione<sup>153</sup>.

Tutto ciò nella pluralità di ordinamenti che esigono tutele diversificate per fatti conoscibili attraverso la decostruzione delle regole (giustizia) e la verità giuridica del fatto (effettività). Attività proprie del giudice ma non solo.

L’ermeneutica di per sé non è sufficiente ma deve coniugarsi con la dogmatica che sola può ridurre la complessità del sistema ed evitare che si prospetti una pluralità di possibili decisioni, inaccettabile per il sistema giuridico. Come si è osservato, da tempo<sup>154</sup>, ci sono solo tre vie di uscita: una decisione “programmata nei dettagli dalle leggi”, l’individuazione di un ordinamento” transitivo di tutti i valori rilevanti”, oppure l’”uso di criteri indeterminati e mutevoli, fissati relativamente al caso singolo e solo per esso”. Tutte queste soluzioni presentano “manifestamente delle

<sup>151</sup> PIOVANI, *Effettività (principio di)*, cit. p. 430

<sup>152</sup> Fra le prime sentenze: Corte eur. dir. uomo, *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, par. 24-28 (in tema di maltrattamenti familiari e l’assenza di una tutela adeguata ed effettiva della donna coniugata); *Lopez Ostra c. Spagna*, 9 dicembre 1994, par. 52-58 (in tema di emissioni intollerabili); *Opuz c. Turchia*, 09 giugno 2009 (ancora su maltrattamenti familiari e rimedi statali ineffettivi).

<sup>153</sup> Indica questa triplice funzione della effettività nelle pronunzie della Corte di Giustizia REICH, op. cit., p. 91.

<sup>154</sup> N. LUHMANN, op. cit., p. 79.



difficoltà” ed “hanno in comune la tendenza a fare ameno della dogmatica giuridica”<sup>155</sup>.

Ma ciò esige un altro tipo di riflessione.

---

<sup>155</sup> N. LUHMANN, op. loc. cit., p. 80