

L'ATTUAZIONE DEL PRINCIPIO DI EFFETTIVITA'. CHI E COME.

Di Giuseppe Vettori

| 187

SOMMARIO: 1. *Effettività e Fattualità.* - 2. *Effettività e Stato costituzionale di diritto. Le diverse visioni.* - 3. *Effettività e sovranità popolare. Legge e Amministrazione* - 4. *Effettività e scienza giuridica. Dalla critica all'evidenza all'ermeneutica.* - 5. *Effettività e giurisprudenza. La nomofilachia*

ABSTRACT. *Il saggio indaga il principio di effettività e ricostruisce chi e come sia chiamato ad attuarlo nel sistema contemporaneo.*

This paper analyses in depth the effectiveness principle in Italian law and how it is implemented between legislators, State agencies and judges.



1. Effettività e fattualità del diritto.

Effettività è una parola densa¹ se riferita a fatti che possono far sorgere certe posizioni giuridiche soggettive. Occorre toglierle peso per percepirne il senso operativo, che esige due chiarimenti essenziali².

L'essere effettivo non consente di per sé la trasformazione del fatto in diritto e non coincide con l'evidenza di una realtà che si impone da sé. Tutt'altro.

Per il diritto l'effettività è una qualità del fatto espressa da norme interne e sovranazionali (articoli 2, 24 della Costituzione, 47 della Carta dei diritti fondamentali, 13 della CEDU), anche se il suo significato va chiarito con il concorso di altre scienze umane e sociali³.

Nel pensiero filosofico il concetto trae argomenti dalla fenomenologia, dalle teorie sociologiche e giurisprudenziali⁴ e riceve un chiarimento

* Lo scritto è destinato agli studi in onore del Prof. Carlo Castronovo.

¹ P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in *La Crusca*, Firenze, Accademia della Crusca, n. 47, 2013, p.1 ss. e I. CALVINO, *Lezioni americane, la leggerezza*, Milano, 1988, p. 3.

² Sin d'ora, si vedano G. SALVIOLI, *L' "effettività" in diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, II, p. 280, P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*(voce), in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 420 e G. GAVAZZI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, 1989, 1-2 e N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009.

³ Con riferimento alla letteratura giuridica italiana più recente, si segnalano le indagini di A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 828; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; P. PERLINGIERI, *Il 'giusto rimedio' nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 1; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 112; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961; G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *ivi*, p. 787; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666; ID., *Effettività delle tutele (diritto civile)*(voce), in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381.

⁴ Ne fa uso la matematica con l'algoritmo composto da una sequenza dotata di universalità, determinatezza dei singoli passaggi, ed effettività, intesa come capacità di produrre un effetto reale P. ZELLINI, *La matematica degli dei e gli algoritmi degli uomini*, Milano, 2016, p. 13 "i primi avvertimenti che sarebbe stato il concetto di algoritmo a ereditare il senso della realtà matematica, cioè di tutto ciò che i matematici avvertono come reale ed effettivo, si registrano già nel primo decennio del Novecento" e, in particolare, p. 48 e p. 202.

essenziale dalle intuizioni di Heidegger come vedremo. E' frutto di un orientamento di pensiero ispirato al *realismo* a scapito degli eccessi di alcune forme di positivismo e coincide solo in parte con la "fattualità"⁵.

Su questo punto in particolare occorre soffermarsi subito.

Come si è detto benissimo "fattualità esprime una particolare e peculiare relazione tra 'fatti' e diritto"⁶. Il fatto è "una sorta di piattaforma che funge da imprescindibile contesto in cui il diritto opera". In certi casi fatti naturali sociali o economici acquistano una forza capace di plasmare il diritto perché "si radicano nelle strutture profonde della civiltà, premono di sotto in su" e determinano un adeguamento del diritto al fatto. Ciò è accaduto e accade oggi con particolare evidenza per il mercato, "Fattualità egemone per eccellenza, tanto da mandare in soffitta il legalismo formalista"⁷. Secondo questa lucidissima analisi quei fenomeni "contagiano il diritto" sicché l'ordine, naturale ed economico, diviene per sua natura giuridico⁸, nella struttura complessa dell'ordinamento ove "fatti e valori entrano e si saldano in un nesso"⁹ ove la fattualità è elevata a "momento costitutivo della struttura del diritto"¹⁰.

Resta da chiedersi quali fatti siano tali da assurgere, di per sé, a diritto e la risposta è altrettanto chiara. Il fatto può possedere *la capacità di divenire diritto*, ma il giurista positivo non può non avvertire che questa originaria qualità ha necessità di un *quid pluris*. Ciò non significa accogliere l'idea che "la selezione e conformazione del fatto sia di esclusiva competenza del legislatore"¹¹. Tutt'altro. Significa porsi alla ricerca

⁵ Così in modo limpido P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 34, ove si precisa che un "sottostante ordine naturale sociale economico, diviene per sua intrinseca capacità ordine giuridico, congiungendo e saldando la divisione per piani -il sociale, l'economico il giuridico- in una dimensione complessa ma assolutamente unitaria

⁶ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 79 e G. BENEDETTI, *Ritorno al diritto ed ermeneutica dell'effettività*, in *Persona e mercato*, 2017, 1, p.9.

⁷ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 81 ss. e G. BENEDETTI, *Ritorno al diritto ed ermeneutica*, cit., p. 8. Per un'analisi del presente, H. GEISELBERGER (a cura di), *La Grande regressione. Quindici intellettuali da tutto il mondo spiegano la crisi del nostro tempo*, Milano, 2017, p. 9.

⁸ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit. p.34.

⁹ G. BENEDETTI, *Ritorno al diritto ed ermeneutica*, cit., p. 8

¹⁰ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 34.

¹¹ N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *ivi*, 2015, p. 11; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv.dir.proc.*, 2016, p. 917 (tutti ora raccolti in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016). Per le citazioni nel testo v. G.BENEDETTI, *Ritorno al diritto ed ermeneutica*, cit., p. 10. Per una prospettiva, originale ed attenta a tale problema, si veda C.



di criteri selettivi della giuridicità che sono isolati con chiarezza. Il *consenso generale* che si fa diritto in una serie ampia di casi¹². Il *caso* che diviene precedente se tramandabile per effetto di un'argomentazione giuridica ordinante. *La ragionevolezza* come “principio alla cui stregua saggiare il fatto che ambisce a divenire diritto”¹³.

Questo raffinato dialogo evoca subito un problema: chi è chiamato ad attuare questo principio? E come?

2. Effettività nello Stato costituzionale di diritto. Le diverse visioni.

Il dibattito sulla funzione della giurisprudenza, il ruolo dei principi e la prevedibilità del diritto è fra i più attuali ed accesi. La diversità di posizioni è netta.

Da un lato si osserva che alla base delle teorie che pongono fine al positivismo fra otto e novecento¹⁴ c'è “un pregiudizio ideologico che vuol sostituire ad un processo democratico fondato sulla legge un assetto aristocratico affidato ad un'élite di sapienti”. In ciò si intravede un cuneo distruttivo dello Stato di diritto e in particolare una violazione chiara della separazione dei poteri che, a ben vedere, ha poco da dire sul punto, perché attiene ad un diverso modello sociale e politico che non fu accolto, per intero, dalle Costituzioni del 900 ove furono previsti precisi limiti alla sovranità popolare, da esercitare nell'ambito della legge (art. 1 Cost.)¹⁵.

D'altro canto si enumerano con lucidità le cause di un tramonto del diritto civile dovuto al prevalere del testo costituzionale, all'irrompere del diritto europeo e del ruolo dei giudici. Con una conseguenza chiara¹⁶. Il diritto diviene incalcolabile, privo di certezza e prevedibilità, a seguito di un'erosione ritenuta devastante dei cardini delle società occidentali capitalistiche¹⁷.

In questa autorevole visione il principio di effettività, dissolve la dogmatica, e sorregge “esiti interpretativi incerti”¹⁸. Non solo. Non aggiunge niente alla dinamica giuridica “perché essa è il diritto obbiettivo e perciò non esige alcun altro fondamento”. “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 l'effettività è priva di un significato oggettivo e la sua essenza sta “in noi che giudichiamo i fatti dall'esterno e li commisuriamo ad un criterio da noi prescelto”¹⁹.

La posizione diversa è altrettanto netta.

Occorre collocare il soggetto e la legge nell'ordine attuale, frutto del superamento di alcuni presupposti dello Stato di diritto da parte dello Stato costituzionale, emerso in molti paesi europei dalla seconda metà del novecento²⁰. Si invita la dottrina civilistica a rifondare le proprie categorie in virtù anche dei nuovi soggetti che producono diritto²¹. Si ricorda che essa ha il preciso compito, nel processo democratico, di far ordine nei confronti del magma socio-politico del pos-moderno assieme alla legge e ai giudici²². Non fosse altro perché l'art. 33 della Costituzione proclama la Libertà della Scienza e dunque un ruolo dei Giuristi nel fissare la modalità più efficiente di dare risposte ai problemi di vita regolati da una pluralità di norme e principi, espressi nel nuovo sistema delle fonti delineato dall'art. 117²³.

Non può che iniziare da qui una riflessione sulla effettività dell'ordine democratico costituzionale. Che si deve fondare sulla Potestà legislativa (art.117, Cost.) espressione di un Potere di indirizzo politico, una Magistratura Indipendente (art. 101, Cost.) capace di un'effettiva *nomofilachia* e una Scienza Libera (art. 33, Cost.), dotata di un'effettiva

incalcolabile, cit. p. 39). Sul punto si vedano le interessanti riflessioni svolte da F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re- incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, 2, p. 419 e di L. NIVARRA, *Dalla crisi all'eclissi: ovvero da un paradigma all'altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 3, p. 801.

¹⁸ C. CASTRONOVO, *Eclissi, cit.*, p. 237.

¹⁹ N. IRTI, *Significato giuridico, cit.*, p.13.

²⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, p. 295 ss.; ID., *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale. Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it; ID., *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2016, p.7; ID., *Costituzione italiana: articolo 2*, Roma, 2017.

²¹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile, cit.*, p. 212 e ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, p. 39.

²² P. GROSSI, *Ritorno al diritto, cit.*, p.21.

²³ Ho già espresso questa idea in G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?, cit.*, p. 883.

CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, e N.LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

¹² F. SANTORO PASSARELLI, *Quid iuris?*, in ID., *Ordinamento e diritto civile, Ultimi saggi*, Padova, 1988, p. 25.

¹³ G. BENEDETTI, *Ritorno al diritto ed ermeneutica, cit.*, p.10 e 11. In argomento, si vedano S. TROIANO, *La “ragionevolezza” nel diritto dei contratti*, Padova, 2005 e G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, nonché P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. X.

¹⁴ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc.dir.*, *Annali IX*, 2016, p. 393 ss.

¹⁵ Mi permetto di richiamare sul punto G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto?*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 869.

¹⁶ C. CASTRONOVO, *Eclissi, cit.*, p. 9.

¹⁷ N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. dir. soc.*, 2015, p. 1811 (ora in *Un diritto*



Auctoritas. Elementi base di un ordine conforme ai valori espressi dal patto costituente.

3. Effettività e sovranità popolare. La legge e l'Amministrazione.

| 190

Cominciamo dalla Politica cui si imputa in tutte le democrazie occidentali un *deficit* evidentissimo²⁴. Tramontata l'idea che il potere tragga origine da una fonte divina negli Stati moderni la legittimità finisce per coincidere con la legge, ma si avverte ben presto la possibile e spesso evidente cesura fra valori e norme. Fra legittimità e legittimazione del potere. Il perché fa parte della storia del pensiero politico.

Dopo Hobbes, Locke e Rousseau, Weber individua tre forme di legittimità: “la tradizione dell'eterno ieri, il dono di grazia del capo carismatico e la fiducia razionale nella legge”²⁵. Ma si deve a Carl Schmitt l'analisi più lucida e terribile sul potere. Che non deriva, egli osserva, dalla natura o da Dio ma “da un uomo che lo esercita su altri uomini”²⁶. Si basa su un'obbedienza che non è gratuita, ma legata ad una protezione ed ha sempre un plusvalore, perché non è mai “la somma di tutti i singoli consensi che ottiene”. Il perché è evidente. Il Potere ha una “dimensione oggettiva e autonoma”, legata alla condizione umana²⁷ e alcune costanti.

²⁴ C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, Milano, 2012. Si tratta, come è noto, di un testo concepito per essere trasmesso alla radio nel 1954 e poi pubblicato in Spagna, Germania e Italia; ma sul punto con visioni opposte si veda I. DIONIGI (a cura di), *Elogio della politica*, Milano, 2009, p. 11, ove si motiva il perché dell'elogio con le parole degli antichi di Atene, Gerusalemme, Roma a cui seguono (p. 16 ss.) i saggi di E. Bianchi, M. Cacciari, D. del Giudice, I. Dionigi, U. Eco, V. Gregotti, G. Ravasi, G. Zagrebelsky. Per una visione molto diversa si veda E. SEVERINO, *Il tramonto della politica. Considerazioni sul futuro del mondo*, Milano, 2017 ed *ivi* p. 7: la tesi centrale del libro è l'inevitabilità del passaggio che dalla gestione politica dei processi politici conduce alla gestione techno-scientifica dei processi. Il “tramonto della politica” è l'avvento della “grande politica”. *Tecnica e filosofia* sono le due dimensioni da cui la “grande politica” è costituita”.

²⁵ M. WEBER, *Economia e società, Diritto*, Roma, 2016 p. 67 (ma si veda anche W. GEPHART, *Introduzione*, in *ivi*, p. XLI, XLVIII, LXXV) e M. WEBER., *Le origini del capitalismo moderno*, Roma, 2009 (e C. TRIGILIA, *Introduzione*, in *ivi*, pp. 9, 11 e 12).

²⁶ C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., p. 14.

²⁷ C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., pp. 18- 21: come ci ha insegnato Hobbes, “dalla debolezza nasce il pericolo, dal pericolo la paura, dalla paura il bisogno di sicurezza e da quest'ultimo appunto, la necessità di un apparato protettivo con un'organizzazione più o meno complessa. Eppure, malgrado ciò, “al momento opportuno chiunque può uccidere chiunque: Un debole può trovarsi nella condizione di far fuori il più forte e potente degli uomini. In ciò gli uomini son veramente eguali, giacché sono tutti minacciati e tutti in pericolo”

Come l'importanza dell'“anticamera” del potente, del “gabinetto politico”²⁸.

Resta un interrogativo di fondo. Se il potere non viene da Dio ma dagli uomini, come può essere buono o cattivo, giusto o ingiusto? La risposta di Schmitt è netta. “La realtà del potere è al di sopra della realtà dell'uomo”, sicché non è né buono né cattivo né neutro; è “una realtà autonoma rispetto a ciascuno, anche rispetto al potente, che il potere irretisce nella propria dialettica. Il potere è più forte di ogni volontà di potenza, più forte di ogni bontà umana e, per fortuna, anche di ogni umana cattiveria”²⁹. L'unica risposta possibile è questa. “Nonostante tutto essere uomo resta una decisione”³⁰.

²⁸ C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., p. 22. Anche qui, non è superfluo riportare passi del testo. Il soggetto nelle cui mani stanno le grandi decisioni politiche “può realizzare la sua volontà solo a determinate condizioni e con determinati mezzi... deve fare affidamento su resoconti e informazioni ed è dipendente dai suoi consiglieri... al mare fluttuante e sconfinato di verità e menzogne, realtà e possibilità, anche l'uomo più intelligente e potente può attingere al massimo alcune gocce. Sta qui splendore e miseria dei principi assoluti” (*ivi*, p. 22). Chi è “chiamato a riferire di fronte al potente gli fornisce informazioni è già partecipe del potere”. I potenti si rivolgono al proprio cameriere personale altri allo chauffeur o all'amante “davanti ad ogni camera del potere diretto si forma un'anticamera di influssi e poteri indiretti, non c'è potere umano che non abbia questa anticamera e questo corridoio”. Ciò può essere fonte di abusi e regolato ma “l'anticamera non può essere aggirata”. In essa si incontra di tutto. Può coincidere con una vera Sala di Stato o essere solo un “gabinetto privato” ma più il potere si concentra (in un uomo o un gruppo di uomini) “tanto più è violenta, accanita e sotterranea anche la lotta tra coloro che occupano l'anticamera e controllano il corridoio” (*ivi*, p. 25).

²⁹ C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., Dal momento in cui il potere si è umanizzato – dalla Rivoluzione francese – si diffonde l'idea che il potere sia in sé cattivo e per fare un passo in avanti occorre ancora richiamare Hobbes: “Nei confronti degli altri uomini dai quali si sente minacciato, l'uomo è più pericoloso di ogni animale nella misura in cui le sue armi sono più pericolose di quelle dell'animale” (*ivi*, p. 36). “Oggi la pericolosità dei mezzi tecnici è aumentata a dismisura. Quindi anche la pericolosità dell'uomo nei confronti degli altri uomini è cresciuta in proporzione. La differenza fra il potere e l'impotenza aumenta così in modo talmente sconfinato da collocare il concetto stesso di uomo entro un quadro problematico del tutto nuovo”, la tecnica. “Le masse umane che si sentono esposte, inermi, agli effetti dei moderni mezzi di distruzione sanno anzitutto di essere impotenti”.

³⁰ C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., p. 44. Sul punto, si veda M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'ottocento*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione fra otto e novecento*, Milano, 2001, II, p. 605 e, in particolare, p. 628 (Schmitt ricerca un criterio giuridico al di fuori di ogni aspirazione a far ricerca sociologica.. non si tratta di contrapporre “Validità ed effettività, norma e prassi empirica” o legge astrattamente valida e vita quotidiana” ma di ricercare per la prassi un altro criterio di validità ad essa specifico, diverso da quello legislativo-normativo della conformità alla legge”) e pp. 629-630 (“Questo criterio è quello “della determinatezza giuridica”



Questa nota analisi necessita di un commento. Lo scritto, pubblicato assieme al dialogo sul nuovo spazio, rappresenta un cambiamento radicale dell'autore, che ha "voltato le spalle al nazismo cui ha aderito e con cui ha fattivamente collaborato dal 1933 al 1936, ma da cui ha preso le distanze già dalla fine del 1936". Anche se ciò non gli impedì ancora nel 1939 di "omaggiare pubblicamente il *Führer* come l'uomo capace di dare "realità politica verità storica e un grande futuro sul piano internazionale al Reich tedesco"³¹. Di tutto ciò l'autore fu chiamato a discolarsi davanti ai Giudici di Norimberga; subì un periodo di carcerazione e dovette ribattere l'accusa di aver fornito "la base teorica della politica hitleriana del grande spazio" (di aggressione ed espansione) e di aver giustificato "l'accesso diretto al dittatore Hitler" da parte di alcuni giuristi e burocrati. La sua difesa, in quest'ultimo caso, fu affidata ad una memoria poi pubblicata, nel 1958, con il titolo '*Il problema della legalità*', ove si fa cenno espresso al '*Dialogo sul potere*'³² che va esaminato, come si è notato giustamente, sotto due profili. Come "distaccata anatomia *super partes* puramente descrittiva, della dialettica immanente in qualsiasi potere", ma senza dimenticare quella memoria processuale "in cui uno Schmitt messo alle corde elenca con estrema lucidità gli elementi in effetti demoniaci del potere hitleriano: la concentrazione estrema di tutto il potere nelle mani di un unico individuo che si pretendeva non solo onnipotente ma anche onniscente". Titolare di ogni e qualsiasi potere³³.

Con ciò si sono posti esattamente in luce due aspetti. L'aspetto demoniaco non del potere ma del suo arbitrio e il fascino "che almeno inizialmente, la figura del *Führer* esercitò su un'intelligenza conservatrice che vi vedeva la panacea di tutti i mali del liberalismo e della democrazia weimariana". Non solo. Come si è ancora osservato, Schmitt non si distaccò da questa colpa storica negli scritti dal 1933 al 1936, legittimando anzi nel famigerato saggio sul *Führer* *potegge il diritto*, l'assassinio

che costituisce appunto il "punto di vista normativo" della prassi e che consente... di giungere a "decisioni calcolabili" di perseguire con sufficiente successo quei valori che sono posti alla base dell'indagine schmittiana affidabilità, certezza, prevedibilità, stabilità. Arriviamo finalmente alla formulazione di Schmitt. Una decisione della prassi è giusta quando è possibile affermare che in quel modo avrebbe deciso un altro giudice: "Un altro giudice significa qui il tipo empirico del moderno giurista colto".

³¹ G. GURISATTI, *Postfazione*, in a C.SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., p. 108, e il richiamo a C.SCHMITT, *Il concetto di Reich nel diritto internazionale*, in A. CARACCILO (a cura di), *Posizioni e concetti in lotta con Weimar*, Ginevra-Versailles, 1923-1939, Milano, 2007, p. 521.

³² G. GURISATTI, *Postfazione*, cit., p.112.

³³ G. GURISATTI, *Postfazione*, cit., p.115.

delle SA nella Notte dei lunghi coltelli, plaudita come "suprema amministrazione della giustizia... operata.. da un mandante legittimo di un massacro che "nell'istante del pericolo in virtù della sua dittatura, crea immediatamente diritto in quanto giudice supremo". "In pratica Schmitt giustificava qui, con lucida consapevolezza, proprio quell'arbitrio demoniaco del potere che in seguito avrebbe rinnegato"³⁴.

Dunque, il Potere senza una cornice di regole costituzionali effettive sull'accesso e sulle competenze degli organi scivola nell'arbitrio con conseguenze sempre tragiche. Di più³⁵.

Come si è osservato esattamente "Il tentativo della modernità di far coincidere legalità e legittimità, cercando di assicurare attraverso il diritto positivo la legittimità di un potere è del tutto insufficiente. Le istituzioni di una società restano vive solo se entrambi i principi restano presenti e agiscono in essa senza mai pretendere di coincidere"³⁶ di appiattirsi l'una sull'altra³⁷.

Basta qualche esempio.

L'effettività delle regole e delle tutele non può che essere realizzata in primo luogo dalla legge e il diritto privato non sfugge a questa verità. Il codice civile necessita di interventi organici di riforma al pari di quanto è già avvenuto in Germania e in Francia ma l'assenza in Italia di una riflessione organica sul punto è sconcertante.

Se nel 1865 si è potuto affermare che codice e sistema coincidevano. Non si è mai potuto dire altrettanto per il Codice del 1942 che nasce quando un regime muore. Consolida idee in parte logore e non anticipa le nuove³⁸. Si sgancia con un tratto di penna, dall'ordinamento corporativo, ancorandosi ai

³⁴ G. GURISATTI, *Postfazione*, cit., pp.114-116.

³⁵ G. AGAMBEN, *Il mistero del male. Benedetto XVI e la fine dei tempi*, Roma-Bari, 2013, p.6

³⁶ G. AGAMBEN, *Il mistero del male*, cit., p. 7, e P. Ignazi, *Forza senza legittimità. Il vicolo cieco dei partiti*, Roma-Bari, 2012 p.3; Id. *Il potere dei partiti. La politica in Italia dagli anni settanta a oggi*, Roma-Bari, 2002^{II}.

³⁷ G. AGAMBEN, *Il mistero del male*, cit., p.7 e p. 19. Ciò che sta accadendo è chiaro. L'ideologia del mercato autosufficiente, dominante da almeno un decennio, ha sostituito con criteri esclusivamente tecnici alcuni parametri di giustizia (usate il termine che volete) che non può restare una "mera idea, del tutto inerte e impotente di fronte al diritto e all'economia" ma deve " trovare espressione in una forza capace di controbilanciare il progressivo appiattimento su un unico piano tecnico-economico di quei principi coordinati ma radicalmente eterogenei - legittimità e illegittimità. potere spirituale e potere temporale, *auctoritas* e *potestas*, giustizia e diritto- che costituiscono il patrimonio più prezioso della cultura europea".

³⁸ V. R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 240 ss. e. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, p. 8 ss.

valori costituzionali, ma mostra oggi segni evidenti di debolezza in vari settori.

Nella disciplina generale del contratto restano irrisolti temi come l'intervento correttivo del giudice, la disciplina delle sopravvenienze e gli strumenti di riequilibrio. Tutto ciò ha determinato la contrapposizione fra due modelli, in conflitto. Un assetto di origine giurisprudenziale che sperimenta nuovi rimedi tramite i principi costituzionali ed uno ancora legato agli schemi di un positivismo legislativo, spesso inadatto a regolare una società in profonda evoluzione che esige una revisione organica, tenendo conto dei precedenti giudiziari tramandabili e di una dottrina vigile e attenta³⁹.

D'altra parte il legislatore si è impegnato in importanti discipline di settore, in tema di famiglia e filiazione, società, rapporti bancari e finanziari, seguendo la corrente europea a ritmo alterno, ma spesso lasciando quelle novità in un quadro sistematico immutato. Con un risultato ibrido su alcune scelte di fondo.

La disciplina delle tutele nei rapporti bancari e finanziari necessita di un chiarimento essenziale, sulla priorità del rimedio risarcitorio nella fase prenegoziale ed esecutiva. Il lucido e utilissimo intervento, dieci anni fa, della giurisprudenza di legittimità deve essere oggi ripensato ma la legislazione interna e comunitaria non fornisce risposte effettive⁴⁰.

Sui diritti di terza generazione e la bioetica il quadro normativo è del tutto carente e lasciato alla giurisprudenza intervenuta lucidamente su temi sensibili come le disposizioni di fine vita e il parto anonimo. Senza parlare della procreazione artificiale ed eterologa o alle unioni di fatto e all'adozione⁴¹.

L'interpretazione applicazione del diritto appare sempre più come fonte di evoluzione e completamento del sistema. Non solo. Molti sono i nodi ancora da sciogliere fra cui, in primo piano, la retroattività della nuova disciplina della filiazione che suscita non pochi problemi nel bilanciamento fra il diritto fondamentale del figlio e le aspettative di chi ha maturato diritti successori incompatibili.

Anche la regolazione comunitaria mostra luci e ombre. Il legislatore non ha ritenuto di recepire neppure le indicazioni più forti dei gruppi di lavoro costituiti nei decenni passati, con l'unica eccezione

³⁹ Per una riflessione generale, ove (non a caso) manca un riferimento alle scelte italiane, si veda H. MICKLITZ, *On the intellectual of Freedom of contract and Regulation*, *Penn State Journal of Law & International Affairs*, 2015, p. 1.

⁴⁰ Mi riferisco, ovviamente, a Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724 in *Foro it.*, 2008, I, c. 784. Sul punto si veda F. RENDE, *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf*, in *Contratti*, 2017, p. 201

⁴¹ G. VETTORI, *Effettività*, cit., p. 396.

di una normativa sui contratti dei consumatori e di intermediazione finanziaria. D'altra parte la Corte di Giustizia e la Corte EDU sono intervenute su temi delicatissimi, ma spesso privi di una adeguata consolidazione normativa.

Su questi mutamenti radicali pesano problemi relevantissimi e il legislatore non può rimandare a lungo la distanza fra efficacia ed effettività di molte norme del nostro codice. Se accadrà il controllo di ragionevolezza della Corte Costituzionale sarà sempre più necessario.

Anche l'amministrazione ha un compito preciso⁴².

Non serve solo a rendere conoscibili gli ingranaggi statali ma è anch'essa "matrice di nuova legalità" proprio perché ha la funzione di dare visibilità e forza allo Stato. Tutto ciò è stato formalizzato nell'art.117 della Costituzione e la conseguenza è chiara. Anche l'Amministrazione deve confrontarsi con una normatività diffusa che ha bisogno della integrazione fra fatti e principi, i quali sono spesso i soli che "contribuiscono a legare validità ed effettività"⁴³. Basta un esempio. Le Regioni e gli altri organi decentrati sono tenuti a rendere effettivi i diritti fondamentali e la Corte Costituzionale ha indicato come. In presenza di un servizio essenziale per una persona con disabilità, non si può invocare la carenza di risorse, ma l'organo competente deve iscrivere in bilancio le somme necessarie, con priorità rispetto ad altre spese⁴⁴. Non solo. La Giustizia amministrativa è sempre più intesa come servizio e non come potere dopo centocinquanta anni dall'unità del Paese. In questa trasformazione è ancora fondamentale il rapporto fra effettività ed efficienza⁴⁵.

⁴² G.D. COMPORI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in G.D. COMPORI (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, Firenze, 2016, p. 7 e I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *ivi*, p. 85; F. FRIGORILLI, *L'efficienza della tutela alla prova delle azioni disponibili nel processo amministrativo e delle relative condizioni*, in *ivi*, p. 111; S. LUCATTINI, *Il giudice amministrativo alla prova dei fatti: per una specialità di servizio*, in *ivi*, p. 135.

⁴³ Si veda, G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuove leggi civ.com.*, 2015, p.151 e la dottrina citata (in part., G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, p.460).

⁴⁴ Corte cost. 16 dicembre 2016 n. 275 (su cui il si veda il commento di L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2339).

⁴⁵ Sul punto, ancora, G. D. COMPORI, *Dalla giustizia amministrativa*, cit., p.8 e F. MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150*



4. Effettività e scienza giuridica. Dalla critica dell'evidenza all'ermeneutica.

In questo contesto il compito della scienza è delicatissimo⁴⁶.

Al di là delle declamazioni e dei conflitti c'è una certezza. La scienza giuridica ha un compito delimitato da un *testo*⁴⁷ da fissare in un ordine che deve riflettere la contemporaneità⁴⁸. In questa opera fondamentale l'effettività è di grande aiuto.

Quasi un secolo fa Heidegger, in un corso di lezioni tenuto a Friburgo, poneva le basi per la costruzione sviluppata, poi, nelle opere successive⁴⁹. La critica alla filosofia tradizionale è netta. Essa, si osserva, pecca di vuota universalità. Si pone il compito di determinare il tutto dell'essere, nei suoi diversi ambiti, e si impegna, poi, in una sistematica capace di fissare uno scheletro dell'ordinamento complessivo ove collocare il singolo fenomeno. Il parallelo con la dogmatica giuridica e con il suo assolutismo, in quel' epoca, appare evidente. Tutto si svolge in una dimensione atemporale e astratta che suscita una reazione forte⁵⁰ e l'idea di "un corrompimento"⁵¹.

Ebbene "prima della teoria, per Heidegger, vi è, il fatto stesso della vita, l'apparire stesso della vita in quanto esistenza storica". La filosofia non ha il compito di prendersi cura dell'umanità universale", ma deve essere "filosofia del proprio tempo, logica e interpretazione della *vita come è adesso*"⁵².

anni dall'unificazione amministrativa italiana, in G. D. COMPORTE, *La Giustizia amministrativa come servizio*, cit., p. 233.

⁴⁶ V. ora G. BENEDETTI, "Ritorno al diritto" ed ermeneutica, cit., p. 3.

⁴⁷ Essenziale la lettura di G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, p. 261.

⁴⁸ Testo ove "pensiero giuridico organizza il suo mondo", B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1958, p. 3. In argomento, J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Milano, 1996, p. 7, 14 36 ss.; ID., *La razionalità dell'azione*, Milano 2001, p. 57 ss., 91 ss.; ID., *Creare il mondo sociale*, Milano, 2010, p. 53; G. SALVIOLI, *L' "effettività" in diritto internazionale*, cit., p. 280 ss. e in particolare P. PIOVANI, *Effettività*, cit., p. 420 ss.; G. GAVAZZI, *Effettività*, cit., 1-2.

⁴⁹ M. HEIDEGGER, *Ontologia. Ermeneutica dell'effettività*, trad. di G. Auletta, Napoli, 1992. Com'è noto, il testo riproduce tredici lezioni tenute a Friburgo nell'estate del 1923.

⁵⁰ M. HEIDEGGER, *Ontologia*, cit., p. 47 e il riferimento alla Repubblica di Platone ("Platonismo dei barbari perché manca l'autentico terreno di Platone", in *ivi* p. 48).

⁵¹ M. HEIDEGGER, *Ontologia*, cit., p. 50, corrompimento, questo, che Heidegger con Brentano imputa all'idealismo tedesco: "Un anno di letture e si può parlare di tutto...con schemi come forma-contenuto, razionale e irrazionale, finito-infinito, mediato-immediato, soggetto-oggetto" (*ivi*).

⁵² M. HEIDEGGER, *Ontologia*, cit., in quarta di copertina.

Da qui la tensione verso un carattere preciso: la temporalità che si rivolge all'esser-ci. "A partire dal quale la filosofia è". Per il quale l'ontologia riguarda "questioni, spiegazioni, concetti, categorie che sono sorti oppure non sono sorti da un mirare", l'esser-ci, appunto, di volta in volta⁵³. Con una precisazione fondamentale.

"L'esistenza non è mai oggetto ma essere" essa c'è solamente in quanto essa "è di volta in volta una vita" e ciò implica un'"*esplicazione ermeneutica che non è "un notiziario mondano su ciò che succede"*'. L'oggi l'esser-ci può essere compreso, "secondo il suo carattere ontologico, quando il fenomeno fondamentale dell'effettività è divenuto esplicitamente visibile".

Da qui l'esigenza di una **ermeneutica dell'effettività** che si fonda su un pilastro essenziale. "Una straordinaria misura di spirito critico perché **"niente è più pericoloso di una fede nell'evidenza."** Anzi **"quando il rapporto visivo con la cosa resta decisivo, altrettanto ostinato e frequente è il possibile ingannarsi in proposito"**⁵⁴.

Insomma va escluso con forza il **pregiudizio dell'evidenza** e procedere oltre con una consapevolezza forte.

"L'esserci non è una cosa come pezzo di legno; nemmeno qualcosa come una pianta e ancora meno è il soggetto nei confronti dell'oggetto. E' un essere peculiare. Un **oggetto di riflessione che può essere esplicitato da alcuni criteri**"⁵⁵ come la **coscienza storica** e la **filosofia**.

La prima ha un compito essenziale. Delineare un "quadro che non sia dipendente dalla posizione causale dell'osservatore", ma il risultato della "*liberazione dall'evidenza e dai pregiudizi personali dell'osservatore*"⁵⁶.

La seconda ha il compito di mettere in luce i caratteri fondamentali e di ordinare la temporalità che è un punto di partenza "*per ... una connessione di ordine*", scandita da alcuni processi. Accumulare e tipizzare, riportare la molteplicità dei tipi ad un contesto ordinato, formare nel contesto una o più direzioni⁵⁷.

⁵³ M. HEIDEGGER, *Ontologia*, cit.

⁵⁴ M. HEIDEGGER, *Ontologia*, cit., p. 51 "Chiamata forse, ad essere la coscienza della filosofia, essa è diventata la ruffiana del pubblico commercio dello spirito, *fornicatio spiritus* (Lutero)".

⁵⁵ M. HEIDEGGER, *Ontologia*, cit., p. 51.

⁵⁶ M. HEIDEGGER, *Ontologia*, cit., p. 58. Altro pregiudizio è la libertà e i punti di vista che secondo Heidegger "non è niente altro che un'esplicita appropriazione del punto di vista" (*ivi*, p. 81- 82).

⁵⁷ M. HEIDEGGER, *Ontologia*, cit., p. 62 e p. 66 "la filosofia offre all'esserci una protezione obbiettiva, una prospettiva di tranquillizzante sicurezza nell'accordo, lo splendore della



Insomma il pensiero “rende visibile l’esserci nella sua specifica mobilità”, attinta da uno stato di fatto che la coscienza storica ha fatto incontrare in tutta la sua ricchezza e la filosofia ha mostrato nella sua permanenza.

Se tutto ciò è vero o plausibile la legittimazione della scienza giuridica sta nella sua *Auctoritas* capace di comprendere e ordinare il presente. Frutto di Sapere e Sapere⁵⁸ che maturano e consolidano solo nella Libertà, altrimenti vuota o, peggio, deviata da un ossequio al Potere politico, economico o religioso⁵⁹.

5. Effettività e giurisprudenza. La nomofilachia.

Sulla legittimazione del giudice la letteratura è sconfinata⁶⁰, ma alcune letture recenti indicano alcuni tratti essenziali per orientarsi nel presente⁶¹.

immediatezza, della prossimità ad una vita e insieme anche il superamento di un investigare sui dettagli dal fiato corto, che si trascina lentamente e posticipa le grandi risposte.”

⁵⁸ R. BARTHES, *Lezione*, Torino, 1981.

⁵⁹ G. VETTORI, *Norme, concetti, argomenti*, in *Politeia*, 2016, p.120. Sia consentito anche il rinvio al mio, *Effettività, cit.*, p. 401.

⁶⁰ Connessa alla questione è il rapporto tra regole e principi (A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 464 e L. MENGONI, *I principi generali del diritto* ora in *ID.*, *Scritti*, I, Milano, 2011, p. 239) e sul tema, di recente si registra non a caso un notevole interesse nella letteratura più avvertita. Senza pretesa di completezza, si segnalano: V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 147; G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars int.*, 2009, p. 131; V. VELLUZZI, *Le clausole generali, Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 346; P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell’ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 159 (e in *ID.*, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, p. 113); S. PATTI, *L’interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 264; A. JANNARELLI, *Dall’età delle regole all’età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato postmoderno*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 991; F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1019 e, volendo, G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 126.

⁶¹ In particolare, si vedano i preziosi contributi di P. GROSSI, *Il giudice civile. Un’interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1135; *ID.*, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2015, p. 95; *ID.*, *Ordine, compattezza, complessità. La funzione inventiva del giurista, ieri e oggi*, Napoli, 2012, nonché i saggi di M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p.11; *ID.*, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *ivi*, 2001, p. 315 (entrambi i saggi sono raccolti in *ID.*, *Sui confini*, Bologna, 2002, p. 195 e 219); N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p.20 ss.; V. SCALISI, *Complessità e sistema, cit.*, p.147; U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, in *Teoria generale, fonti, diritti*, I, Torino, 2013, *passim*; N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc.*

Sono diverse le posizioni⁶² ma resta un punto su cui è possibile trovare una linea comune. Il caso ha una funzione ordinante a certe condizioni. Deve essere frutto di una “decisione come risultato di un computo logico” e di una attività ermeneutica che fa uso di tecniche argomentative chiare e capaci di tipizzare, usando categorie consolidate e verificate in concreto. Deve tematizzare il caso e saggiare la sua permanenza, fissata da una vera e propria “teoria della prassi”⁶³ ma anche da una efficiente nomofilachia, a cui si dedica oggi particolare attenzione⁶⁴.

Come si osserva esattamente fra le varie teorie sulla funzione inventiva o “formante” dell’ordinamento il giudice deve confrontarsi con questo valore mutato nel tempo nella stessa considerazione della legge sino ad assumere una funzione non accademica ma normativa, “tanto che il legislatore ha deciso di rilanciare questo concetto operativo in funzione di governo dell’impetuosa fluidità del diritto contemporaneo”⁶⁵. Il che può essere un bene purché non si intenda quel termine come in un passato oramai remotissimo.

La nomofilachia non può provenire dall’alto “in senso gerarchico e può essere solo “orizzontale” “circolare” e cetuale”. Deve essere promossa anche dai giudici di merito . che “misurano gli effetti pratici della giurisprudenza di legittimità”. Presuppone un ruolo critico della dottrina e non può che essere una dimensione “di ascolto delle voci che

civ., 2001, p. 697. Sul punto, mi permetto di richiamare anche G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato?*, *cit.*, p. 869.

⁶² Si veda, tra la sterminata letteratura intervenuta in argomento, il recente fascicolo monografico di *Questione Giustizia* (2016 n. 4) ed *ivi* i contributi di, R. RORDORF, *Editoriale*; L.FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*; G. PRETERROSSI, *La magistratura di fronte alla deriva post-democratica*; P.L. ZANCHETTA, *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)*; A.GIUSTI, *Giustizia e interpretazione in Cassazione*; F. MACARIO, *L’autonomia privata nella cornice costituzionale: per una magistratura evolutiva e coraggiosa*. Di grande interesse anche *Giudici e legislatori* (trascrizione di un dibattito svolto a Firenze il 30 ottobre 2015), in *Diritto pubblico*, 2016, p. 48.

⁶³ Tutto ciò è tratto ancora dalle sapienti pagine di G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell’interpretazione, cit.*, p. 35. Sul punto si veda anche il profondo e attento recente contributo di P. RESCIGNO – S.PATTI, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016.

⁶⁴ In argomento, si vedano, da ultimo, le lucide considerazioni di G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Cont.imp.*, 2017, p. 364.

⁶⁵ A differenza dell’art. 65 del r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 che “parla per la Cassazione di “organo supremo con la funzione di assicurare “ l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale” il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 si intitola “Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica” così, G. CANZIO, *Nomofilachia, cit.*, p. 365.



si levano da una società in continua evoluzione”. Insomma è una tecnica di formazione del precedente, agevolata dalla legge (art. 374 c.p.c.), che si fonda sulla motivazione e su un’*inventio* non limitata alla questione di diritto ma attenta alla ricostruzione del fatto ove “il contraddittorio e la motivazione sono presidi di legalità razionale” ma anche “fonti di legittimazione”⁶⁶

Tutto ciò ci avvicina al significato operativo dell’effettività.

La concezione istituzionale⁶⁷ ne parla⁶⁸ trascurando la dimensione normativa⁶⁹, la prospettiva opposta attribuisce alla libertà individuale l’ultima parola⁷⁰ con ogni conseguenza⁷¹. A ciò è possibile replicare che la rilevanza giuridica dei fatti presuppone un ordine⁷², una verità oggettiva⁷³ ed esige⁷⁴ di rimuovere le

differenze⁷⁵ in base al “testo”⁷⁶ della Costituzione repubblicana. Fondata su principi primi ed equidistanti, come la inviolabilità dei diritti e la solidarietà e resi effettivi non dallo Stato, ma dalla Repubblica. Non solo dalla Politica, dunque, ma da un coordinamento fra i poteri legislativo, giudiziario e amministrativo⁷⁷.

Diviene chiaro allora che l’*essenza giuridica del fatto*, distinta dall’efficacia⁷⁸, 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 2, 24 e 117 Cost., 13 Cedu e 47 carta di Nizza⁷⁹.

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 potere⁸⁰.

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. E’ un *antidoto alla astrattezza delle tutele e delle situazioni soggettive, arricchisce il loro contenuto ampliando gli obblighi positivi degli Stati e*

⁶⁶ G. CANZIO, *Nomofilachia*, cit., p.365-370 e, *ivi*, il richiamo a M. TARUFFO, *Legalità*, cit., p. 11 ss.

⁶⁷ S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, p. 49.

⁶⁸ E ciò “poiché essa è il diritto obbiettivo e perciò non esige alcun altro fondamento” (P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953, p. 139). Occorre solo che il fatto, per essere giuridicamente rilevante, sia valutato da una “una coscienza storicamente determinata in una data collettività”.

⁶⁹ N. IRTI, *Significato giuridico dell’effettività*, cit., p. 13.

⁷⁰ N. IRTI, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, p. 137-140. 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

⁷¹ Così N. IRTI, *Significato giuridico*, cit., p.32. “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”. Non esiste un ordine concreto precostituito . “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”

⁷² S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 209.

⁷³ E. LÉVINAS, *Totalità e infinito*, Milano, 2016, 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*”, *ivi*, p. 89); e sul punto anche J. DERRIDA, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell’autorità*, Torino, 2003, p.74.

⁷⁴ E. LÉVINAS, *Totalità*, 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.

⁷⁵ J. DERRIDA, *Forza di legge*, 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”.

⁷⁶ Così E. LÉVINAS, *Totalità*, cit., p.87 e 88; ma anche J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., p. 82 secondo cui l’affermazione di Levinas (la verità presuppone la giustizia) “presuppone sempre la dimensione di giustizia degli enunciati performativi, cioè la loro essenziale precipitazione. Questa non si da mai senza una certa dissimmetria e una qualche violenza”.

⁷⁷ V. da ultimo M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana: articolo 2*, cit., *passim*.

⁷⁸ Anche se diverse sono le ricostruzioni concettuali proposte sul punto: per una sintesi G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano, 2017^{III}, p. 584.

⁷⁹ N. REICH, *General Principles in EU civil law*, Cambridge, 2014, p. 213. Sulle fonti dell’effettività nel contesto internazionale si vedano anche I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 65-73 e D. IMBRUGLIA, *Effettività e poteri del giudice*, cit., p. 968-982. Per una rassegna della giurisprudenza di Strasburgo in tema di rimedio effettivo si rinvia a G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 77.

⁸⁰ G. GAVAZZI, *Effettività*, cit., p. 4.

*favorisce l'attuazione giurisprudenziale di rimedi capaci di rimuovere gli ostacoli al loro esercizio e adeguati alla protezione sostanziale dell'interesse*⁸¹.

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 lesione⁸². 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.

Il giudice⁸³ deve individuare il rimedio più adeguato in un sistema di fonti ove coesistono regole e principi,⁸⁴ con un ruolo ed un ambito diverso a seconda dell'ordine giuridico da rendere effettivo. La Corte di Giustizia mira a garantire l'effetto utile delle direttive e delle fonti comunitarie. La Corte EDU controlla che l'attività degli Stati assicuri una tutela effettiva delle

⁸¹ 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). Sull'effettività nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo si vedano: D. IMBRUGLIA, *La nozione di effective remedy dentro e oltre la Convenzione*, in P. GIANNITI (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 2015, p. 1546; F. DELLA NEGRA, *Diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e diritti dei consumatori*, in *ivi*, p. 1567 e M. MAURO, *Effettività e prescrizione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in *ivi* p. 1587. Sulla effettività della tutela nel processo di formazione del diritto europeo si veda, per tutti, N. TROCKER, *Dal "giusto processo" all'effettività dei rimedi. L'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in V. Colesanti, C. Consolo, G. Gaja, F. Tommaso (a cura di), *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, Padova, 2009, p. 453.

⁸² Indica questa triplice funzione della effettività nelle pronunce della Corte di Giustizia N. REICH, *General Principles*, *cit.*, p. 91. In questa direzione, tra la giurisprudenza italiana, milita Corte Cass., 17 settembre 2013 n. 21255 (in *Foro it.*, 2013, I, c. 3121; per un commento G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno resp.*, 2014, p. 150 e D. IMBRUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela. Note a margine di Cassazione 21255/2013*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 55). Sul significato interno dell'effettività della tutela: si vedano, *ex multis*, A. DI MAJO, *Tutela*, *cit.*, p. 372, I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, *cit.*, p. 54 e 57 e D. IMBRUGLIA, *Effettività e poteri del giudice*, *cit.*, p. 984-989.

⁸³ In argomento, U. MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2001, p. 105 ss.; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341 ss.; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, *ivi*, 2007, p. 2 ss.; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, *cit.*, p. 605 ss.; P.G. MONATERI, *Ripensare il diritto civile*, Torino, 2006.

⁸⁴ P. PERLINGIERI, *Il 'giusto rimedio'*, *cit.*, p. 1.

situazioni riconosciute dalla CEDU. La Corte costituzionale assicura la garanzia piena dei diritti riconosciuti, direttamente o indirettamente, dalla Carta nazionale.

Con una cautela precisa. La tutela è sempre strumentale rispetto ad una precedente valutazione strutturale dell'interesse. Sicchè il rimedio presuppone l'esistenza di una situazione soggettiva protetta⁸⁵. La ricerca della tutela effettiva "non incide sull'an della , ma solo sulle modalità di applicazione della protezione. Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligo sostanziale, ma intende fornire uno strumento di tutela adeguata, in presenza di violazioni di interessi e diritti, specie in presenza di forme complesse e fondamentali e di nuovi beni da tutelare"⁸⁶ con regole e principi⁸⁷ in presenza dei quali non si può parlare di una lacuna, ma di un fatto la cui essenza giuridica, ⁸⁸ distinta dall'efficacia⁸⁹, orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva. Per una serie di motivi chiari. I principi costituzionali, comunitari e della CEDU sono fonti di diritto per espressa indicazione dell'art. 117 della Costituzione. Essi consentono, dunque, come si è ricordato di "dar rilievo agli interessi materiali non formalizzati nella fattispecie o che la fattispecie non ha saputo indicare in modo pieno"⁹⁰.

La casistica che si è analizzata altrove⁹¹ mostra come tale operazione sia compiuta con rigore dalle Corti mentre la dottrina più recente, nel ribadire il principio chiovendiano chiarisce come si possa "intervenire sui mezzi di tutela giurisdizionale per correggere in via interpretativa i difetti di previsione normativa disseminati nel sistema"⁹², con il ricorso, anche ad un sistema di azioni atipiche in assenza di

⁸⁵ Sul punto G. VETTORI, *Prefazione*, in ID. (a cura di), *Remedies in Contract*, Padova, 2008; A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, op. cit. p.739; e U. MATTEI, *I Rimedi*, *cit.*, p. 108.

⁸⁶ A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 683. In giurisprudenza, la notissima sentenza delle Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n. 500 (in *Foro it.*, 1999, c. 2487).

⁸⁷ L.P. COMOGGIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1076. ss.

⁸⁸ I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, *cit.*, p. 59. La modalità di protezione dell'interesse non può che aprire "tutte le vie della tutela secondo il criterio universale dell'adeguamento degli effetti alla sostanza degli interessi espressi dal fatto giuridico"

⁸⁹ Anche se diverse sono le ricostruzioni concettuali proposte: sul punto, per una sintesi G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, *cit.*, p. 584.

⁹⁰ A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, *cit.*, p. 703.

⁹¹ G. VETTORI, *Effettività*, *cit.*, p. 401.

⁹² I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, *cit.*, p.72.



esclusioni espresse e in presenza di un interesse sostanziale protetto⁹³.

Tutto ciò attraverso un test di effettività⁹⁴. In caso di violazione della situazione protetta si dovrà esaminare la tutela prevista da regole (interne e comunitarie) e dalla giurisprudenza consolidata. Tale tutela dovrà essere misurata con il metro della effettività. Se la protezione non è adeguata andrà ricondotta ad uno standard costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa legittimata da una fonte costituzionale.

In questi limiti appunto *il principio di effettività attribuisce valore al fatto* in virtù di norme di sistema (artt. 2 e 24 Cost., 13 CEDU, 47 Carta di Nizza)⁹⁵ che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere⁹⁶. Tutto ciò con un uso corretto delle tecniche interpretative⁹⁷ delle norme interne e comunitarie⁹⁸. Tenendo conto della “specificità peculiarità delle controversie” e “valorizzando, in modo opportuno, gli strumenti di indagine e di conoscenza che le norme processuali prevedono, mediante un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito”⁹⁹.

L'attenzione al valore della certezza e prevedibilità¹⁰⁰ è messaggio forte e autorevole che deve essere recepito¹⁰¹. Ma questi fondamenti essenziali vanno storicizzati e non sono più assicurati solo dalla legge, come si è detto poc'anzi.

Occorre delimitare l'attività dell'interprete e riflettere su come si costruisce la decisione fra

regole e principi in un sistema multilivello¹⁰². Richiamare la necessità di una rigorosa argomentazione giuridica che richiede un metodo nuovo e una forte nomofilachia, dal basso e dall'alto¹⁰³ “capace di fornire sulle questioni più importanti un orientamento stabile”¹⁰⁴.

⁹³ Da ultimo I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività e efficienza*, cit., p.92.

⁹⁴ N. REICH, *General Principles*, cit., p. 91-98.

⁹⁵ Limitando i riferimenti alla sola bibliografia qui citata, a favore di un implicito riconoscimento dell'effettività della tutela tra i significati contenuti e affermati dall'art. 24 Cost. si collocano, tra gli altri, D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività*, cit., p. 930; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, p. 54-55; L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione*, cit., p. 1065 e 1076; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività*, cit., p. 828; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela*, cit., p. 982.

⁹⁶ G. GAVAZZI, *Effettività*, cit., p. 1.

⁹⁷ L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, cit., p. 1076.

⁹⁸ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003^{IV}, p. 13; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 342; ID., *Rimedi e dintorni*, cit. p. 703.

⁹⁹ Così da ultimo Cass. 4 giugno 2015, n.11564 (in *Foro it.*, 2015, I, c. 2742) ove si fa riferimento alla “esibizione di documenti, richiesta di informazioni... consulenza tecnica per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine.. per ricostruire la fattispecie nel rispetto del contraddittorio e fermo restando della parte che agisce in diritto di indicare in modo sufficientemente “plausibile” seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale”

¹⁰⁰ A. PUNZI, *Introduzione*, in G. BENEDETTI, *L'oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., *passim*.

¹⁰¹ Sul punto, ancora, si rinvia agli scritti ora raccolti in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit. (supra, nt. 11).

¹⁰² A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutele multilivello)* (voce), in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, p. 335.

¹⁰³ L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione:una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 2, p. 715 e G. BERTI - A. VELI (a cura di), *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011.

¹⁰⁴ L. BREGGIA, *La giustizia*, cit., p. 715.