

PERSONA E MERCATO AL TEMPO DELLA PANDEMIA

Di Giuseppe Vettori

| 3

SOMMARIO: 1. *Dal linguaggio del diritto al discorso sul diritto* - 2. *La fine delle narrazioni globali.* - 3. *Inviolabilità e Solidarietà come fonte di comportamenti dovuti.* - 4. *L'effettività come ricerca di rimedio adeguato all'interesse protetto.* - 5. *La rilettura possibile degli art. 1467 e 1463 c.c.* - 6. *Ermeneutica e dogmatica.* - 7. *Il diritto come ragione pratica.* - 8. *I chiaroscuri della scienza giuridica oggi.*

ABSTRACT. Il saggio – a venticinque anni dall'avvio di una riflessione su Persona e Mercato – ricorda i temi oggetto delle prime iniziative, i tratti e le speranze della globalizzazione, la crisi finanziaria del 2008 sino all'irrompere della attuale tragedia sanitaria. Emerge sempre più viva l'esigenza di ripensare Regole e Principi idonei a regolare i diritti, i doveri e i rapporti obbligatori e contrattuali, che spesso non trovano più nei Codici punti di riferimento certi. Particolare attenzione è prestata all'uso corretto dei principi costituzionali di inviolabilità, solidarietà ed effettività. Da attuare partendo dalle norme per individuare regole contestuali e rimedi adeguati agli interessi da regolare. Con un'attenzione particolare ad un metodo che sappia usare la dogmatica per un controllo rigoroso dell'argomentazione si da coniugare la positività del diritto con la ricerca delle risposte più adeguate ad ogni problema di vita.

The essay – twenty-five years after starting a reflection within Persona e Mercato – recalls the topics addressed in the first initiatives, the traits and hopes of globalization, the financial crisis of 2008 until the current health emergency. The need to rethink Rules and Principles suitable for regulating rights, duties and contractual relationships appears even more vivid, given that these often no longer find certain reference points in the legal Codes. Particular attention is paid to the correct use of the constitutional principles of inviolability, solidarity and effectiveness, which must be implemented starting from the rules and then identifying suitable remedies to protect interests. With the predisposition of a method able to use dogmatics in order to obtain an argumentation capable of conjugate written rules with the search for the most appropriate solutions to practical problems.



1. Dal linguaggio del diritto al discorso sul diritto.

4 Come si è osservato lucidamente, la scienza giuridica ha la funzione essenziale di trasformare, in ogni epoca, il linguaggio comune *del* diritto, nel discorso rigoroso *sul* diritto¹. Da qui l'esigenza di non identificarsi con *un* metodo o una visione di parte, ma di ricercare un dialogo costruttivo su ciò che può esprimere la più alta declinazione del ruolo e della funzione del diritto nella contemporaneità tragica e inedita di oggi.

Venticinque anni sono trascorsi dall'avvio di una riflessione su *Persona e Mercato* che aveva due obiettivi². Ripensare il sistema delle fonti, i diritti della persona³ e gli atti di autonomia privata⁴, da ordinare secondo il canone della diversità e della concretezza, dopo l'unificazione ottocentesca del soggetto e le astrazioni pandettistiche, che avevano consentito di elaborare i concetti utilizzati per decenni dal privatista.

Il discorso sulla giuridicità di allora ebbe limpide e autorevoli narrazioni. Si osservò che il diritto in quegli anni aveva svolto un ruolo fondamentale nel "disciogliere l'unità della persona nella pluralità di singoli e specifici interessi e la naturalità del mercato in un *costruito ed artificiale sistema*"⁵. Idea sviluppata poi in un volume⁶ e in un ampio dibattito dottrinale⁷. Si fissò il ruolo e la funzione del mercato nel nuovo assetto comunitario e i limiti posti a tutela della concorrenza e della stessa iniziativa privata come "fattore di progresso economico solo se opportunamente condizionata in un sistema che non

consenta abusi o prevaricazioni"⁸. Si pose in luce "come non sia il mercato nella sua dimensione quantitativa a caratterizzare l'ordinamento, ma il mercato che deve essere regolato per realizzare valori essenziali" e si pose in guardia dalla tendenza del mercato ad egemonizzare la società in un "sistema fondato sulla solidarietà economica e politica". Giuseppe Benedetti descrisse con parole limpide il primato della persona come categoria trascendente della democrazia, ricordando che nel mondo occidentale "le regole severe dell'economia non sono più in grado di chiudere in sé stesse, nella logica del profitto, *il valore dell'esistenza umana*" perché "è da questa che il mercato riceve la sua legittimazione rimanendone *così teleologicamente caratterizzato*"⁹.

Nella bellissima lezione di Luigi Mengoni il senso della ricerca fu tracciato in modo limpido nel ricordare: le scelte del legislatore costituente, la cultura dirigista dominante sino agli anni Ottanta, il mutamento dopo l'Atto unico europeo. Il quale aveva riconosciuto il mercato "come principio istituzionale centrale dell'ordinamento dell'economia", costruito sulle regole della tutela della concorrenza, del risparmio (destinato alle imprese) e dei consumatori. Con ricadute importanti sul sistema del diritto privato e con "un punto di non ritorno: lo Stato sociale che assieme alla democrazia pluralistica "non ammette altro criterio di legittimità delle decisioni normative all'infuori del consenso della collettività". In tutto ciò fu individuato un ruolo preciso per il Mercato: "determinare i limiti di compatibilità economica entro i quali l'azione politica deve contenere il soddisfacimento dei bisogni e delle domande espresse dalla società civile"¹⁰. Nessun primato, dunque. ma un sistema costituzionale basato su tre scopi fondamentali; economicità, giustizia sociale, libertà individuale in un "rapporto di tensione che, mediante la regola del diritto, deve essere convertito in un rapporto di equilibrata integrazione"¹¹.

¹ L. MENGONI, *Ricordo di Francesco Santoro-Passarelli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 803.

² L'incontro svolto a Firenze il 29 marzo 1995 concludeva un ciclo di Lezioni tenute in quell'anno accademico e fu presieduta a da Paolo Barile con interventi di Maurizio Fioravanti, Natalino Irti, Pietro Perlingieri, Piero Schlesinger e Andrea Fineschi. Una sintesi degli interventi con il testo delle Lezioni che erano state svolte, nel corso in quell'anno accademico, da Antonio Baldassarre, Luigi Mengoni, Domenico Sorace, Mario Nuzzo, Carlo Malinconico e Giuseppe Benedetti, sono raccolti nel volume G. VETTORI (a cura di), *Persona e Mercato. Lezioni*, Padova, 1996.

³ A BALDASSARRE, *Diritti inviolabili e diritti sociali*, in *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit. p. 21.

⁴ M. NUZZO, *Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit. p. 57 ss. e D. SORACE, *La proprietà nella costituzione economica*, in *ivi*, p. 45 ss.

⁵ N. IRTI, *Intervento*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit., p. 91, poi pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 289.

⁶ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 65.

⁷ Raccolto e introdotto da N. IRTI, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, p.VII.

⁸ P. SCHLESINGER, *Intervento*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit., p. 111 e in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1996, p. 798.

⁹ G. BENEDETTI, *Appunti e osservazioni sul Seminario*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit. p. 131 e in part., p. 141; ID., *Persona e Mercato*, in *Il Diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, p. 137; ID., *Il nuovo diritto dei contratti*, in *ivi*, p. 153.

¹⁰ L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit., p. 33.

¹¹ L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica*, op. cit., p. 38-39 ove si osserva che "le aspettative nei confronti dello Stato sociale, fondate su valori personali tutelati dalla Costituzione, non possono essere realisticamente definite senza il riferimento al concetto di "fattibilità economica": se si "supera tale limite lo Stato Sociale rovina su sé stesso". Riporta queste parole come

Lo strumento per realizzare tale equilibrio era indicato nel “concetto costituzionale di solidarietà” che “non esprime doveri autonomi, ma piuttosto criteri di valutazione dell’adempimento esatto di obblighi giuridici o limiti all’esercizio di diritti soggettivi”¹².

Che cosa è accaduto dopo non è facilmente descrivibile, ma aiuta l’avvento e il declino di alcune parole chiave: globalizzazione¹³ e post-modernità¹⁴ avevano inciso *sul* diritto e *sui* diritti, tanto da legittimare anche l’ottimismo per una giuridicità nata dal basso e “capace di incrinare, con uno scossone, il metodo positivo, e aprire ad una valutazione sistemica dei diritti e a una rilettura della disciplina del contratto”¹⁵. Il timore era, già allora, che “il diritto liberato dall’autoritarismo politico finisse per cadere nell’abbraccio ancor più arrogante del potere economico e finanziario”¹⁶. Ma la inquietudine è andata oltre ogni previsione possibile “perché la finanza e la tecnologia hanno fagocitato il mercato, con il diritto che doveva regolarlo e la politica che doveva indicare fini e obiettivi”¹⁷ sino ad un vero e proprio “passaggio d’epoca”¹⁸. Da qui le politiche di austerità, la crisi di fiducia nell’Unione europea, il *Fiscal compact*, una depressione economica che preme per tutta la seconda decade del nuovo secolo. Sino al presente che rimette in discussione le parole e i fondamenti di quell’epoca appunto.

2. La fine delle narrazioni globali.

In un tempo brevissimo, l’emergenza planetaria ha determinato un mutamento radicale nella vita di tutti. Parole simbolo di un’epoca hanno perso il loro significato ordinante. La pandemia ha accelerato la fine di una narrazione planetaria sulla globalizzazione. Con effetti imprevedibili sugli assetti politici del mondo e sulla vita delle persone.

tema centrale della discussione anche P. BARILE, *Intervento*, in G. VETTORI, *Persona e Mercato. Lezioni*, op. cit. p. 89 ed ivi anche gli interventi lucidissimi di M. FIORAVANTI, *Intervento*, p.87-88 e di A. FINESCHI, *Intervento*, p.117.

¹² L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica*, op. cit., p. 40.

¹³ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; EAD., *Prima Lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2009.

¹⁴ P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 90.

¹⁵ P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quad. fior.*, 2001, p. 551.

¹⁶ P. GROSSI, *Globalizzazione*, op. cit., p. 551.

¹⁷ G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore*, in *Cont. impr.* 2012, p. 1190. Si veda anche, M. R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017.

¹⁸ Si veda, per tutti, la limpida e bellissima analisi di P. SCHLESINGER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Pers. Merc.*, 2011, p. 245.

L’Unione europea ha “sospeso” la politica dell’austerità, legittimando le scelte nazionali di protezione interna contro un fenomeno devastante, ma stenta a trovare forti soluzioni condivise e comunitarie. La restrizioni dei singoli paesi alla libertà delle persone, a tutela della salute pubblica, ha aperto una discussione sul rapporto fra libertà personale e i suoi possibili limiti.

L’emergenza economica di portata epocale induce a ripensare non solo i rapporti fra individuo e comunità, ma le stessa fondamenta dei rapporti obbligatori e contrattuali che spesso non trovano più nei codici punti di riferimento adatti ai tempi. Non fosse altro perché molte di quelle norme mostrano con chiarezza la loro inadeguatezza di fronte a circostanze che sconvolgono assetti consolidati.

Credo che sia il momento di affrontare una riflessione comune *sul diritto* capace *oggi* di orientare la disciplina dei rapporti personali e patrimoniali oltre la contrapposizione fra assoluti (post-moderno e neo-realismo, legge e giudice, revisione o dissoluzione della positività del diritto). E’ necessario in questo momento accantonare l’impulso ad identificarsi con *un* metodo o *una* visione di parte, per aprire un dialogo costruttivo su ciò che può esprimere la più alta declinazione del ruolo e della funzione del diritto nella contemporaneità tragica e inedita di oggi.

Utile, sulla scia di Calvino, è togliere peso alle parole per avvicinarsi ai fatti. I quali ripropongono il rapporto fra Diritti e Doveri inviolabili descritto nel sistema delle fonti e non solo nell’art. 2 della Costituzione. Da qui occorre ripartire per assegnare il giusto significato applicativo, in presenza di una minuta e analitica legislazione di emergenza, ai Principi costituzionali di *inviolabilità*, *solidarietà*, *effettività*. Principi che appaiono vaghi in una loro astratta proclamazione e che divengono più chiari nella loro possibile funzione. Ma iniziamo per gradi. Con due domande. Quale contenuto hanno tali precetti e come possono essere attuati? Quale è la loro incidenza su una corretta applicazione delle norme generali e speciali sui diritti, i doveri, i contratti e i rapporti obbligatori?

3. Inviolabilità e Solidarietà come fonte di comportamenti dovuti.

Iniziamo dai primi due principi da comprendere insieme, perché *inviolabilità* e *solidarietà* “esprimono i caratteri di fondo della Costituzione italiana, come due fuochi di un ellisse che operano in rap-

6 porto di reciproca tensione”¹⁹. Il primo – inviolabilità – è il fondamento del patto costituzionale che pone al centro un nucleo essenziale di situazioni soggettive fondamentali della persona, non modificabili per una ragione precisa. Con quel termine si vuol dire che non è tanto la natura di quei diritti a renderli tali, ma è la Costituzione che afferma con essi la sua inviolabilità, il suo essere norma fondamentale sottratta ad ogni potere di revisione²⁰.

Il secondo termine – la solidarietà – non è un dovere morale o un invito alla carità imposta ai cittadini, ma “*il secondo lato*” della Costituzione che si esprime come “*indirizzo fondamentale*” nei testi del secondo dopoguerra, distanti dal modello anglosassone dei *Bill of Rights*²¹. Solo con quel precetto si supera il mero riferimento a una serie di situazioni private “da proteggere”, per attuare un ordine basato sulla lotta alle diseguaglianze di fatto e di diritto fra i cittadini, come “*compito della Repubblica*” (art.3 2 comma) e come “*indirizzo fondamentale*” della comunità. Insomma la solidarietà è “il lato politico della Carta Costituzionale” assieme ad altre norme (art. 3, 36 ,38) rivolte alla persona e alla sua dignità, come “materia indisponibile” per il legislatore, perché “anteriori alla medesima norma positiva statale”, in un assetto che rende indissolubili i due riferimenti, appunto, alla inviolabilità e alla solidarietà. Ciò in particolare quando, nell’ultima parte del Novecento, il patto costituzionale ha assunto, con piena consapevolezza di tutti, il ruolo e la funzione di una *norma giuridica* attuata dalla Corte Costituzionale, dal legislatore e dalla giurisprudenza²².

Resta da precisare come. Solo qualche aspetto.

Anzitutto, il richiamo ad un’età dei doveri da avviare dopo un’età dei diritti non ha molto fondamento sul piano concreto, per una serie di ragioni²³.

¹⁹ Come osserva di recente in un limpido e prezioso libretto M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana art. 2*, Roma, 2017, p. 5 (a cui adde, ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, 2018). Per un confronto attento, in una prospettiva diversa, G. D’AMICO, *Apunti per una dogmatica dei principi*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto*, Torino, 2017, p. 71; C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull’argomentazione per principi nel diritto privato*, in *ivi*, p. 3; F. MACARIO, *L’autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *ivi*, p. 97; S. PAGLIANTINI, *Tra diritto delle Corti e teoria dei controlimiti; il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell’art. 12 Dir.2015/2302 UE*, in *ivi*, p. 149, nonché il denso saggio di F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1019.

²⁰ M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana art. 2, op. cit.*, p. 17

²¹ M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana art. 2, op. cit.*, p. 17.

²² M. FIORAVANTI, *Costituzione italiana art. 2, op. cit.*, p. 116.

²³ V. da ultimo G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, p. 93 e le osservazioni sul punto di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p.48, nonché il ri-

Non è dubbio che le diseguaglianze siano arrivate ad un livello intollerabile a livello globale e che la retorica dei diritti ha spesso raggiunto picchi eccessivi. Ma non è solo con un catalogo dei doveri che si cambierà il mondo e questa discussione appare, nella sua astrattezza, sterile, per il nostro discorso perché è difficile pensare che problemi epocali come la povertà e le diseguaglianze ed ora la pandemia si risolvano solo con più diritti o più doveri tipizzati. Più utile è riflettere su un corretto uso degli uni e degli altri, in concreto, rispetto a problemi concreti. Qui e adesso.

Ebbene, è vero che il “concetto costituzionale di solidarietà” “*non esprime doveri autonomi, ma piuttosto criteri di valutazione dell’adempimento esatto di obblighi giuridici o limiti all’esercizio di diritti soggettivi*”²⁴. Ma occorre una precisazione. L’art. 2 della Costituzione non è un concetto, ma una norma che fonda un preciso dovere di condotta. Non è “una nozione chiusa”, ma esprime un principio da riempire di contenuto in un determinato contesto politico, economico e sociale, “in continuo mutamento sotto l’impulso di diversi fattori”²⁵. E’ una finestra aperta sulla società per consentire il suo sviluppo ordinato, senza la necessità di un continua emanazione di nuove norme e per comprendere quelle esistenti, alla luce di un’interpretazione che colga la loro oggettività giuridica, da integrare o correggere in coerenza con un’evoluzione dell’ordinamento.

La norma costituzionale, insomma, esige, ad ogni livello, l’attuazione di quel principio “*attraverso l’indicazione di comportamenti dinamici che devono essere tenuti da soggetti pubblici e privati*”: Comuni, provincie, città metropolitane, regioni e Stato (art. 114) sono tenuti a emanare disposizioni efficaci ed effettive e compete loro la scelta politica che deve essere assunta sulla base di esplicite competenze della Scienza.

Se è così, i provvedimenti emanati di recente debbono essere il punto di partenza dell’analisi perché l’emergenza che stiamo vivendo ha posto i poteri pubblici di fronte alla necessità di arginare un male terribile anche con contegni individuali dovuti²⁶.

ferimento a N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla Repubblica*, Roma-Bari, 2001, p. 40, e, soprattutto, P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol.2, *L’età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Roma-Bari, 2000; ID., *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005, p. 102.

²⁴ L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica, op. cit.*, p. 33.

²⁵ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria, op. cit.*, p. 42 e p. 46.

²⁶ Si veda la *Raccolta di disposizioni in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19 e Testo coordinato delle ordinanze di protezione civile, Presiden-*

Il bilanciamento fra la Salute di tutti e i diritti individuali di libertà non può tollerare assoluti, ma esige una concreta analisi dei problemi, nel tempo e nei luoghi di riferimento. Il controllo politico delle scelte esige il rispetto delle regole dello Stato costituzionale di diritto e dovrà essere valutato in base all'efficacia e all'effettività dei diritti e doveri riconosciuti a tutti o ad alcune categorie di cittadini. Il controllo sociale di tali provvedimenti si basa su una corretta informazione che consenta una piena valutazione della bontà delle scelte. Dopo un'analisi attenta delle singole disposizioni.

Ma che cosa accade nei rapporti patrimoniali fra privati?

Non è dubbio che ogni contratto o rapporto obbligatorio deve essere riletto sulla base di una pluralità di regole e principi: le nuove disposizioni, le norme in tema di adempimento, la disciplina del codice sull'impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1218, 1256, 1467 c.c.), le clausole generali di buona fede (artt. 1337, 1375 c.c.) il dovere costituzionale di solidarietà economica (art. 2, Cost.), il principio di effettività (art. 24, Cost.). Tale contesto esige un confronto propositivo, ponendo in luce le modalità e i risultati possibili di tale confronto. Vediamo da vicino alcuni passaggi.

Le ordinanze della Corte Costituzionale del 2013 e del 2014 hanno avuto il merito di ribadire che i diritti e i doveri costituzionali entrano nel contratto e nel rapporto obbligatorio, direttamente o tramite la clausola generale di buona fede²⁷. Sul punto la giurisprudenza era ed è amplissima²⁸. Solo che in tal caso la Corte ha voluto indicare anche il rimedio della nullità, rilevabile d'ufficio, di una caparra confirmatoria eccessivamente onerosa. E giustamente la dottrina si è pronunciata criticamente contro tale atteggiamento²⁹. Il quale, peraltro, urta con una sentenza di poco precedente che, nel caso delicatissimo dei derivati, ricordava che i principi costituzionali e "la disciplina dei rapporti privatistici e dei connessi rimedi" si intrecciano, ma tocca all'interprete individuare il rimedio più adeguato tenuto conto anche

delle discipline di settore³⁰. Perché di fronte al predominio dell'economia finanziaria e della possibilità del contratto, devono essere aggiornate le tutele e i rimedi. Come la dottrina e la giurisprudenza successiva ha chiarito riscoprendo il ruolo della causa in concreto e della meritevolezza³¹.

Dunque, il principio di solidarietà *concorre* a fissare la fonte di *una serie di comportamenti dovuti* che gravano su ogni contraente o parte di un rapporto obbligatorio. Resta da precisare la rilevanza di tali diritti e doveri in presenza della disciplina positiva speciale e generale del contratto. Ed occorre un chiarimento fondamentale.

Le fattispecie legali da poco emanate e quelle in tema di formazione ed esecuzione del contratto individuano una disciplina che non assorbe ed esaurisce la rilevanza dei comportamenti soggettivi delle parti³². Le quali sono tenute ad un dovere di buona fede nella conclusione (art. 1337 c.c.) e nella esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), mentre l'interprete dovrà a sua volta tener conto di ciò che è scritto nel contratto e dei diritti e doveri gravanti sulle parti per effetto del dovere di buona fede (art. 1366 c.c.).

Sicché, la solidarietà specifica il significato impegnativo della buona fede e fissa diritti e doveri in ogni contratto al di là di quanto in esso vi sia scritto e contro quanto vi è scritto, perché la buona fede è norma inderogabile. Sul punto la giurisprudenza è amplissima e consolidata, anche se non mancano alcune critiche.

Non solo. Dopo le sentenze Rordorf del 2007 si è definitivamente chiarito che una volta concluso il contratto in base a circostanze imputabili alla mala fede di una parte, ignote all'altra, il contraente scorretto dovrà risarcire i danni per avere determinato

za del Consiglio dei Ministri. Dipartimento della Protezione civile, Aggiornato al 24 marzo 2020 (pp. 295).

²⁷ Corte cost., 2 aprile 2014, n.77 (in *Foro it.*, 2014, I, c. 2036, con nota di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*) e Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248 (in *Foro it.*, 2014, I, c. 382).

²⁸ V. da ultimo P. GROSSI, *Pluralità delle fonti e attuazione della Costituzione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 763 e, in particolare sulle citate ordinanze, p.765. Mi permetto anche di richiamare G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2017, p. 307, nonché F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

²⁹ Per una sintesi G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele* (diritto civile), in *Enc. dir.*, *Annali*, X, Milano, 2017, p. 387.

³⁰ Corte cost. 18 febbraio 2010, n. 52 in *Banca borsa*, 2011, p. 35 con nota di E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*.

³¹ V. in particolare il bel saggio di G. GRISI, *Spigolando su derivati, informazione e nullità*, in *Pers. Merc.*, 2016, p. 137 nonché quello di S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *ivi*, 2015, p. 24.

³² Sul rapporto fra fattispecie e comportamenti mi permetto di richiamare G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano 1983, p. 83; ID., *Oltre il consumatore*, in *Obb. Contr.*, 2011, p. 237; ID., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite: la buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. Contr.*, 2008, p. 104. Ma, soprattutto, si vedano S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033; ID., *Le figure sintomatiche nel diritto privato*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 131; G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 2007, p. 47.

un assetto sconveniente³³. Il che significa prendere atto che accanto alle norme che consentono l'annullabilità o nullità dell'atto c'è un dovere di informare, di non approfittare e di tenere comportamenti conformi ad una condotta corretta³⁴. Sul piano della esecuzione del contratto la giurisprudenza è, invece, assai più cauta e non affronta in modo altrettanto puntuale il dovere di rinegoziare in presenza di una sopravvenienza straordinaria (art. 1467 c.c.) come è stato precisato più volte, benissimo³⁵.

Credo che sul punto giovi il richiamo all'effettività. Vediamo come.

4. L'effettività come ricerca di rimedio adeguato all'interesse protetto.

Il principio di effettività, scritto in una pluralità di norme, contribuisce alla conversione del fatto in diritto, con una funzione peculiare³⁶. Fare coincidere la forma con la sostanza nella garanzia dei diritti e nell'attuazione dei doveri, per fornire risposte adeguate alla lesione di interessi, patrimoniali e non patrimoniali. Secondo un procedimento preciso.

³³ Cass. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, I, c. 783, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*.

³⁴ Per una sintesi sia consentito il rinvio a G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni unite*, op. cit., p. 104. Per alcune notazioni ulteriori di quel testo, ID., *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo. L'evoluzione della buona fede*, in *Pers. Merc.*, 2019, 4, p. 21.

³⁵ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996, e da ultimo ID., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giust. Civ. com.*, 2020.

³⁶ In argomento, U. MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2001, p. 105; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, ivi, 2007, p. 2; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, in *ivi*, 2005, p. 605 ss.; P.G. MONATERI, *Ripensare il diritto civile*, Torino, 2006; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 585; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; P. PERLINGIERI, *Il giusto rimedio nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2001, p. 1; N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 111; 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; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1071; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045; A. CARRATA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1.

Le norme che lo esprimono contribuiscono a delimitare la giuridicità di un interesse in coerenza con la stessa funzione della rilevanza giuridica³⁷. La quale esprime una valutazione non sull'esistenza del fatto materiale o delle sue conseguenze, ma sull'essenza giuridica del fatto che orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva³⁸. Sicché il principio può servire a dar rilievo ad interessi non compresi *letteralmente* nella fattispecie, ma compatibili con la sua *ratio espressa* dal confronto fra regole e principi.

Tutto ciò per un motivo chiaro.

I principi costituzionali, comunitari e della CEDU sono fonti di diritto e vincoli alla potestà legislativa, per espressa indicazione dell'art. 117 della Costituzione. Essi consentono di dar rilievo agli interessi materiali che la fattispecie non può delimitare in modo pieno se non attraverso la sua applicazione. Occorre solo ricordare che la Corte costituzionale ha tratto il valore impegnativo del principio dagli articoli 2 e 24 della Costituzione³⁹. I quali sono fonte di un diritto ad una tutela effettiva dei diritti fondamentali, forniscono un criterio per la scelta del rimedio più adeguato alla protezione dell'interesse leso, rappresentano un ostacolo ad interpretazioni meramente formalistiche e consentono, come strumento ermeneutico, forme di integrazione e correzione delle norme privatistiche⁴⁰. Tutto ciò con una rigorosa argomentazione capace di trarre dalle norme ordinarie e dal principio una regola contestuale di decisione.

Solo qualche esempio.

L'art.1467 c.c., in attesa che il legislatore italiano integri il suo testo, va riletta alla luce del comportamento dovuto dalle parti (1375 c.c. e art. 2 Cost.) per precisare rispettivi diritti e doveri e poi confrontata con il principio di effettività (art. 2 e 24 Cost.), per individuare il rimedio più adeguato. In base non a riferimenti indeterminati, come la ragionevolezza o la moralità dei contegni, ma attraverso un processo interpretativo che segua gli schemi e gli strumenti del codice civile, da utilizzare con un uso corretto dei principi che li integrano.

³⁷ A. PROTO PISANI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Studi, Napoli, 2003, e in particolare, *ivi*, *I rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *ivi*, p. 1, e *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *ivi*, p. 160. Si veda altresì I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 59.

³⁸ Per una sintesi G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, op. cit., p. 378.

³⁹ Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 2014, n.38 e il commento di D. IMBRUGLIA, *L'azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza n.238/2014 della Corte costituzionale*, in *Pers. Merc.*, 2014, p. 163.

⁴⁰ Per una sintesi G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, op. cit., p. 381.



L'art. 12 primo comma delle disposizioni preliminari al codice delimita l'attività dell'interprete alla ricerca del senso fatto palese dal "*significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore*". Con quest'ultimo termine, *intenzione del legislatore*, pur nelle varie letture, è ragionevole intendere un riferimento al *diritto oggettivo vigente* e dunque al complesso delle fonti in un determinato momento storico⁴¹. Per una serie di ragioni. La norma va coordinata con l'art. 11 della Costituzione, che ammette le cessioni di sovranità, e con l'art. 117 Cost. che vincola la potestà legislativa e il suo interprete alla Costituzione, all'ordine comunitario e ai vincoli internazionali.

5. La rilettura possibile degli art. 1467 e 1463 c.c.

Seguendo tali riferimenti normativi l'art. 1467 c.c. può essere compreso e riletto nel seguente modo.

Come si è detto, la buona fede e la solidarietà impongono comportamenti e il principio di effettività consente di dar rilievo a interessi non compresi letteralmente nella fattispecie, ma coerenti con l'intenzione del legislatore. Iniziamo da quest'ultimo.

Il riferimento a "*contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita*" va integrato, non sempre ma in modo prioritario, con un riferimento ai contratti che sono preordinati a durare un lungo termine, sì da fondare fra le parti un affidamento sulla loro efficacia prolungata nel tempo e da consentire la possibilità di ammortizzare gli investimenti impiegati nell'operazione. Propende per tale integrazione un confronto con la disciplina speciale di alcuni contratti contenuti nel codice, ma anche in leggi speciali.

Si può ricordare l'art. 130 del codice di consumo che "subordina la risoluzione del contratto di fornitura di un bene di consumo all'impossibilità o eccessiva onerosità di una riparazione o sostituzione, nonché alla scadenza infruttuosa di un termine concesso al professionista per procedere al rimedio manutentivo"⁴².

Di grande interesse è l'idea di ripensare, al di là del requisito del tempo, "la disciplina dei contratti accomunati da un'importanza centrale per le esigenze essenziali della persona (contratti di lavoro, di locazione, di credito al consumo bancari ed altri)

definibili come "contratti sociali di durata" e tali da giustificare una "speciale attitudine a metabolizzare" i diritti della Persona nelle relazioni obbligatorie, dove il carattere assoluto e indisponibile delle situazioni esistenziali si salda con il carattere imperativo e inderogabile delle norme"⁴³. In tali casi, è ancora l'art. 1375 c.c. che può fornire indicazioni come precisa la Corte di Cassazione in una massima ripetuta poi come diritto vivente⁴⁴. Non solo. Va in questa direzione la comunità interpretativa che si è pronunciata sulla peculiarità di contratti di durata⁴⁵.

Si pensi, poi, alle ipotesi di sopravvenienze disciplinate dal codice civile per alcuni contratti tipici: l'art. 1664 per l'appalto, l'art. 1584 per la locazione, l'art. 1623 per l'affitto, l'art. 1766 per il deposito, gli articoli 1896, 1897, 1898 per l'assicurazione, oltre all'art. 39 del codice del Turismo sui pacchetti turistici e alle norme del TUB sui mutui (120quater e 123). L'art. 1623 c.c., in particolare, disciplina il caso di un rapporto di affitto che risulti notevolmente modificato da "una disposizione di legge, o di un provvedimento dell'Autorità riguardanti la gestione produttiva". In tale fattispecie le parti che "risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio", possono richiedere "un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto"⁴⁶.

Ebbene tali norme vanno esaminate sia per una possibile estensione analogica del loro contenuto a casi simili e materie analoghe, sia per un confronto con la clausola generale di buona fede e il principio di effettività che può dare rilievo a interessi non compresi espressamente nella lettera del testo, ma compresi nella sua *ratio*. Si da consentire una loro integrazione o correzione.

La nozione "*avvenimenti straordinari e imprevedibili*" è già sufficientemente precisa nell'ammettere il rilievo di ogni emergenza.

⁴³ L. NOGLER, *Diritto del lavoro e diritto civile nella prospettiva del "diritto contrattuale europeo"*, in *Gior. dir. lav. dir. rel. ind.*, 2008, p. 2 e G. VETTORI, *I rimedi di "terza generazione"*, in *Id.*, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 249 e, in part., p. 263-270.

⁴⁴ Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Corriere giur.*, 2005, p. 975 "la violazione della buona fede costituisce inadempimento e legittima al risarcimento dei danni perchè espressione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale (art. 2 Cost)", e si pone "come governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto nel senso che essa opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno standard di ragionevolezza"

⁴⁵ V. ancora, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale*, op. cit.

⁴⁶ Sul punto, si veda ora l'analisi di E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

⁴¹ R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cicu Messineo-Schlesinger, Milano 2011, p. 272.

⁴² G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, op. cit., p. 844.

10

La tutela della risoluzione del contratto, invece, prevista per il contraente danneggiato va integrata sulla base del principio di effettività che esige di individuare il rimedio più adeguato alla soddisfazione dell'interesse protetto nella fattispecie normativa integrata dai principi. Coordinando, dunque, i comportamenti dovuti con la necessità di un rimedio effettivo.

Così il contraente danneggiato avrà diritto, e l'altra parte avrà un dovere, di rinegoziare e in caso di violazione sarà dovuto un risarcimento dei danni. Resta da precisare se sia dovuta anche una tutela manutentiva del contratto da modificare in virtù delle sopravvenienze⁴⁷.

Come noto, sono intervenute sul punto le modifiche della codificazione tedesca e francese e di gran parte dei paesi europei, mentre pende avanti al Senato della Repubblica un progetto di modifica della disciplina italiana. Un intervento tardivo, ma in mancanza del quale non è facile delimitare un potere correttivo del giudice, in assenza di accordo fra le parti.

Si dovrà però sicuramente ammettere, allo stato, una tutela risarcitoria legittimando una piena tutela cautelare che consenta di paralizzare ogni eliminazione degli effetti del contratto in danno della parte svantaggiata, sino alla piena individuazione e condanna ai danni che il rifiuto di rinegoziare determina.

Si è fatto riferimento alla possibilità di far uso della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., con cui si potrebbero produrre gli stessi effetti del contratto di rinegoziazione che la parte aveva l'obbligo di concludere⁴⁸. La tesi è sicuramente interessante e acuta, ma non risultano precedenti consolidati in Italia e resta il problema del contenuto del contratto di rinegoziazione dovuto, che le parti sono libere di determinare ai sensi dell'art. 1322 c.c.

La tutela risarcitoria resta, dunque, lo strumento più credibile, ma occorre riflettere sulle possibilità offerte da una tutela processuale cautelare, inibitoria e urgente che escluda la possibilità di azioni da parte del contraente in mala fede⁴⁹. Anche qui il giudi-

⁴⁷ Per una tale possibilità, V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Tratt. Dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, p. 1047.

⁴⁸ V. ancora da ultimo, per una sintesi, F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale*, op. cit.

⁴⁹ Si veda la pronunzia del Trib. Bari, 31.7.2012 e la nota di commento di F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 120, secondo cui "l'ordinanza del Tribunale di Bari si pone l'obiettivo di salvaguardare il programma economico sotteso al rapporto contrattuale e dimostra come la tutela d'urgenza sia uno strumento indispensabile per conferire effettività ai mezzi legali e convenzionali di adeguamento del contratto in corso di esecuzione. Infatti, è possibile che, alla luce di una decisione come quella riportata, i contraenti siano spinti a rinegoziare secondo buona fede in ragione del fatto che sovente, se non nella maggior parte

ce può utilizzare la clausola generale, come previsto di recente nella sentenza sulla nullità selettiva⁵⁰, per rimodulare i rimedi, (in quel caso restitutorio), e vietare l'esercizio di azioni in giudizio contrarie ad un contegno dovuto⁵¹.

Si può aggiungere infine che una volta riconosciuto alla clausola di buona fede integrata dai precetti costituzionali, il compito di fissare il comportamento dovuto dal debitore, potrà ritenersi inesigibile la prestazione fondata "su un presupposto divenuto irrealizzabile". Con la conseguenza che il rapporto sinallagmatico perderà la sua giustificazione causale e l'esecuzione della controprestazione diverrà a sua volta inutile", determinando una causa di scioglimento automatico assimilabile a quella prevista dall'art. 1463 c.c.". Sicché il giudice potrà dichiarare l'inefficacia del contratto una volta verificata la irrealizzabilità dell'evento presupposto e dunque la sopravvenuta carenza di ogni legame causale fra le prestazioni⁵².

Ma la riflessione di fronte ad un fenomeno epocale non può che essere cauta e provvisoria. Possiamo solo cercare il modo per affrontarla.

6. Ermeneutica e dogmatica.

Il confronto sulla teoria e prassi dell'interpretazione è fondamentale per la comprensione stessa delle attività e dei ruoli connessi alla dimensione giuridica, per una pluralità di ragioni. Su di essa grava la ricerca di una forte sintonia con i problemi e i valori della collettività. Ad essa si chiede di individuare lo stato delle fonti, di confrontarsi con l'autorità e la positività del diritto, di fissare i poteri e i limiti dell'attività del giudice, dello scienziato e del legislatore.

All'interprete si chiede una ricomposizione dello "specchio rotto delle fonti"⁵³, in un momento di pro-

dei casi, la decisione emessa in sede cautelare trova conferma nella fase di merito o, ad ogni modo, fornisce il punto di partenza nella successiva fase del giudizio. Inoltre, attesa la lunghezza dei tempi processuali, la tutela cautelare appare il mezzo più efficace per assicurare la ripresa dell'esecuzione del contratto, posto che generalmente la sopravvenienza imprevista darà vita ad una situazione di stallo" (ivi, p. 124).

⁵⁰ Cass. 4 novembre 2019, n. 28314. Sulla decisione si veda il primo commento di S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'intangibilità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 123 e, volendo, G. VETTORI, *Nullità selettiva e "riequilibrio effettivo". L'evoluzione della buona fede*, op. cit., p. 212.

⁵¹ Trib. Bari, 31.7.2012, cit.

⁵² G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, op. cit., p.933.

⁵³ V. per una lucida sintesi di questi temi D. CANALE, E. PARIOTTI, B.PASTORE (a cura di), *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, Roma, 2019, e, ivi, *l'Introduzione* dei curatori, p.7-11.



fonda trasformazione della realtà politica e sociale e un'analisi attenta dei problemi essenziali che oggi si manifestano con grande intensità⁵⁴. Dalla vita e la morte delle persone, alla disciplina dei rapporti patrimoniali, alla emergenza virale che sconvolge le nostre priorità e certezze.

Vorrei cominciare da alcune visioni diverse espresse, ma tese ad un dialogo costruttivo. Le opinioni sono chiare e l'argomentare limpido.

Da un lato, la correlazione stretta fra interpretazione e applicazione del diritto, come atti di un unico procedimento. Il rilievo centrale del fatto "che preme sul diritto"⁵⁵ e incide sulla scelta della norma e la comprensione del suo significato⁵⁶. La funzione normativa e al tempo stesso "cognitiva e pratica" dell'interpretazione volta a comprendere per regolare. Il primato del caso, insomma, che incide anche sulla esegesi dottrinale, la quale non può che basarsi sulla soluzione di problemi almeno ipotetici. Una visione, sotto certi profili, "creativa" dell'attività del giudice che è libero nella individuazione della norma più adatta, nel decidere il suo significato e nella stessa costruzione del caso di diritto, muovendo dal fatto grezzo da trasformare in fatto giuridicamente rilevante. Una "creazione", peraltro, diversa da quella legislativa perché volta a foggare una regola individuale (e non generale) del caso, la quale non inventa niente *ex novo*, ma si "muove in contesti testuali, istituzionali e sociali condizionati. E dunque una "creatività derivata, mai una creatività originaria"⁵⁷. Perché non si può parlare di interpretazione "senza un testo precedente da interpretare"⁵⁸ e non si può accettare un decostruzionismo assoluto né un realismo estremo, ma si deve far proprio il vincolo di una struttura linguistica "che determina le alternative delle scelte" ed evita che "si sconfini in libero uso del testo come pretesto". Tutto ciò grazie ad un perimetro certo: una comunità interpretativa vincolata ad un dato e un sapere giuridico preesistente

che escludono scelte "in chiaro contrasto con il tenore letterale del documento"⁵⁹.

Dall'altro, una posizione diversa su alcuni tratti e concorde su altri, in un dialogo di grande intensità. Ciò che unisce è una visione realistica che combina rigore delle soluzioni e senso del limite nel discorso *sul* diritto oggi. Ciò che divide è altrettanto chiaro e utile alla discussione. Il rifiuto di una svalutazione del lavoro dottrinale e di un'interpretazione in astratto delle norme. Il primato di un'attività meramente cognitiva senza riferimento ad un caso, ma attenta all' "identificazione dei possibili risultati di un testo", per fornire ai "giudici strumenti concettuali" e "norme inespresses" utili per la disciplina di fatti concreti, come è stato il negozio giuridico per il diritto dei contratti⁶⁰. La cautela sul significato creativo delle sentenze e il timore di interpretazioni imprevedibili perché tali da attribuire al testo un significato nuovo "non ricompreso nella cornice" della norma. Ancora. La convinzione dell'utilità di una interpretazione cognitiva in presenza di predicati vaghi ed equivoci ove l'individuazione della norma "precede la sua applicazione all'uno o all'altro caso" (v. l'art. 101, comma 2, Cost.). Il che rafforza la distinzione fra una giustificazione interna ed esterna della decisione. L'una tesa a svolgere in modo deduttivo alcune premesse date, l'altra ad argomentare in modo fondato le premesse, secondo un dettato rigido di ogni Stato di diritto, ove la decisione è giustificata "solo se è fondata su una norma generale e solo se è desumibile da essa". La conclusione, infine, che il perimetro entro cui il giudice deve muoversi è assai rigido e delimitato dalle: "regole (semantiche e sintattiche) del testo, dalle interpretazioni precedenti, dalla morale sociale e dalla dogmatica, ossia dall'insieme delle costruzioni dottrinali", con l'unica eccezione dei Giudici supremi di ultima istanza che in concreto sono fonti di diritto ad ogni effetto⁶¹.

7. Il diritto come ragione pratica.

Fra le due visioni vi è sicuramente una netta distanza ma il dialogo può e deve proseguire. Indico solo alcuni aspetti.

La teoria ermeneutica, sin dagli anni Settanta e Ottanta del Novecento, ha mostrato i limiti del tec-

⁵⁴ Si vedano, da ultimo, U. BRECCIA, *Chiaroscuri della Scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Niccolò Lipari, Diritto e Ragione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 132, e A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmodernismo*, in *ivi*, p. 2.

⁵⁵ G. ZAGREBELSKI, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, p. 41.

⁵⁶ G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1995, p. 41 e p. 71; F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 1999; G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2012, p. 694.

⁵⁷ G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Padova, 1996, p. 54 e 146. Per una limpida sintesi di questa teoria in R. GUASTINI, *Discutendo di ermeneutica giuridica*, *op. cit.* p. 92-96.

⁵⁸ F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, *op. cit.*, p. 119 e p. 159.

⁵⁹ Così, ancora, F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁰ R. GUASTINI, *Discutendo di ermeneutica giuridica*, *op. cit.*, p. 94-95.

⁶¹ R. GUASTINI, *Discutendo di ermeneutica giuridica*, *op. cit.*, p. 103-104.

nicismo sin allora imperante e ha proposto un “metodo valutativo orientato alla prassi e alieno da ogni dottrinarismo” che “tende a contenere l’insopprimibile discrezionalità dell’interprete sottoponendola a criteri intersoggettivi di controllo”. Di più. Tenta di superare posizioni filosofiche e giuridiche antitetiche: l’idea di un’interpretazione come mera ricerca “dei significati possibili” di una norma e l’idea che sia “il giudice a determinare che cosa sia diritto”⁶². Per cercare una sintesi alta di un discorso *sul* diritto, che ha radici nella storia del mondo.

Nell’Antico Testamento Salomone prima di assumere la responsabilità del Potere non chiede a Dio ricchezze, armi ed eserciti invincibili, ma un cuore docile per rendere giustizia e saper distinguere il bene dal male. Sente di avere bisogno di una coscienza che sa ascoltare la voce della verità⁶³, da ricercare nelle cose concrete per fare giustizia, senza proclamarla in astratto, ma usando una ragione pratica sperimentata sul problema di vita da risolvere e orientata da “un’esigenza etica, politica e giuridica scritta da Socrate ad oggi”. Per alcune ragioni evidenti. La giustizia non è nella disponibilità di nessuno, ma implica una tensione a realizzarla in concreto al di là di un mero e assoluto tecnicismo⁶⁴.

La politica ha la sua specifica autonomia nella ricerca del consenso, nel cinismo delle scelte, nella necessità di un potere legittimo di un Principe sia esso un *leader*. un partito o altro ancora.

Il diritto è qualcosa di diverso, perché legato da sempre ad un’esigenza morale da realizzare attraverso un ordine ragionevole e giusto, appunto. Ma come si realizza questa aspirazione? Qual è il rapporto fra l’Autorità, il sistema delle fonti, l’interpretazione delle disposizioni?

Il Novecento si è chiuso con l’altissima lezione di Luigi Mengoni nel coniugare ermeneutica e dogmatica giuridica con una serie di indicazioni preziose. La comprensione non è solo una forma della conoscenza ma un “carattere ontologico originario della vita umana stessa” che si manifesta in modo chiaro nel circolo ermeneutico, ove l’interprete deve assumere un ruolo corretto. La norma vive come tale nel momento in cui viene applicata e l’ermeneutica supera il positivismo legislativo senza abbandonare il principio di positività del

diritto. Ciò, grazie anche al nuovo modo di intendere i dritti fondamentali e i valori che non sono norme, ma giudizi logici. I quali “a differenza di quelli di fatto non consentono di stabilire la verità o falsità”. Per essi vale un’altra specie di conoscenza: la verisimiglianza che deve essere controllata con un confronto costante del sistema giuridico e verificata attraverso un procedimento di valutazione della sua fondatezza. La quale si raggiunge in presenza di un giudizio sull’evidenza, attinta da un ragionamento giuridico fondato sul rigore e l’oggettività dell’argomentazione. Insomma la giustificazione “non può che essere tratta “dal sistema dogmatico del diritto positivo”. *I principi vanno dogmatizzati* ossia messi “fuori discussione, stabilizzandoli dopo che su di essi si è formata, attraverso la prassi, un accordo intersoggettivo che ne assicuri la razionalità”. Non basta evocare “il mito della ragione”, ma occorre “*rifondare la dogmatica come controllo dei risultati dell’argomentazione pratica*, mediante una corretta concettualizzazione che ne assicuri la coerenza con la razionalità complessiva del sistema giuridico e insieme come strumento selettivo del flusso di informazioni provenienti dall’ambiente sociale circostante”⁶⁵.

8. I “chiaroscuri della scienza giuridica oggi”.

Questa lezione deve essere contestualizzata oggi.

Dopo la lucida riflessione sul nichilismo giuridico⁶⁶ si parla adesso di un post-diritto⁶⁷ e si riflette in modo arguto sul presente⁶⁸ per tentare una sintesi complessiva⁶⁹ *sul* diritto come scienza pratica dominata da un riferimento prioritario alla ragione⁷⁰, adeguata “al tipo di problema e al tipo di conflitto da risolvere o da comporre”⁷¹. Un riferimento che trae linfa dai giudizi di costituzionalità delle leggi e

⁶⁵ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. VIII.

⁶⁶ M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano 2019, p. 115-158.

⁶⁷ R. PARDOLESI, *Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2019, p. 51 (in <http://www.dirittoquestionipubbliche.org>); R. PARDOLESI - G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, V, 2018, c. 113, e v. anche, da ultimo, A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo*, op. cit., p. 1, nonché S. MAZZAMUTO, *Il diritto pos-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, Napoli, 2018.

⁶⁸ U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 132.

⁶⁹ G. D’AMICO, *L’insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 16 e A. GENTILI, *La scienza giuridica dei civilisti contemporanei*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2019, p. 37 (in <http://www.dirittoquestionipubbliche.org>).

⁷⁰ N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, in part., p. 224.

⁷¹ U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 144

⁶² G. ZACCARIA, *Dialogando sull’ermeneutica giuridica*, in D. CANALE, E. PARIOTTI, B. PASTORE, *Ermeneutica e positività del diritto*, op. cit., p. 126 e 127

⁶³ Così, l’*Angelus* di Benedetto XVI, 24 luglio 2011 (testo disponibile on-line in <http://www.vatican.va>).

⁶⁴ G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004, p. 1229, e G. VETTORI, *Dalla dogmatica all’ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1207.



da un richiamo esplicito alla possibile ragionevolezza, non solo delle leggi ma di ogni decisione.

Sul punto credo che occorra una riflessione attenta.

L'appello alla ragione e alla "ragionevolezza" è importante e può senz'altro sostituire vecchi modelli di comportamento e di valutazione senza troppi rimpianti, come il "buon padre di famiglia"⁷². Con essa si può ben sostituire all'*homo oeconomicus* il metro costituzionale dell'*homo dignus*⁷³. Non solo. Si può sostenere che la ragione del diritto dev'essere "trovata". Ma la cautela è sacrosanta⁷⁴. Non esiste, oggi, una *communis opinio* di segno valutativo e permane l'esigenza di non trascurare le opportune distinzioni⁷⁵.

Prima di tutto il rapporto fra Diritto e Autorità.

Le forme di Potere nel sistema costituzionale sono incompatibili con un assolutismo e con un arbitrio potestativo che sfoci nella irrazionalità. Non solo. "L'idea di autorità è tale solo se si sottopone alla critica e persuade, con argomenti, della propria superiorità". Ciò significa che la dimensione verticale dell'ordinamento deve essere "almeno in parte compensata e riequilibrata da una partecipazione all'autorità normativa che provenga dal basso, dalle pratiche dei destinatari delle norme"⁷⁶. D'altra parte, l'autorità del diritto è inconciliabile con la mancanza di ragione perché "scritta nell'intero arco storico delle culture umane, soprattutto nei termini di un contrasto contro il prevalere di un potere incontrollato, quali che fossero le maschere legittimanti, più o meno pretestuose, con le quali il "signore di turno" nascondesse il suo vero volto"⁷⁷. Ma c'è un limite anche a questo controllo.

Il richiamo del consenso sociale non basta ed è dannoso in un sistema pluralistico che deve rifuggire da atteggiamenti autoreferenziali dell'interprete. La pratica dei principi richiede la loro "dogmatizzazione" fondata su argomenti che devono iniziare dalle norme esistenti per creare regole contestuali con i Principi. Il richiamo di un grande positivista come Francesco Santoro Passarelli deve essere inteso bene: "Il fatto sorretto dal consenso generale, fa

legge"⁷⁸. Santoro parla di un *consenso generale* che non è nella disponibilità di chi giudica, ma di chi sa ascoltare e sa che la sua ricerca della regola del caso, richiede uno sforzo di comprensione e di cautela massima⁷⁹ nella *convinzione* di chi decide e nel dovere di *persuasione* di aver raggiunto una soluzione condivisa. Secondo i canoni della buona retorica che da secoli ispira il giurista e il diritto applicato⁸⁰.

Insomma, i segni del presente richiamano la Scienza giuridica e gli operatori alla riflessione sulla *positività del diritto* oggi, sui modi e sugli strumenti per riaffermare una datità del giuridico (o del dover essere), sulla preesistenza di un testo e di un contesto, da costruire su una consapevolezza forte.

Non si può separare Legge e Giustizia, Norme e Principi, Potere normativo e interpretazione, inviolabilità dei diritti e solidarietà, forma e sostanza nella garanzia dei diritti e nell'adempimento dei doveri. Per un motivo chiarissimo.

Solo gli opposti creano la totalità che è il fondamento più forte del Diritto.

A questa consapevolezza nessuno può e deve sfuggire. Solo così potremo ricostruire una corretta funzione del diritto in un'epoca tragica, che la storia ci ha posto di fronte all'improvviso, con una forza devastante.

⁷² U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 144.

⁷³ S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 547 e ID., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 179.

⁷⁴ Ancora, U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 149 e da ultimo, G. ZACCARIA, *Dialogando sull'ermeneutica giuridica*, op. cit., p. 123 "la ragionevolezza deve accettare la sfida della comunanza e della sempre più difficile dimostrabilità e composizione dei fini" in una società pluralistica.

⁷⁵ U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 150.

⁷⁶ G. ZACCARIA, *Dialogando sull'ermeneutica giuridica*, op. cit., p. 119 e il richiamo a S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, op. cit., p. 6.

⁷⁷ U. BRECCIA, *Chiaroscuri*, op. cit., p. 150.

⁷⁸ F. SANTORO PASSARELLI, *Quid juris?* (1982), ora in ID., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, p. 25, ed *ivi* p. 26 e 27: "La realtà sociale, non quella che vale per me o per l'altro, ma quella che vale per sé in quanto è sorretta dal 'comune consenso' come 'regola vincolante della condotta umana', diventa diritto in concorrenza col diritto scritto". Ancora "Non si può perciò accogliere la dottrina formalistica di Kelsen (...) perchè il diritto che conta è il diritto effettivo, ma resta vera la sua indicazione del diritto qual è e non quale dovrebbe essere, come esclusivo oggetto della scienza giuridica".

⁷⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *Quid juris?*, op. cit., p. 27 "A fronte del diritto effettivo il diritto scritto non può affermare la sua prevalenza come fa ad esempio, l'art. 8 delle preleggi per gli usi. Anche indipendentemente dalla consuetudine, che è tuttavia un importante fattore di consolidamento e di riconoscimento del diritto non scritto, "il fatto", sorretto dal consenso, fa legge".

⁸⁰ Si veda ora, in modo mirabile, G. BENEDETTI, *Sull'incertezza del diritto. Dal dogma della certezza a un'ermeneutica critica*, in ID., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica del diritto*, Bologna, 2020, p. 137.