

CONTRATTO GIUSTO E RIMEDI EFFETTIVI

Di Giuseppe Vettori

| 5

SOMMARIO: 1. Oltre la fattispecie. - 2. Diritti, principi e riequilibrio negoziale. - 3. La sentenza giusta nelle pronunzie della Corte di Cassazione. - 4. La giustizia contrattuale e l'intreccio fra fatti e valori. - 5. Il processo giusto e il diritto ad un rimedio effettivo. - 6. Le nuove tecniche dell'argomentazione giuridica. - 7. Contemporaneità e certezza del diritto.

1. Oltre la fattispecie.

La scienza giuridica riflette con sempre maggiore intensità sul mutamento del sistema delle fonti nell'attuale momento storico, immerso in una fase scandita da eventi chiarissimi. Il recupero di un legame forte fra diritto e società, l'erosione del monismo legislativo statale, la produzione di un diritto sempre meno "legale ed affidato in buona parte alla interpretazione giudiziale e dottrinale"¹. Da qui una conseguenza diretta.

Si indagano a fondo i mutamenti nel metodo e nelle tecniche del diritto dei privati. La crisi della fattispecie è scandita da un'analisi lucida e raffinata scrutando il mondo di ieri e il presente.

Da un lato si guarda all'ordine del passato teso a costruire strutture certe per sconfiggere l'incertezza e "dominare l'imprevedibile", con "una tipizzazione semplificatrice" che permette alla norma di "pensare la realtà in anticipo" e di "conquistare il futuro", con una "dimensione di certezza e di prevedibilità". Dall'altro si prende atto del mutamento dello Stato costituzionale dove norme senza fattispecie inducono l'interprete a "salire dal diritto

ai valori". Sicché l'argomentazione giuridica segue altri percorsi. Al sistema positivo subentra un "ordine oggettivo di valori sostanziali", in cui le norme non bastano più a se stesse; ma sono giustificate e sorrette da qualcos'altro che in certo modo può servirsi e utilizzarle". Un richiamo ai valori che "ha cancellato il problema delle lacune" perché essi "valgono in sé e per sé, non hanno bisogno di altre norme o di tramite, ma si appoggiano soltanto a sé stessi". Tutto ciò, come si dice benissimo, non interrompe il lavoro del giurista che deve solo continuare la sua opera in un nuovo orizzonte².

Si tratta di precisare come.

2. Diritti, principi e riequilibrio negoziale.

La giurisprudenza è consapevole di tali novità e, dopo le chiusure del positivismo, torna a confrontarsi con il controllo del contratto in sedi e momenti diversi.

¹ Così GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 4.

² Così IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 38 ss.; ID., *Calcolabilità Weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.

Due ordinanze recenti della Corte costituzionale³, in piena sintonia con un orientamento consolidato della Corte di cassazione, potenziano il ruolo dei principi costituzionali nella disciplina del contratto.

L'occasione è fornita dalla disciplina della caparra confirmatoria di cui si eccipisce l'incostituzionalità nella parte in cui non dispone che il giudice possa equamente ridurre la somma dovuta "in ipotesi di manifesta sproporzione". Ciò perché la norma (1385 c.c.) non lascerebbe spazio al giudice per alcun intervento idoneo a ripristinare l'equità oggettiva e il complessivo equilibrio contrattuale⁴. Ad una tale eccezione la Corte risponde con due ordinanze di manifesta inammissibilità che sollecitano un'interpretazione costituzionale di grande incidenza e rilievo, ben oltre la questione della caparra. Basta leggere la motivazione.

L'inammissibilità è disposta perché non si tiene conto "dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come, nella specie) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte". In tali casi si reputa che il giudice possa intervenire d'ufficio dichiarando "la nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ., della clausola, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., (sui dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa"⁵.

L'autorevolezza di queste affermazioni indicono ad analizzare, punto per punto, la motivazione. I precedenti citati richiamano un indirizzo consolidato.

a) La penale eccessiva. La prima sentenza ricordata⁶ affronta il tema della rilevabilità d'ufficio della clausola penale, ma è l'occasione per ripensare il potere correttivo del giudice di fronte ad un atto o un comportamento dei privati non conforme all'ordine costituzionale vigente. Di più. La motivazione si propone espressamente di superare il formalismo della precedente giurisprudenza, per rileggere gli istituti privatistici alla luce del carattere conformati-

vo delle norme e dei principi costituzionali. Con un obiettivo preciso. Superare l'idea della centralità del volere dei privati per far emergere l'interesse primario dell'ordinamento al controllo dell'autonomia, tramite il ruolo del giudice, il quale deve tener conto di un bilanciamento di "valori" di pari rilevanza costituzionale che confluiscono nel regolamento negoziale. Si richiama l'art. 41 che riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata e il concorrente dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 che entra, si precisa, nella struttura del contratto, come limite interno di ogni situazione soggettiva e transita tramite, la buona fede, nella valutazione dei comportamenti consentendo di dichiarare inesigibili certe pretese obbligatorie⁷ e di conformare in base a tale bilanciamento l'essenza stessa del rapporto obbligatorio⁸. Tutto ciò è la premessa logica per giustificare l'intervento d'ufficio del giudice come espressione di un potere-dovere, volto non a proteggere uno dei contraenti, ma a realizzare un interesse oggettivo dell'ordinamento", che si specifica e si consolida nell'esigenza" di una "giustizia del caso concreto" che il processo deve assicurare"⁹.

Tale orientamento non si è affermato certo con facilità. Molte pronunzie successive avevano ribadito la tesi tradizionale¹⁰ e da qui la pronunzia delle sezioni unite che conferma l'indirizzo innovativo, in modo netto e analitico¹¹ nel ribattere agli argomenti logico esegetici contrari e nell'affermare ambito e limiti del controllo giudiziale.

Si rileva che non sussiste alcun ostacolo nell'art. 112 c.p.c. perché la norma sulla clausola penale (1384 c.c.) non prevede una necessaria eccezione della parte, sicché la soluzione contraria può trarsi da una valutazione sistematica di altri casi analoghi (1526 e 1934 c.c.). Si ribadisce che l'intervento d'ufficio non è finalizzato alla protezione di una situazione soggettiva, ma di un interesse generale comune ad altri casi in cui l'intervento correttivo del giudice è previsto dalla legge (2058 e 1226 c.c.).

Insomma si muove dal potere di autonomia e dai suoi limiti che giustificano un intervento correttivo del giudice. Vi sono casi, si sostiene, in "cui la correzione della volontà delle parti" è prevista dalla legge che sostituisce la parte dell'atto non confor-

³ Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 e Corte cost., 22 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035

⁴ Corte cost., 22 aprile 2014, n. 77, cit.

⁵ Si ribadisce il potere della norma costituzionale di funzionalizzare "il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato" e si ricordano alcuni precedenti Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929; ma già Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159 e, in prosieguo, a sezioni unite, Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985 e Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85.

⁶ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.

⁷ Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit.

⁸ Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2750; Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2077 (in tema di fideiussione *omnibus*), Cass., 8 luglio 1994, n. 6448, in *Foro it.*, 1995, I, c. 186.

⁹ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.

¹⁰ Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *IusExplorer*; Cass., 30 maggio 2003, n. 8813, in *IusExplorer*; Cass., 19 aprile 2002, n. 5691, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1075; Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2924.

¹¹ Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.



me. Ve ne sono altri in cui una inserzione automatica della disciplina legislativa non è possibile “perché non può essere determinata in anticipo la prestazione dovuta da una delle parti”. In tali casi “la misura della prestazione è rimessa al giudice, per evitare che le parti utilizzino uno strumento legale per ottenere uno scopo che l’ordinamento non consente ovvero non ritiene meritevole di tutela, come nel caso appunto di una penale “manifestamente” eccessiva”¹².

Il potere correttivo così serve ad un fine preciso. Ricondurre l’accordo, “frutto della volontà liberamente manifestata dalle parti, nei limiti in cui esso appare meritevole di ricevere tutela dall’ordinamento”. Il che è pienamente coerente con il potere di rilevare d’ufficio, appunto, la non conformità di una clausola alle fonti di un ordinamento integrato.

b) L’abuso di diritto. L’ultima sentenza citata completa il quadro¹³ fissando il tema dell’abuso nel contesto della buona fede oggettiva. La quale, si ricorda, è concretizzata dal valore costituzionale di solidarietà sociale, opera nella fase di formazione ed esecuzione del contratto ed è per il giudice uno strumento di controllo modificativo od integrativo che consente di mantenere “il rapporto giuridico nei binari dell’equilibrio e della proporzione”.

Da qui la prima conclusione. Deve essere rettificata la concezione rigidamente formalistica contenuta nella sentenza di merito impugnata. La quale nega il potere di controllo del giudice sull’atto di autonomia (nella specie sul recesso ad *nutum*), esclude che la buona fede crei obbligazioni autonome, esalta, in un economia di mercato, il ruolo dell’autonoma iniziativa dei privati non soggetta ad un giudizio di ragionevolezza. La presa di distanza rispetto a tutto ciò della Corte di Cassazione è netta.

L’abuso è un criterio rilevatore della mala fede e manifesta una “utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore”. Sicché la condotta abusiva si ha quando “ nel collegamento tra il potere di autonomia [...] ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obbiettiva dell’atto rispetto al potere che lo prevede”. In tali casi l’ordinamento rifiuta tutela a diritti e interessi “esercitati con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva e impedisce che si conseguano e si conservino vantaggi derivanti da atti strumentalmente idonei, ma esercitati in modo da alterare la funzione e contrastare” con la correttezza.

Emerge così un principio che consente di esaminare gli atti e di valutare le condotte tutte le volte che siano superati i limiti interni ed esterni al diritto. Anche il metodo da seguire è chiaro. Nel caso di contrapposti interessi è essenziale “ la proporzionalità dei mezzi usati” che esige” una procedimentalizzazione nell’esercizio del diritto”.

3. La “sentenza giusta” nelle pronunzie della Corte di Cassazione.

La Corte di Cassazione usa con sempre maggiore incidenza il “canone ordinante della sentenza giusta”¹⁴.

Anzitutto, innovando rispetto al passato, si afferma che spetti al giudice di merito rilevare d’ufficio ogni forma di nullità perché tale accertamento si fonda “ nella tutela di interessi generali, di valori fondamentali o che comunque trascendono quelli del singolo”¹⁵. In altri casi¹⁶ si ripensa la distinzione fra eccezioni in senso stretto, rilevabili dalla parte a pena di inammissibilità, ed eccezioni in senso lato rilevabili di ufficio¹⁷. Con una conseguenza importante.

“Il regime delle eccezioni sta cambiando il diritto contrattuale”¹⁸, attribuendo al giudice la possibilità di incidere d’ufficio sull’atto di autonomia, stante l’esigenza di pronunziare “ una sentenza giusta” al di là di un rigido formalismo sul regime delle do-

¹⁴ V. Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n.14828, in *Foro it.*, 2013, 4, I, c. 1238 e la nota di PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle sezioni unite: eppur si muove?*, in *I Contratti*, 2012, 11, p. 874, ora in *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014, p. 3 ss.; V. anche sul punto CAPORUSSO, *Effettività e ragionevolezza della tutela giurisdizionale nel canone dell’art. 6, par. 1, CEDU*, in *Persona e mercato*, 2014, 3, p. 118 ss.; Cass., sez. un., ord. 7 maggio 2013, n. 10531, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3500 e la nota di PAGLIANTINI, *La condizione di erede beneficiario come eccezione rilevabile di ufficio: l’opinione del civilista*, in *Persona e mercato*, 2013, p. 300 ora in *Nuovi profili del diritto dei contratti*, cit., p. 51 ss.

¹⁵ Cass., sez. un., 7 settembre 2012, n.14828, cit. che si pronunzia sulla rilevabilità d’ufficio del beneficio di inventario risultante dagli atti di causa.

¹⁶ Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, cit.

¹⁷ Cass., ord., 27 giugno 2014, n. 14688, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1388 con nota di CAPORUSSO con cui si trasmettono gli atti al Primo Presidente per l’eventuale assegnazione alle sezioni unite di un ricorso “sulla questione della rilevabilità d’ufficio dell’inefficacia del contratto stipulato dal *falsus procurator*, stante l’opportunità di un riesame dell’orientamento tradizionale che configura un’eccezione in senso stretto dello “pseudo rappresentato”.

¹⁸ PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità trasanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 213.

¹² Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

¹³ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

mande delle parti¹⁹. Ciò perché la bussola della giusta decisione “fa da canone di valutazione” e concretizza “l’obbligo del giudice di indicare tutti i fatti processualmente rilevanti, per il decidere, nel contraddittorio fra le parti”²⁰.

Anche in questo caso il richiamo alla giustizia non è estranea al diritto positivo, ma implica una sua corretta attuazione attraverso una lettura attenta dei principi processuali. La riprova è in una recentissima sentenza delle Sezioni Unite che enuncia sul tema un vero e proprio manifesto²¹.

Il problema è noto. In passato²² si era deciso che la rilevazione incidentale della nullità era doverosa nei casi di domande volte “all’esecuzione o la risoluzione del contratto ma non in ipotesi di altri vizi genetici”, come l’azione di annullamento o di rescissione. Da qui l’ordinanza interlocutoria (del 27 novembre 2012) e la sentenza che si propone di affrontare in tutti i suoi aspetti “ il problema dei rapporti tra rilievo officioso della nullità negoziale e le azioni di impugnativa contrattuali, così da pervenire ad una (ipotesi di) soluzione complessivamente organica” che investe nel contempo la fattispecie della nullità negoziale e la delimitazione dell’oggetto del processo. Entrambi principi cardine del controllo giudiziale del contratto.

E’ ovvio che la decisione ha un peso rilevante su molti istituti di diritto sostanziale²³, interessati dal potere di rilevanza d’ufficio della nullità distinto dal profilo della sua dichiarazione e da quello dell’attitudine al giudicato della sentenza conseguente. Il tema, insomma, centra la relazione fra il diritto sostanziale e il processo e in particolare i rapporti tra il contratto e il processo.

Da qui la prioritaria delimitazione funzionale della nullità e dell’oggetto del processo. *Intrise entrambe da una attenzione alle istanze di giustizia sostanziale.*

¹⁹ V. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 315ss; ID., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, ivi, 2001, p. 11 ss.; ID., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, ivi, 2001, p. 666 ss.

²⁰ PAGLIANTINI, *La condizione di erede beneficiato come eccezione rilevabile d’ufficio. L’opinione del civilista*, op. cit., p. 55. Sul punto v. anche ORIANI, *Eccezione in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3515 ss.; PROTOPISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, p. 203 ss. e CIPRIANI, *Il processo civile nello Stato democratico*, in *L’unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, a cura di Garofoli, Milano, 2005, p. 109 ss.

²¹ Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *IusE-Explorer*

²² Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, cit.

²³ Dall’ intreccio con le altre azioni di impugnazione e con le nullità speciali di protezione, alle diverse forme di sanatoria del negozio invalido, dalla risoluzione del rapporto contrattuale alla conversione del negozio nullo

La nullità è ricondotta, contro le tendenze dispersive, ad una unitaria forma tutela di interessi generali sovra-individuali tramite un giudizio di disvalore. Sia nei casi di contrarietà alle norme imperative e ai principi di ordine pubblico e buon costume. Sia nelle ipotesi di illegalità strutturale, stante l’interesse pubblico ad un esercizio “corretto, ordinato e ragionevole” dell’autonomia privata. Sia ancora per le nullità speciali che esprimono un interesse generale ad un equilibrio contrattuale espressione, a volta a volta, di un ordine pubblico di protezione che supera ogni contraddizione fra legittimazione riservata e rilevanza d’ufficio. Sul punto è importante una distinzione che pervade il ragionamento della Corte. La rilevazione del motivo di nullità è necessario, come insegna la giurisprudenza comunitaria²⁴, e tale momento deve essere distinto dalla dichiarazione della nullità che risponde ad altre esigenze e limiti. Ciò conduce ad una prima conclusione. “La riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità consente di riaffermare l’esigenza di conferire al rilievo d’ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell’organizzazione sociale”²⁵.

D’altra parte l’oggetto del giudizio pone in luce i valori funzionali indicati espressamente come guida fondamentale dell’argomentazione giuridica. L’elenco è minuzioso e analitico.

La corrispettività sostanziale fra diritto e processo. La stabilità delle decisioni giudiziarie che elimini tappe e percorsi tortuosi, per fornire una risposta definitiva all’istanza di giustizia. L’armonizzazione della decisione che eviti la scomposizione della unità della situazione sostanziale. La concentrazione delle decisioni. L’effettività della tutela contro “ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defaticante rispetto ai tempi di decisione della causa”. Il principio di giustizia delle decisioni ai sensi dell’art. 111 Cost. e 6 CEDU. Il rispetto della non illimitata risorsa-giustizia oltre ai principi di lealtà e probità processuale e di eguaglianza formale delle parti.

Principi e valori, dunque, che orientano tutti ad un risultato dell’oggetto del processo. Il definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio con una decisione caratterizzata da “*stabilità, certezza,*

²⁴ Per tutte v. Corte di Giustizia 4 giugno 2009 ,C-243/08 *Pannon*, in *curia.europa.eu*

²⁵ V. ancora Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., punto 3 da 1 a 15 “si consideri la *ratio* della rilevanza che non è quella di eliminare sempre e comunque il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico.. ma quella di impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici”.



affidabilità temporale, coniugate con i valori di sistema della celerità e giustizia". La conclusione è anche qui puntuale e convincente.

Al di là della natura privatistica o pubblicistica il giudizio non può non risentire della sua dimensione funzionale che è "quella di attrarre nella propria orbita..la situazione di diritto soggettivo..valutata nella sua interezza e cioè in relazione alla sua totale ed effettiva consistenza sostanziale". Il che per le azioni di impugnativa contrattuale ha un esito chiaro. "Il giudizio è costituito dal negozio nella sua duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica e (con esso) dal rapporto giuridico-sostanziale che ne scaturisce". E comporta un dovere per il giudice di "rilevare una causa di nullità negoziale e di indicarla alle parti, lungo tutto il corso del processo, fino alla sua conclusione". Altra sarà la questione della dichiarazione della nullità che può non essere obbligata e dei limiti oggettivi del giudicato. Chiarissimo, infine, è il decalogo per il giudice (7.1) orientato da una concezione del processo non "eccessivamente pubblicistica" ma che fa leva sul valore della giustizia della decisione.

Torna dunque il richiamo ai principi e ad un valore utilizzato nell'argomentazione giuridica²⁶ e di essi occorre allora occuparci più attentamente tenendo presenti i timori e le diverse opinioni espresse sul punto in dottrina che imputa alla giurisprudenza una deriva eccessiva²⁷ o una generalizzazione impropria²⁸ o i pericoli di un argomentare che salta il medio necessario di una regola²⁹.

4. La giustizia contrattuale e l'intreccio di fatti e valori

Con la pubblicazione del libro di John Rawls nel 1971 la riflessione sulla giustizia ha ricevuto un nuovo impulso sino a divenire un tema centrale

"nella dimensione pubblica dei paesi occidentali"³⁰. E' noto il fondamento.

Per una corretta elaborazione delle condizioni di una società giusta Rawls utilizza "l'espedito di individuare i termini su cui si accorderebbero parti che scelgono sotto un velo di ignoranza, ovvero prive di qualsiasi informazione relativa alla situazione in cui si troveranno una volta che l'accordo è stato concluso". Ciò perché l'ignoranza favorisce l'imparzialità. Da qui l'idea di una giustizia come equità (*fairness*), ossia come attività cooperativa, retta da regole che Rawls trae dai risultati più avanzati delle scienze sociali. Dalla filosofia morale all'economia, con la teoria dei giochi, della scelta razionale, delle esigenze del Welfare. L'opera, è noto, ha determinato una rinascita della filosofia politica "che è tornata ad avere il ruolo centrale che le apparteneva dai tempi di Platone e Aristotele"³¹.

Tuttavia la sua impostazione di fondo, frutto di un liberalismo illuminato, è stata molto discussa. Le critiche riguardano il criterio di eguaglianza, troppo tenue e formale, e soprattutto il metodo teso a costruire un modello unitario e astratto, in linea con una certa tradizione filosofica (Hobbes, Rousseau, Locke, Kant). Opinioni autorevoli³² criticano questo costruttivismo, seguendo un'altra linea di pensiero (da Condorcet, a Bentham da Marx e Stuart Mill). L'idea è che non vi sia istituzione né procedura capace di individuare un assetto sociale giusto.

Ebbene la giustizia contrattuale evoca solo un equilibrio nel contenuto di un contratto. Pure sul punto i giuristi hanno espresso da sempre posizioni critiche nei confronti di un'idea unitaria³³. Per una pluralità di motivi.

Il legislatore è intervenuto in molti settori per sanare forme di squilibrio³⁴. E dall'osservazione di questa progressiva attenzione normativa alla diversità di potere fra i contraenti, torna la riflessione sul controllo giudiziale del contratto, su cui in Italia e in Europa gli studiosi discutono da molti anni, divi-

²⁶ Si veda la densa nota di PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolvibilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione. A mò di bussola per rivedere Itaca*, in *I contratti*, 2015, I, p. 113.

²⁷BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. «nascita malformata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 1527 e 1529.

²⁸ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957; PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2041.

²⁹BRECCIA, *Che cosa è "giusto" nella prospettiva del diritto privato?*, ora in *Immagini del diritto privato, I, Teoria generale, fonti, diritti. Scritti*, cit., p. 288

³⁰ V. RICCIARDI, (a cura di), *L'ideale di giustizia. Da John Rawls a oggi*, EGEA, 2010, p. VII ss.

³¹RICCIARDI, op. cit.

³²COHEN, *Rescuing Justice & Equality*, Harvard University Press, 2009; e in particolare SEN, *L'idea di giustizia*, trad. it., Mondadori, 2010.

³³ V. sul punto per un efficacissima sintesi SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, p. 337 ss.; VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53 e ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 224 ss.

³⁴ Dalla disciplina dei contratti del consumatore all'abuso di dipendenza economica. Dalle norme sui ritardi di pagamento alla cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari. Dalla disciplina della concorrenza e del mercato ai progetti di uniformazione europea del diritto contrattuale che prevedono controlli per le asimmetrie anche microeconomiche.

endosi sulle modalità di intendere tale tensione³⁵. Le ricostruzioni sono limpide e rigorose³⁶. Sottolineo solo un aspetto³⁷. L'impressione è che le istanze di protezione siano analizzate e ridotte alle forme del contraente debole e delle asimmetrie di potere che non esauriscono il suo ambito. La giustizia nel processo e nel contratto non può essere evocata come protezione di un interesse di parte ma solo come espressione di un interesse generale e di un principio costituzionale che regola, appunto, il contratto e il processo. Ma anche l'interesse generale non può essere un canone astratto.

Una saggezza millenaria, fissata dai Grandi del novecento, ci indica la visione più corretta. L'uomo può confrontarsi con le idee assolute, come la giustizia, solo dal tempo in cui vive. Dall'esserci. Siamo fasciati dal tempo e dalla nostra esistenza che contiene e fissa l'esigenza di giustizia. Per comprenderla e agire correttamente occorre muovere da esperienze concrete di negazione. Dunque ancora dal tempo. Con una precisazione.

La contemporaneità non significa sintonia piena con il presente. Esige di più. Una non-coincidenza. "Una singolare relazione con il proprio tempo, che aderisce ad esso e, insieme, ne prende le distanze"³⁸ per percepirne le luci e le ombre. Sicché si deve riflettere sull'oggi, sui suoi limiti e su ciò che si proietta oltre.

³⁵ V. ancora SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi*, cit., p. 337 ss. Da un lato si riducono i controlli alle sole norme di legge, considerate come eccezionali e non estensibili per analogia sicché la giustizia si identifica con le norme e si esaurisce nella loro estensione. Dall'altro si espande il controllo tramite le clausole generali e il riferimento alla giustizia assume un ambito pericolosamente indeterminato, ampliando il potere discrezionale del giudice. Una terza opinione muove dalle previsioni normative del tipo di debolezza per una complessa operazione, basata sulla possibile applicazione analogica e un "coordinamento sistematico fra contratti asimmetrici". Con un fine preciso. Distinguere fra giustizia contrattuale e sociale per negare alla prima ogni effetto distributivo (di competenza del legislatore), constatare il fallimento di un ideale ordo e neoliberalo, rimarcare il peso della crisi economica e dei vincoli europei. Tutto per mostrare l'insufficienza dei singoli interventi successivi sul contratto e per sollecitare interventi preventivi sul mercato con un possibile tentativo di coordinamento fra le dimensioni micro e macroeconomiche degli Stati e della UE.

³⁶ NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, op.cit., p. 646.

³⁷ Tutto ciò porta a concludere che l'autonomia dei privati non è affatto al tramonto, ma può essere anzi strumento e fattore di trasformazione delle istituzioni nella sua attitudine ad orientare le scelte politiche ed economiche del momento v. BRECCIA, *Autonomia contrattuale. Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabbriellini, Torino, 2011, p. 67.

³⁸ Così AGAMBEN, *Che cos'è il contemporaneo?*, Roma, 2008, p. 9 ss.

Siamo immersi ancora in un contesto difficile che sfugge alle definizioni³⁹. Un'epoca che è stata travolta da un'accelerazione tecnologica e scientifica, priva spesso di ogni bussola politica e culturale. Che ha imparato a convivere con la crisi economica, delle ideologie e della militanza, con il trionfo del neoliberismo e le sue profonde carenze.

L'ultimo decennio del novecento inizia con l'annuncio della fine della storia, dopo la caduta del muro di Berlino, e spinge la sua ombra sul presente anche se dispersa in un magma che non ha un nome, ma tratti antropologici definiti. Tra i due secoli e i due millenni deperiscono progressivamente le istanze collettive e si attribuisce piena dignità all'"essere sé stessi" (il sessestismo), come programma di vita e obbiettivo finalistico esaltato dai *reality*, dalla rete dai *social net-work* e dall'arte figurativa⁴⁰.

Purtuttavia dopo i fatti epocali della fine del secolo, è evidente il declino della pos-modernità che emerge da ogni scienza e percezione artistica.

La filosofia supera il nihilismo e l'indifferenza contenutistica per affidarsi ad un realismo attento ai mutamenti e alle consolidazioni del presente⁴¹. Il giurista è sempre meno appagato da un ossequio al linguaggio e alle procedure per ricercare la verità parziale del proprio tempo, capace di orientare e determinare l'opera dell'interprete, condizionato sempre più da un'oggettività legata ad una dimensione concreta del presente e dell'esserci⁴². La letteratura e l'arte figurativa anticipano, come spesso accade, il futuro.

La prima abbandona i condizionamenti del pos-moderno per tornare a immergersi nella concretezza del contesto sociale e storico. Ed è evidente il perché. "In un'epoca di contraddizioni materiali come la nostra, con le sue urgenze politiche ed economiche, è entrata crisi l'idea...che esista solo il linguaggio: il tempo della leggerezza, del nihilismo ilare non ha più senso. Tornano le tematiche del neorealismo che aveva altre radici, ma di un nuovo rea-

³⁹ Dal neoliberismo degli anni 80 all'emergere dei principi europei. Dalla centralità della concorrenza alla costituzionalizzazione dei valori personali e di un'economia sociale di mercato. Dall'efficacia giuridica della Carta di Nizza-Strasburgo, al Fiscal Compact che incide pesantemente sul contenuto e la garanzia della situazioni soggettive dei privati

⁴⁰ Che trova la sintesi nella rappresentazione del letto sfatto e sporco di Tracy Ermin, esposto per la prima volta nel 1999 e venduto in questi mesi per oltre due milioni di euro da Christie's. In quell'opera simbolo di un'epoca si narra un pezzo di vita intimo dell'autrice come frammento di soggettività che lega le cose e le emozioni, senza alcuna pretesa di oggettività perché si vuole esaltare, come tratto del tempo, "l'emotività, il genuino, il non artefatto"

⁴¹ Indicherei in particolare FERRARIS, *Manifesto del neorealismo*, Roma-Bari, 2012.

⁴² v i saggi limpidi e illuminanti di BENEDETTI, *L'oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, Giappicchelli, 2014.



lismo e di un nuovo modernismo erede del primo novecento europeo⁴³. Dopo il pos-modernismo attento alla narrativa, al giallo al *noir*, il passaggio ad un'epoca nuova (di un iper-modernismo) ha tratti profondamente diversi. Pur nella diversità delle ispirazioni "il metodo è sempre quello di far parlare la realtà e l'esperienza", il mondo materiale con le sue emozioni e i suoi traumi, dove il bene e il male ritornano ad essere percepiti ed isolati come tali⁴⁴.

L'arte contemporanea nelle sue migliori espressioni racconta e spiega con un linguaggio emotivo e coinvolgente i drammi del presente. Dalla radici della crisi economica in cui siamo coinvolti, alle frantumazioni delle collettività intermedie come la famiglia, sempre con l'obiettivo puntato sulla realtà concreta di un mondo in trasformazione continua⁴⁵.

In questa realtà sociale frantumata le stesse forme della democrazia politica oscillano senza sosta in un equilibrio instabile fra rappresentanza e partecipazione. Si parla democrazia "in diretta"⁴⁶, di "egemonie individuali" o di democrazia ibrida e personale", dominata dalla TV e dalla rete⁴⁷. Un fenomeno che ha radici profonde, non solo in Italia⁴⁸.

Che cosa accade nelle fonti del diritto dei privati è chiaro. Da un sistema di regole e strutture che esigono conformità, si passa progressivamente ad un contesto ove si dà rilievo ai principi costituzionali interni e comunitari, norme spesso prive di una fattispecie che non consentono un giudizio conforme ad una regola data ma esigono un bilanciamento di valori diversi. L'asse della giuridicità si sposta dall'assolutismo della legge alla centralità dell'interprete. Non solo. Il diritto è sempre più spesso scritto e riscritto da soggetti diversi. Leggi, giudici, *Authority*, dottrina, privati. Tutto ciò ha molti

meriti e un pericolo grave. L'erosione di un valore di civiltà come la certezza del diritto. Che fare?

Da questa divisione si esce su una riflessione attenta su come applicare diritti, principi e clausole generali in base a fonti giuridiche che diversificano le posizioni soggettive dei privati e inducono a percepire le differenze e la fonte generatrice delle disuguaglianze. Tutto ciò in base ad una tecnica argomentativa nuova e rigorosa.

Il tema della giustizia contrattuale sta tutto qui.

5. Il processo giusto e il diritto ad un rimedio effettivo nelle Corti europee.

Come si è osservato esattamente occorre distinguere nelle fonti interne e comunitarie due aspetti complementari ma non coincidenti. Il diritto ad un ricorso effettivo come "possibilità di agire" attraverso una tutela giurisdizionale effettiva potenziata da ogni anomalia o preclusione che svuoti la situazione sostanziale (art. 10 della Dichiarazione delle Nazioni unite del 1948, 6 della CEDU, 47 della CDFUE). E il diritto ad rimedio effettivo che consente di ottenere nel processo tutte le utilità che l'interesse protetto accorda al soggetto titolare⁴⁹ (art 24 cost., 6 e 13 CEDU, 47 CDFUE).

Il primo implica il rispetto delle condizioni minime di effettività del giudizio che deve essere svolto in un termine ragionevole, da un giudice indipendente e imparziale, nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa⁵⁰. Il secondo apre la via ad un ripensamento e adeguamento delle tutele che nel processo devono garantire la piena soddisfazione di ogni diritto e interesse tutelato⁵¹. Su questo principio occorre soffermarsi di più per la delicatezza e attualità del tema che ci riguarda da vicino.

Basta pensare che grazie all'opera della dottrina e delle Corti l'effettività si è estesa a tutelare non solo le modalità di accesso e lo svolgimento del

⁴³LUPERINI, *Tramonto e resistenza della critica*, Quodlibet, 2014.

⁴⁴LUPERINI, op. cit., e DiSTEFANO, *Addio al postmoderno, la narrativa è realistica*, in *Il Corriere della sera*, 20 agosto 2014.

⁴⁵ Di grande significato l'attività svolta a Firenze dal centro di arte contemporanea della Strozzi in Palazzo Strozzi. La mostra sull'"American Dream" ha fatto comprendere un aspetto della bolla immobiliare che ha determinato la crisi economica globale come la recente esposizione sulle "Questioni di famiglia" ha narrato nel modo più coinvolgente la realtà ipemoderna della collettività familiare. V. sul punto SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Feltrinelli, 2012; GINSBORG, *Famiglia novecento*, Einaudi, 2013.

⁴⁶URBINATI, *Democrazia in diretta*, Feltrinelli, 2013.

⁴⁷DIAMANTI, *Democrazia ibrida*, Roma-Bari, 2014.

⁴⁸FIORAVANTI, *Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini*, 43, 2014, p. 1077 ss.; ID., *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, p. 295 ss.; D. KENNEDY, *The political stakes in "Merelytechnical" issue of contract law*, in *ERCL*, 2002, cit. ed ivi M. CHANTAL, *Europe-building through private law: lesson from constitutional theory*, in *ERCL*, 2012, p. 326 ss.

⁴⁹CAPORUSSO, *Effettività e ragionevolezza della tutela giurisdizionale nel canone dell'art. 6, par. 1, CEDU*, cit., p. 118 ss.; TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le "tecniche" della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 361 ss.; ID., *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 171 ss.; COMOGGIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1070 ss.; ID., *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatista*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 728 ss. e da ultimo DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 3, p. 907 ss.

⁵⁰ V. da ultimo per una lucida e profonda sintesi CAPORUSSO, *Effettività e ragionevolezza della tutela giurisdizionale nel canone dell'art. 6, par.1.CEDU*, cit.

⁵¹ Sulla strumentalità del processo PROTOPISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale*, in *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Napoli, 2003, p. 1 ss.



processo, ma le potenzialità delle situazioni a cui deve essere garantita piena realizzazione rimuovendo tutti gli ostacoli sostanziali e processuali.⁵² In tal modo il diritto ad un ricorso effettivo è stato progressivamente inteso come “*right to an effective remedy*”⁵³. Ciò implica che il processo giusto (art.111Cost.) ed equo (6 CEDU e 47 CDFUE) non può prescindere dalle tutele sostanziali da rivedere assieme a quelle processuali, bilanciando interessi e valori perché “giusto ed equo ..sono qualificazioni che non si esauriscono nel richiamo al principio di legalità, ma richiamano..il sistema dei valori sotteso alle regole”⁵⁴.

Si tratta in sostanza di individuare e di ricostruire la tutela più efficace per garantire l’interesse sostanziale come espressione di un canone di adeguatezza della tutela che è stato elaborato dalle Corti europee⁵⁵. Con la possibilità di scelta dei rimedi e del loro cumulo in presenza di determinati presupposti⁵⁶. Ed è chiaro il perché.

L’art. 24 della Costituzione con il diritto di adire un giudice deve essere coordinato con gli art. 2, 3 e 4 che impongono di individuare un contenuto concreto e differenziato alla tutela di quel diritto che può non essere soddisfatto dal binomio della tutela specifica o per equivalente. Proprio perché il processo deve dare a “chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha il diritto di conseguire”⁵⁷.

Resta da precisare come il diritto ad un rimedio efficiente debba essere ricostruito e attuato.

La Corte costituzionale in passato non aveva espresso un’interpretazione univoca dell’art.24 della Costituzione e non è mai stato facile individuare “la portata concreta della copertura costituzionale, stabilendo se essa riguardi solo il diritto al “giusto

processo”.. o “anche quello all’effettiva tutela”⁵⁸ sostanziale. Ma di recente il suo orientamento è stato enunciato in modo chiaro nel dichiarare la incostituzionalità della disciplina internazionale sulla immunità degli Stati⁵⁹ di fronte ad un’azione di danni.

La Corte ha fissato un nesso inscindibile tra il diritto di adire il giudice previsto dall’art.24 della Costituzione e i diritti inviolabili della persona. Di più si qualifica il primo articolo come uno dei “grandi principi di civiltà giuridica” e si afferma l’esistenza di una dimensione effettiva dei diritti inviolabili che si manifesta “in una tutela effettiva ..mediante un giudice”⁶⁰.

Se si vuol chiarire il significato di questa tutela effettiva punti di partenza sono due. La nozione di interesse giuridicamente protetto, nucleo primario della nozione di diritto soggettivo⁶¹. Il significato della effettività delle tutele⁶².

Iniziamo dalla prima.

La protezione di un interesse non può che aprire “tutte le vie della tutela giuridica, secondo il criterio universale dell’adeguamento degli effetti alla sostanza degli interessi espressi dal fatto giuridico”⁶³. Su questo ha insistito la Cassazione nell’aprire la via alla risarcibilità degli interessi legittimi, ma non solo. A questa conclusione conduce una corretta qualificazione della rilevanza giuridica e dei rimedi.

Sul primo aspetto. E’ noto che l’*essenza giuridica del fatto*, ossia la sua rilevanza per il diritto va tenuta distinta dall’efficacia. Anche se diverse sono le ricostruzioni concettuali proposte⁶⁴. Questa *essenza giuridica* orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva.

Occorre ripartire da qui. Coordinando questa essenza con un contesto di fonti mutato.

⁵²TROCKER, *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’“azione” nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 35 ss.; BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, p. 62 ma come precedente significativo CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 233 ss.

⁵³DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, op. cit., p. 917 ed ivi il richiamo a CGCE, 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*, in *curia.europa.eu*; CGUE, 19 giugno 1990, C-213/89 *House of Lords*, spec. Punto 21, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 498; CGCE, 25 luglio 2002, n. C-50/00, *Union de Pequeños Agricultores*, in *curia.europa.eu* e Tribunale Unione europea, sez. II, 3 marzo 2011, T-110/07, in *curia.europa.eu*.

⁵⁴DALFINO, op. cit., p. 918.

⁵⁵TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ed il processo civile*, in *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., p. 107, 126 ss. e VARANO, voce *Remedies*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, p. 571 ss.

⁵⁶DALFINO, op. cit., p. 927 il quale cita gli artt. 1218, 2058, 1453, 2740 c.c. e 185 c.p.

⁵⁷CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1965, p. 81.

⁵⁸PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 56

⁵⁹V. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in www.cortecostituzionale.it e sul punto IMBRUGLIA, *L’azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza della Consulta n. 238 del 2014*, in *Persona e Mercato*, 2014, 3, p. 163 ss.

⁶⁰IMBRUGLIA, op. cit.

⁶¹FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 683 ss. ma anche la notissima sentenza della Corte di Cassazione, 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487 e 3201.

⁶²COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 1076 ss. citato da PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 57.

⁶³PAGNI, op. cit., p. 59.

⁶⁴V. sul punto per una sintesi VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 378 ed il richiamo a CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, e in part. *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica*, p. 245 ss.

Basta ricordare che oltre dieci anni fa si erano posti in luce i tratti di una diffusione della normatività, come preludio all'avanzare del diritto per principi⁶⁵ con una conseguenza chiara. "L'antico sistema delle fonti "si nebulizza" e l'interprete deve confrontarsi con una normatività diffusa che ha bisogno della integrazione dei fatti e dei principi che "hanno il segno della normatività e si debbono confrontare con "l'esperienza, la prassi, il gioco degli interessi". Per un motivo evidente. Sono i soli che "mettono a nudo il fondamento sociale del diritto positivo" e sotto "un certo profilo contribuiscono a legare validità ed effettività"⁶⁶.

La nozione di effettività conferma questa conclusione⁶⁷.

Tale principio in questa fase dell'ordine giuridico è alla base del procedimento di conversione del fatto in diritto per una serie di dati oggettivi⁶⁸.

Il mutamento radicale del sistema delle fonti attribuisce ad esso, progressivamente, un valore positivo che muta al contempo la dinamica giuridica. Ne è prova (oltre alle norme della Costituzione e dei testi comunitari) la norma contenuta all'inizio del codice della giustizia amministrativa, ove si parla di una giurisdizione che deve assicurare una "tutela piena ed effettiva secondo i principi della costituzione e del diritto europeo".

Un ulteriore conferma si ha in recenti pronunzie della Corte costituzionale dove si interpretano, come si è detto, in modo sistemico gli articoli 2 e 24 al fine di garantire una protezione effettiva, non solo al diritto di azione ma alle tutele sostanziali. Con un'elasticità ... propria dei *remedies* di *common law*⁶⁹ in base a norme (2 e 24 Cost, art.6 e 13

CEDU e 47 Carta di Nizza)⁷⁰ le quali esigono che si dia attuazione, in Europa, alla pretesa di un rimedio effettivo, inteso come pretesa di adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse tutelato⁷¹, ad accorciare⁷² le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse e o al bene che si intende tutelare⁷³.

Si capisce così come il principio di effettività divenga sempre più regola cardine del sistema costituzionale⁷⁴, interno e comunitario⁷⁵. Un perno attor-

70 Si veda sul punto il bel saggio di TROCKER, *L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta Europea e diritti dei privati*, a cura di VETTORI, Padova, 2002, p. 381 ss. Ma soprattutto PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 54 ss.

71 V. MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2001, p. 105 ss.; 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.; MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, ivi, 2005, p. 605 ss.; MONATERI, *Ripensare il diritto civile*, Torino, 2006. È solo il caso di ricordare che la riflessione sul tema presuppone l'esistenza di un interesse protetto, sicché l'approccio rimediale non incide sull'*an* della protezione, ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. 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.

72 DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed., Milano, 2003, p. 13 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, op. cit., p. 342 ss.

73 DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 355.

74 V. Corte EDU 31 maggio 2011, *Maggio ed altri c. Italia*, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Diritti politici e civili*, n.177; Corte. cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Foro it.*, 2013, I, con note di R. ROMBOLI e di G. AMOROSO, ed ivi, c. 788 con nota di SCODITTI, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la CEDU come parametro interposto di costituzionalità* e di DELUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme CEDU*; Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, C-399/11 *Melloni-Ministero Fiscale*, in *curia.europa.eu* su cui v. il commento di RUGGERI, *La Corte di Giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in www.diritticomparati.it; CONTI, *Mandato di arresto europeo ed esecuzione di una pena irraggiata in absentia*, in *Corr. Giur.*, 2013, p. 8; ID., *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurocomunitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in www.europeanrights.eu.

75 La giurisprudenza europea è vastissima si veda da ultimo CGUE, 30 settembre 2003, C-224/01, punto 58; CGUE 12 dicembre 2006, C-446/04, punti 203 e 219; CGUE 17 aprile 2007, C-470/03, punto 123; CGUE 23 aprile 2008, C-201/05, tutte in *curia.europa.eu*.

⁶⁵BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, 2003, p.460 ss. V. anche GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012; SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

⁶⁶BERTI, *op. cit.*, pp. 462-464. La tendenza era tratta da una precisa evoluzione delle fonti. Il Parlamento, stante l'uso abnorme dei decreti legge e legislativi, non era già allora capace di assicurare "la stabilità dell'ordinamento". L'organizzazione amministrativa e decentrata "non serviva più solo a rendere conoscibili gli ingranaggi statali, ma allo stesso tempo (*era ed è*) anch'essa matrice di nuova legalità, proprio perché costituzionalmente impiantata per dare visibilità e forza allo Stato". Tutto ciò è ampliato dal nuovo art.117 della Costituzione perché "il diritto positivo...si indebolisce al suo interno, dismettendo la certezza di sé e la forza del suo precetto come espressione del dover essere

⁶⁷ V. da ultimo VETTORI, *Controllo giudiziale sul contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuov. Leg. Comm.*, 2015, p. 151ss.

⁶⁸ Così PIOVANI, voce *Effettività* (Principio di), in *Enc. dir.*, Milano, 1965, p. 421 ss.

⁶⁹ COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, cit., p. 1076.

no a cui ruota la dinamica delle tutele dei privati⁷⁶ e la concretezza di un rimedio appunto effettivo⁷⁷.

Sicché la definizione di tutele efficienti è uno strumento primario di questo nuovo ordine integrato retto da principi e valori. Su cui si deve ancora soffermarsi.

| 14

6. Le nuove tecniche dell'argomentazione giuridica.

La dottrina ha oramai avvertito che ragionare per principi implica il superamento dello stesso metodo analogico o tipologico⁷⁸ e ciò evoca il tema

⁷⁶VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, in *Persona e Mercato*, 2013, 4, p. 279.

⁷⁷GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, 2003, 3, p. 380-381: "la dialettica particolare/universale è fortissima nel diritto canonico e fortissima la valorizzazione del particolare: il peccato non può non essere il singolo peccato del singolo soggetto, e il diritto non può non consistere in rimedio efficiente volto ad evitare, attenuare, sanzionare quello specifico peccato. Nel diritto della Chiesa, proprio per il suo carattere strumentale, non è il primato della norma generale che viene affermato, ma esattamente il contrario, la considerazione del particolare significa considerazione del re/peccatore che cerca la propria salvezza e in questa va aiutato." Paolo Grossi cita la Somma Teologica di Tommaso d'Aquino e la *Questio VII De circumstantiishumanorumactuum* la quale "verte sulle circostanze degli atti umani, età, stato, ignoranza, povertà, luogo, tempo, gravità del danno, conseguenze dell'atto. In altre parole, non basta che cosa si è compiuto e con quale volontà; è rilevante indagare chi sia l'agente, come l'abbia compiuto, dove, quando, in quali circostanze. E' quel contesto che il teologo/canonista deve approfondire, se si vuol conseguire pienamente l'ideale del giusto; che in un ordinamento sacro, non è al di là del diritto, ma anzi vi si mescola e con esso si fonde". V. anche ID., *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, ivi, 1985, 14; *Aequitas canonica*, ivi, 1998, 27; *Valori e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico, in L'eredità giuridica di san Pio X*, a cura di Cattaneo, Venezia, 2006. Gli scritti sono ora raccolti in GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di Fantappiè, Milano, 2013.

⁷⁸Un libro sull'ipoteca ha dato spunto di recente ad un raffinato e dotto dialogo sul modo di adeguare l'immobilismo di alcuni istituti, essenziali per la dinamica giuridica, ma disciplinati in modo oramai inadeguato, sì da generare incertezze e malumori presenti ogni volta che il discorso giuridico "appare in qualche modo inappagante e reclama una rifondazione critica". V. BARALIS e SPADA, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca)*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 1, p. 1 ss. Le opinioni si differenziano pur indicando la stessa strada da seguire. L'uno teorizza una dogmatica non tradizionale che non si fondi sulla logica deduttiva, superi le strettoie dell'analogia, si affidi a principi che consentano di reinterpretare norme e istituti, con un obiettivo diverso dal passato. Non la conformità ad una regola data o l'ossequio alla verità logica, ma la ricerca di una soluzione ispirata dalla ragionevolezza persuasiva, dal verisimile adeguatamente motivato e convincente, con grande attenzione alle conseguenze dell'esito ermeneutico (BARALIS, *Atto primo (il pensiero dogmatico e la complessità)*, op. cit., p. 8 ss.). L'altro (P. SPADA, *Atto secondo*

dell'interpretazione⁷⁹ e il modo con cui l'interprete partecipa oggi al processo di positivizzazione della norma e delle tutele. Ciò impone di prendere atto di un dato oggettivo.

"Il diritto vive di disposizioni come di precedenti consolidati, di legislatori come di Corti, chiamate a bilanciare interessi, a interpretare norme nel quadro dei principi, a disapplicare leggi nazionali in esecuzioni di fonti comunitarie". Tanto che le regole vengono scritte e riscritte da soggetti diversi.. "tra i quali è spesso difficile stabilire chi comanda e chi obbedisce"⁸⁰. Sicché se non si vuole minare alla radice il valore della certezza è necessario un nuovo e difficile impegno nel contribuire a creare un nuovo ordine adatto ai tempi che esige almeno due compiti immediati.

Da un lato ripensare i diritti, l'autonomia privata, i controlli per dare loro pienezza ed effettività in un contesto generale profondamente mutato. Dall'altro esaminare come la loro disciplina e regolazione possa contribuire a contenere e superare gli effetti della crisi per disegnare i nuovi contorni di una regolazione dei rapporti privati adatta ai tempi⁸¹.

Da qui il ruolo dell'interprete come protagonista nella ricerca del nocciolo duro del diritto che ogni giorno siamo chiamati ad applicare. Un diritto in cui

(*appunti sparsi*), op.cit., p. 44 ss.) propone di abbandonare lo stesso riferimento alla dogmatica, legata troppo al giuspositivismo scientifico, per assumere un diretto riferimento alla giurisprudenza e all'attività applicativa. La quale deve scrutinare i valori e ricercare la giustizia del caso attraverso il rispetto della retorica, della logica e della persuasione. Nessun richiamo al formalismo anzi. L'art. 101 della Costituzione è riletto precisando che ogni pronuncia del giudice non è persuasiva se non è "in regola con una trasposizione corretta degli enunciati, collocati nella gerarchia costituzionale". Sicché l'interprete deve guardare, più che alla analogia, alla formazione di "regole contestuali" tratte non solo da un enunciato normativo, ma attingendo a una pluralità di norme e principi. Regole da intendere come trama di un ordito tessuto secondo le esigenze di proporzionalità. Con due soli limiti inderogabili. Non incorrere in un divieto e basarsi su tecniche di ricerca di regole di giudizio misurate e adeguate agli interessi e ai conflitti da valutare. V. su questo dialogo testualmente Vettori, *Controllo giudiziale ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 151 ss.

⁷⁹v. ora BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014.

⁸⁰PUNZI, *Prefazione al volume di G. Benedetti, Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., p. XV ss.

⁸¹FIORAVANTI, *Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali: l'esperienza del novecento*, in Bifulco e Roselli, *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, Torino, 2013, p. 13 ss. "Sappiamo di non poter più contare "sul modello novecentesco di tipo statale, nazionale, politico legislativo, ma avvertiamo anche che la frantumazione delle fonti, il mercato, la giurisprudenza non assicurano di per sé un contesto equo ed efficace, tale da esprimere autorità sufficiente nell'affrontare e risolvere i punti di contraddizione, le asimmetrie e le situazioni di conflitto".



la regola deve essere la risposta oggettiva alle attese di giustizia che non è calata dall'alto, ma è un "invenzione della ragione e dell'astuzia sapiente del migliore argomento"⁸², costruito nella densità della motivazione. Insomma, se la ricerca attenta delle fonti su cui decidere soddisfa l'esigenza di oggettività, la soggettività dell'interprete (*stretto nel suo esserci qui e adesso*) richiede prudenza e sapienza e cioè sapere e saggezza. Solo in tal modo sarà credibile il suo scritto e tramandabile il precedente.

Luigi Mengoni ha indicato con chiarezza i termini in questo nuovo compito del giurista. "I principi morali incorporati nella costituzione nella forma dei diritti fondamentali..acquistano natura giuridica..senza perdere il loro *status* originario. Essi appartengono in pari tempo al diritto e alla morale" ma sono soggetti " ai modi, alle procedure e ai vincoli dell'argomentazione giuridica"⁸³.

Questi nuovi modi, procedure e vincoli riguardano essenzialmente tre aspetti: il rapporto fra fatti e valori, il senso di un metodo sistemico oggi, il dialogo fra scienza e prassi giudiziaria per creare una vera "dottrina del precedente giudiziario"⁸⁴ in quel nuovo "procedere caso per caso" che è propria dell'argomentazione giuridica. Vediamoli tutti. Ma in breve.

a) Il rapporto fra fatti e valori.

" La lunga battaglia condotta dal positivismo giuridico per espellere l'idea di giustizia da ogni riflessione teorica sul diritto si è basata sul dualismo fra giudizi di fatto e giudizi di valore. La giustizia si reputa un giudizio di valore espressione di una visione soggettiva e come tale non utile e utilizzabile. Ma questo divieto di discutere su questioni di giustizia è basato sulla convinzione erronea che tutti i giudizi di valore sono sempre privi di fondamento razionale. Questa convinzione è errata ed è quel divieto ad essere privo di fondamento razionale perché si presenta come un dogma privo di giustificazione che il positivismo ci ha voluto imporre per troppo lungo tempo"⁸⁵.

⁸²BENEDETTI, *op.cit.*, p. 33 ss., 69 ss., 103 ss., 223 ss., p. 241 ss.

⁸³MENGOINI, *Diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, ora in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 47. Ricorda questo passo IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 41.

⁸⁴ Così MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I Principi Generali del Diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1992, p. 328.

⁸⁵GLIOZZI, *L'opposizione dei giudizi di fatto ai giudizi di valore: critica di un dogma giuspositivista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2014, p. 857 ss. ma anche PUTMAN, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, trad. it., Fazi editore, 2004, in part. XIV, 6-7 ed ivi "questo libro tenta di mostrare che le due dicotomie "giudizi di fatto e giudizi di valore" e "verità di fatto e analitiche" hanno corrotto il nostro pensiero, sia nel campo del ragionamento etico sia nella descrizione del mondo, impedendoci di

L'indeterminatezza del concetto ci impone di precisarne il significato ma non giustifica il divieto. Nessuna pretesa obbiettiva scientifica può portare a ciò. A impedire di parlare di un diritto dove siano centrali interpretazione e interpreti, capaci di argomentare non solo col metro della conformità ad una regola ma attraverso criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità⁸⁶, imposti dal nuovo sistema delle fonti.

b) La ragionevolezza

Il limite della ragionevolezza nel controllo delle leggi è un esempio chiarissimo. La cifra di questo criterio è colta oggi con grande chiarezza⁸⁷.

Esprime da lato un'esigenza di "correttezza del ragionamento pratico"⁸⁸ .. misurandosi sempre con l'esperienza pratica, il buon senso comune..⁸⁹ sì che ragionevole diventa sinonimo di ponderatezza, equilibrio, ma anche giustizia⁹⁰. Dall'altro ha un carattere sfuggente e difficile da definire⁹¹. Ma sul punto è di grande aiuto la giurisprudenza costituzionale recente.

Nel delimitare il potere del legislatore di disporre norme retroattive la Corte esige che quell'effetto "trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti "motivi imperativi di interesse generale" ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)"⁹². Non solo. Le norme retroattive, continua la Corte, devono trovare "adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza" e non devono porsi in contrasto "con altri valori ed interessi costituzionalmente potetti, così da non incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere dalle leggi precedenti"⁹³ Occorre bilanciare, insomma, la possibile retroattività "il principio di ragionevolezza (che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento)" e "la tute-

vedere come valutazione e descrizione siano intrecciate e interdipendenti".

⁸⁶ Limpide e suggestive sono le belle pagine di GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 11 e ss.

⁸⁷GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, cit., p. 11.

⁸⁸ V. LATORRE, *Introduzione*, in M. La Torre-A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza del diritto*, Torino, 2002, p. 3.

⁸⁹MORRONE, *Principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema*, in M. La Torre-A. Spadaro (a cura di), *op. cit.*, p. 231 ss.

⁹⁰ G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 14-15.

⁹¹ V. ancora GROSSI, *Sulla odierna "incertezza del diritto"*, *op. cit.*, p.11, dove si commentano tutte queste diverse opinioni.

⁹² così Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, cit.

⁹³ così Corte cost., 23 dicembre 1997, n. 432, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 30 gennaio 2009, n. 24, in *Foro it.*, 2010, I, c. 415; Corte cost., 28 marzo 2008, n. 74, in *Foro it.*, 2008, I, 2411 e Corte cost., 25 luglio 1995, n. 376, in *www.cortecostituzionale.it*.

la dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario⁹⁴.

16 c) *i vincoli dell'argomentazione giuridica*

D'altra parte la definizione del modo e dei vincoli dell'argomentazione giuridica sono di piena competenza e responsabilità della scienza giuridica che dovrà, nel bilanciare i valori, circoscrivere la discrezionalità del giudice, positivizzare i valori e costruire una dottrina del precedente⁹⁵. Ciò in un dialogo con la giurisprudenza diverso dal passato.

Francesco Galgano, alcuni decenni fa, ebbe il merito di fondare un dialogo sulle regole da applicare, ma oggi occorre qualcosa di più e di diverso. "L'argomentazione giuridica batte oramai altre strade...il valore non ha bisogno di fattispecie...perché vale in sé, e si applica dovunque sia invocato e preteso...l'evento non viene più commisurato ad una fattispecie..ma misurato dal valore..le norme non bastano più a sé stesse, ma sono sorrette da qualcosa'altro che in certo qual modo può servirsene e utilizzarle..la teoria dei valori ha cancellato dal nostro dibattito il problema delle lacune"⁹⁶.

Gli esempi non mancano nel diritto interno e comunitario.

L'invito della Corte Costituzionale alla applicazione diretta dell'art 2 Cost., ai fini della nullità di una clausola contrattuale e l'ampia delimitazione del rilievo officioso di tale rimedio, costituiscono un primo esempio⁹⁷.

D'altra parte la possibilità di far valere la mala fede nelle trattative nei confronti di un contratto valido e l'azione aquiliana a difesa di una posizione contrattuale leso da un contegno illecito, ampliano la tutela risarcitoria⁹⁸.

Infine le pronunzie in tema di effettività delle tutele risarcitorie, delle azioni dei consumatori e della disciplina della prescrizione, inducono a ripensare diversi istituti⁹⁹.

⁹⁴ Corte cost., 29 maggio 2013, n.103, in *Giur. Cost.*, 2013, 3, p. 1780; Corte Cost., 11 giugno 2010, n. 209, in *Foro it.*, 2011, I, c. 375; Corte Cost., 26 gennaio 1994, n.6, in www.cortecostituzionale.it.

⁹⁵ MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, op. cit., p. 326-328.

⁹⁶ IRTI, *La crisi della fattispecie*, op.cit., p. 42-43. Ma v. anche dello stesso autore, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.

⁹⁷ V. l'ordinanza della Corte cost., 22 aprile 2014, n. 77, cit., su cui vedi il paragrafo 1

⁹⁸ V. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, cit.

⁹⁹ V. IMBRUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela giurisdizionale: note a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 21255*, in *Persona e Mercato*, 2014, p. 55 ;Id., *L'azione di risarcimento per fatti illeciti degli Stati e il*

d) *Le tecniche del diritto comunitario.*

Quanto al diritto comunitario e ai suoi riflessi sul diritto interno le novità sono ancor più significative. E' evidente nella ricerca di un rimedio effettivo la tensione verso un sistema da costruire nel dialogo fra norme e giudici. Con una centralità del caso su cui solo è possibile trarre elementi di risposta e di indirizzo generale. Il che evoca l'importanza dell'interpretazione e delle tecniche applicative.

a) La disapplicazione della norma interna incompatibile, pur riconosciuta anche da sentenze recenti, è delimitata con rigore¹⁰⁰. Una direttiva anche se chiara precisa e incondizionata e volta a conferire diritti e obblighi, non può essere applicata in una controversia fra privati di per sé. D'altra parte una norma che contenga un diritto o un principio (che per produrre i suoi effetti deve essere precisato mediante disposizioni interne e comunitarie) non può essere invocata ai fini della disapplicazione¹⁰¹.

b) Il rinvio pregiudiziale appare sempre un controllo diffuso nelle mani del giudice. Non è necessario se la soluzione è auto-evidente o se il problema è già stato risolto dalla Corte di Giustizia. Lo si deve esercitare negli altri casi e ciò comporta una conoscenza piena del diritto comunitario da parte delle Corti di merito e di legittimità¹⁰².

c) L'interpretazione conforme assume sempre più spessore e precisione. La norma interna deve essere applicata alla luce del testo e della finalità della Direttiva (o del principio) per giungere ad una soluzione (interpretativa) conforme all'obbiettivo perseguito da queste fonti. Da qui la ricostruzione di una regola tramite l'interpretazione¹⁰³.

d) Il controllo della Corte EDU sui diritti sociali e sui limiti di bilancio assume un significato di grande rilievo orientativo e sul punto occorre soffermarsi.¹⁰⁴

Non solo. Da ultimo si è censurato il potere del Curatore fallimentare di sciogliere un contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 bis della Legge Fallimentare perché le Corti italiane sono legittimate

principio interno di effettività della tutela giurisdizionale. Note a margine della sentenza della Consulta n. 238 del 2014, ivi, 2014, p. 163; MAURO, *Prescrizione ed effettività nel dialogo fra Corti italiane e Corti europee*, ivi, 2014, p. 139; DELLA NEGRA, *Il controllo d'ufficio sul significativo squilibrio nella giurisprudenza europea*, ivi, 2014, p. 71.

¹⁰⁰ Corte di Giustizia, 15 gennaio 2014 C-176/12, *Association de médiation sociale*, in curia.europa.eu

¹⁰¹ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, C- 617/10 e 15 gennaio 2014, cit., in curia.europa.eu

¹⁰² CEDU 8 aprile 2014, *Dhahbi-Italia*, in www.echr.coe.int

¹⁰³ Corte di Giustizia, 15 gennaio 2014, cit.

¹⁰⁴ Corte di Giustizia, Grande sez., 19 luglio 2012, *Littlewoods v. HerMjeesty's Commissioners*, punti 27, 28, 31 e il richiamo alle sentenze 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wels*, 19 settembre 2006, C-392/04 e C-422/04, tutte in curia.europa.eu.



“unicamente ad esaminare la legalità formale della misura contestata, senza potersi occupare delle sue necessità e proporzionalità alla luce dei principi enunciati nell’art.1 del Protocollo 1 della Convenzione. Sicchè si reputa contrario all’art. 13 CEDU tale istituto “perché il sistema giuridico italiano non ha offerto alla ricorrente garanzie sufficienti contro l’arbitrio e l’interessata non ha avuto a sua disposizione un ricorso effettivo per far valere la sua doglianza a livello nazionale”¹⁰⁵”

Ce ne è abbastanza per osservare che il principio della effettività delle tutele è uno strumento di ordine e di riduzione della complessità del diritto dei privati che richiede oggi, come alle origini, un’opera sapiente della legge e dei giudici¹⁰⁶.

7. Contemporaneità e certezza del diritto

Occorre prendere atto della storicità del valore della certezza e affrontare i problemi di un diritto nuovo e diverso. “Sempre meno legale” sempre più affidato ai principi costituzionali, interni e comunitari¹⁰⁷, ed a nuove tecniche di argomentazione giuridica, in parte tutte da costruire nel dialogo (anch’esso nuovo) fra scienza giuridica e prassi giudiziaria.

Basta qui qualche cenno al primo e al secondo aspetto.

I Commentatori francesi¹⁰⁸ nell’ottocento avevano ben chiaro il valore della sicurezza e della libertà del commercio «*qui exige qu’on ne puisse facilement venir contre les conventions*»¹⁰⁹. La stabilità del contratto penetra nel *Code Civil* ma l’art. 6 la subordina ad un controllo di validità delimitato da principi (di ordine pubblico e buon costume) che esigono la ricerca da parte del diritto positivo dell’utile e del giusto, dei fini e delle condizioni che delimitano il suo regime giuridico¹¹⁰.

¹⁰⁵ CEDU, 4 febbraio 2014, n. 25376/06, *Ceni c. Italia* punti 98, 99, 100, 101 e il richiamo a CEDU, 6 giugno 2013, n. 38450/05 *Sabanchiyeva e altri contro Russia* e a CEDU, 20 giugno 2002, n. 50963/99 *Al-Nashif c. Bulgaria*, tutte in www.echr.coe.int.

¹⁰⁶ Tali osservazioni sono già state formulate, testualmente, in VETTORI, *Controllo giudiziale ed effettività delle tutele. Una premessa*, cit., p. 153 ss.

¹⁰⁷ Così GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, cit., p. 11

¹⁰⁸ POTHIER, *Traité des obligations*, Tome premier, Bruxelles, 1835, p. 26.

¹⁰⁹ GHESTIN, in *Traité de droit civil, Le Contrat: formation*, Parigi, 1988, p. 178 ss.

¹¹⁰ v. GHESTIN, *op. ult. cit.*, ma in un’aprospezziva storica e comparativa, V. i saggi di RIEG, *Le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit civil français et allemand*, Strasbourg, 1965; DAWSON, *Unconscionable coercion: the German version*, in *Harvard Law Review*, 1975; GORDLEY, *Equality in exchange*, in *California Law Review*, 1981. Su ciò v. già Vettori, *Autonomia privata e contrattogiusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21ss.

Il giuspositivismo nei primi decenni successivi alla seconda guerra mondiale¹¹¹ garantì la certezza del diritto stabilizzando i valori espressi dal nuovo assetto democratico e contribuì, nel periodo del miracolo economico, a rafforzare lo Stato come unica fonte del diritto e come istituzione capace di garantire la rinascita del Paese¹¹². La rottura dell’equilibrio si verificò alla fine degli anni sessanta con l’esplosione della contestazione, il diffondersi dell’instabilità politica e il consolidarsi di una nuova funzione dello Stato e del diritto.

Si avvertì l’insufficienza di una sola visione strutturale della realtà e si rivalutarono la funzione individuale,¹¹³ i contegni e la correttezza. La filosofia in Francia,¹¹⁴ Germania¹¹⁵ e in America¹¹⁶ avvia una fase pos-positivista più adatta per comunità giuridiche complesse, ove il discrimine fra regola morale e regola giuridica è sempre più sfumato.

Negli ultimi decenni del secolo il declino della legge è reso palese da due fenomeni in particolare¹¹⁷. L’impossibilità per le Istituzioni di dettare re-

¹¹¹ v. BOBBIO, *Il positivismo Giuridico, Lezioni di filosofia del diritto*, raccolta da Mora, Giappicchelli, Torino, 1960. L’autore, nel paragrafo 32, p. 151 e ss. indica sette punti fondamentali della dottrina giuspositivista. “Il settimo punto riguarda la teoria dell’obbedienza. Su questo punto non si possono fare facili generalizzazioni: però c’è un complesso di posizioni nell’ambito del positivismo giuridico che fanno capo alla teoria dell’obbedienza assoluta alla legge in quanto tale, teoria che si sintetizza nell’aforisma: *Gesetz ist Gesetz* (la legge è legge). A proposito di questa teoria tuttavia si dovrebbe parlare di positivismo etico, in quanto si tratta di un’affermazione di ordine non scientifico, ma morale o ideologico. Anche le origini storiche di questa dottrina sono diverse da quelle delle altre teorie giuspositivistiche: infatti mentre queste ultime fanno capo al pensiero razionalistico del Settecento, la prima fa capo al pensiero filosofico tedesco del primo Ottocento e in particolare a Hegel”. Concludendo l’a. si esprime così: “il positivismo giuridico può esser considerato sotto tre aspetti. Esso infatti è: a) un certo modo di accostarsi al diritto; b) una certa teoria del diritto; c) una certa ideologia del diritto.”

¹¹² Così LOSANO in *Prefazione a N. Bobbio, Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Prefazione di Losano, Roma-Bari, 2007 (rist.), p. VI.

¹¹³ Per una sintesi efficace v. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 4, p. 1033 e VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le Corti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, pp. 237 ss.

¹¹⁴ GHESTIN, *L’utile e le juste dans le contracts*, in *Archiv. Phil. d.*, 1981, p. 35 ss.

¹¹⁵ HUSSERL, *Recht und Zeit*, Frankfurt a.M., 1955, e i riferimenti di L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, pp. 635 ss. ora in *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Nicolussi, A. Albanese, Milano, 2011, p. 13.

¹¹⁶ DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, nuova ed. it. a cura di N. Muffato, Bologna 2010; ID., *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, ed ivi *Diritto e morale*, p. 3 ss; *Trenta anni dopo*, p. 204 ss.

¹¹⁷ MULLER, *L’enigma democrazia*, trad. it., Einaudi, Torino, 2012, p. X ss.



| 18

gole ad un capitalismo finanziario capace di concentrare il proprio potere in poche sedi invisibili e la sfiducia in un rapporto fra voto e rappresentanza.¹¹⁸

Tutto ciò ha inciso su quell'ordine "dato e accettato" che si rimpiange. Alla piramide descritta dall'art.1 del codice civile e dall'art. 12 delle Preleggi si sostituiscono fonti diverse e complementari. La Costituzione l'ordine comunitario e gli obblighi internazionali sono attuati dalla legge ma anche da giudici interni, comunitari e internazionali in dialogo fra loro. Sino al Fiscal Compact che impone limiti forti alla stessa azione politica agli Stati¹¹⁹

L'essenza della giuridicità muta e tale mutamento fa sì che la regola debba essere individuata in un contesto qualitativamente diverso. Con il ricorso a principi e a clausole generali ove l'intreccio fra *logos* e *nomos*, fra regole e ragionevolezza è spesso inscindibile, perché il precetto va calato nella controversia, disciplinata da fonti eterogenee, dove le "scalette" del normativismo non danno risposte immediate. Ciò non evoca una scelta ideologica che fu propria invece del giuspositivismo¹²⁰, ma manifesta solo la complessità di una società da ordinare in modo diverso dal passato.

Come si è detto benissimo la fine della fattispecie e di un diritto basato sulla prevedibilità e astrattezza non pone fine al lavoro del giurista ma esige solo che il passaggio dalla legge ai principi e ai valori adottati i modi e le tecniche di una nuova argo-

mentazione giuridica in parte da costruire ma che preme ed è sottotraccia da almeno cinquanta anni.

Ciò che sta accadendo oggi è chiaro.

Muta la forma stessa della nostra democrazia¹²¹. Lo Stato costituzionale pone sempre più in posizione di parità la funzione legislativa e l'attuazione delle regole e dei principi.

Da questo difficile ma ineliminabile equilibrio è scandito il presente e il futuro. E su ciò sarà impegnata la riflessione e l'azione di ogni scienza sociale.

¹¹⁸Si è detto bene che nel 900 si sono avute trasformazioni straordinarie (dai lumi a petrolio ad Internet) che non possono non aver intaccato la forma politica e sociale in cui viviamo SCHIAVONE, *Non ti delego*, Rizzoli, Milano, 2013, p. 24 ss.; 56 ss.; 64 ss.

¹¹⁹VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Persona e Mercato*, 2013, p. 179 ed ivi le "fasi avverse e le fasi favorevoli del ciclo economico", *l'equilibrio di bilancio* e le limitazioni alla spesa pubblica, sono entrati come principi ordinatori nei Trattati europei e nella costituzione nazionale. Resta da precisare l'impatto di tali scelte sul contenuto dei diritti perché tutto ciò pesa come un macigno e acuisce alcune critiche insidiose. Dall'idea che i diritti siano un lusso superfluo in un tempo di crisi, ove prevalgono l'esigenze della sicurezza e dell'economia, alla convinzione, mai sopita, che i diritti sociali non siano veri diritti o comunque siano subordinati ai rapporti di forza nella distribuzione della ricchezza, sino alla negazione di ogni loro rilievo nella dimensione del diritto". Da qui alcune osservazioni forti. L'eccezionalità della spesa pubblica non interamente finanziata dalla tassazione è attaccato sia ideologicamente sia per il suo impatto attuale. Ciò perché è difficile, se non impossibile, ipotizzare schemi pubblici di protezione sociale in una situazione di pareggio di bilancio, specie in un momento in cui in Italia, e non solo, gli istituti del *Welfare* debbono essere disciplinati *ex novo* o ristrutturati con riforme costose non sostenibili, spesso, con un aumento della tassazione che ha raggiunto livelli assai elevati. A questo si aggiunge l'impatto di tale scelte in una situazione di medio periodo caratterizzata ancora da scarsa crescita o recessione.

¹²⁰V. BOBBIO, *Il positivismo Giuridico, Lezioni di filosofia del diritto*, op. cit., p. 151 ss. e la nota n. 3

¹²¹FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2, 2014, p. 295; ID., *Legge costituzionale: il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini*, 43, 2014, p. 1077 ss.