



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE “TULLIO ASCARELLI”
Diritto – Economia – Storia**

**Tesi di dottorato
in
Diritto privato per l'Europa – area di Diritto civile
XXVII ciclo**

**Clausole generali
e altre forme della generalizzazione normativa**

**Tutor:
Chiar.mo Prof. Antonio Albanese**

**Candidata:
Federica Forcellini**

**Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi**

Anno Accademico 2014-2015

INDICE

INTRODUZIONE	5
 Cap. I UN'INDAGINE ASSIOLOGICA DEL DIRITTO	
1. Il rapporto tra norma e valore	6
2. Il valore in senso ideale e sostanziale vs. il valore in senso ideale formale: giusnaturalismo e giusformalismo	12
2.1 Segue: formalismo, teoria generale del diritto e dogmatica giuridica: la pandettistica	14
3. Il valore in senso reale soggettivo: il volontarismo	16
4. Il valore in senso reale oggettivo: lo storicismo e il sociologismo	20
4.1: Segue: le teorie dell'interesse	23
5. Il valore come sintesi della forma e della sostanza: il normativismo realistico e il neoistituzionalismo	28
6. Il diritto come scienza del linguaggio	35
7. La necessità della precomprensione	44
8. Conclusioni sul primo capitolo: il diritto riflessivo come fenomeno dialettico	50
 Cap. II LE FORME DELLA GENERALIZZAZIONE	
1. La generalizzazione normativa e la positività ermeneutica	57

2. Principi, clausole generali e regole: una prima distinzione sul piano strutturale	69
3. Le “due morali” del diritto: principi, clausole generali e regole dal punto di vista funzionale per un diritto come scienza pratica	76
4. La norma tra performare e costituire: il superamento del binomio fattispecie e effetto e la differenza funzionale tra principi e clausole generali	87
5. La polemica sui concetti giuridici e il dualismo della forma	91
6. L’interpretazione come procedimento analogico o di ricerca della rispondenza assiologica tra fatto e norma	101
7. Analogia, natura della cosa e criterio di unità o coerenza assiologica dell’ordinamento giuridico	109
8. Una sintesi del secondo capitolo: i quattro <i>tipi</i> delle <i>forme</i> della generalizzazione normativa	124

CAP. III LA BUONA FEDE OGGETTIVA COME NORMA AD ATTITUDINE RIMEDIALE

1. Introduzione: la buona fede secondo il codice civile	135
2. Buona fede in funzione valutativa: dell’eccezione di dolo generico come rimedio obbligatorio e della sinonimia tra l’abuso del diritto come principio generale e il criterio di unità o coerenza assiologica	142
3. Il (presunto) superamento della distinzione tra regole di condotta e regole di validità e la (insuperabile) distinzione tra norme costitutive e norme performative	149

4. Le grandi dicotomie: un parallelismo. Il rapporto tra buona fede e neoformalismo di protezione	154
5. Buona fede in funzione integrativa, obbligazione senza prestazione e contratto come ordinamento secondario: della differenza tra art. 1175 e art. 1375 c.c.	165
6. La c.d. <i>indirekte Drittwirkung</i> e l'obbligo come minimo (costitutivo) giuridico	175
7. La buona fede <i>ex</i> art. 1366 c.c. come criterio di orientamento funzionale della condotta interpretativa: l'analogia con il criterio ermeneutico di unità o coerenza assiologica	184
8. Buona fede e sopravvenienze: dell'inesigibilità come rimedio cucito addosso al rapporto per contenerne derive opportunistiche	192
9. Conclusioni sul terzo capitolo: la buona fede come rimedio e il dovere correlativo	202
CONCLUSIONI	209
BIBLIOGRAFIA	223

INTRODUZIONE

Riflettere sulle clausole generali significa, in primo luogo, riflettere sul concetto di sistema giuridico, sul suo modo di porsi nel tempo e nello spazio e di interagire con la realtà circostante. Si tratta, in effetti, di un'indagine quanto mai complessa e articolata in un'epoca, quella del post-moderno, che sembra caratterizzarsi soprattutto in senso negativo, come fase non positivista, non giusnaturalista, anti-formalista, anti-idealistica, e così via, ma alla quale non si riesce ad attribuire un'identità corposa, materica, tangibile¹.

La magmatica complessità ideologica che accompagna il discorso sulle clausole generali e sull'ordinamento giuridico in generale è senz'altro figlia della diffusa insofferenza nei confronti di una tendenza alla superfetazione del diritto che spesso si traduce in regole estemporanee, creazioni normative che non riescono a stare al passo con le esigenze della società moderna, finendo per strafare o non fare nulla.

Dalla critica alla «ideologia della giustizia»² alla riemersione della mai sopita *querelle* del ruolo dell'interprete il passo è breve, soprattutto in un clima culturale elastico e cosmopolita. Ecco, dunque, che sotto l'egida del realismo il post-moderno pare per i nostalgici dell'ordine positivo piuttosto un rischio per la sopravvivenza del sistema che una sua possibile evoluzione.

Questo allarmismo non è condivisibile e le ragioni di ciò sono molteplici come si tenterà di darne conto nel prosieguo.

Il presente studio, teso alla ricostruzione della moderna teoria sulle clausole generali, è il frutto di una ricerca a contrario che, dopo un primo scontro frontale con l'istituto giuridico riguardato dall'ottica del civilista, ha dovuto allargare l'angolo prospettico chiedendo in prestito gli strumenti del teorico generale del diritto, perché una reale comprensione del fenomeno delle clausole non può prescindere da un'immersione nelle tematiche proprie dell'ermeneutica.

1 Un tratto caratterizzante il post-moderno pare, invero, essere la sua spinta ad un ripensamento delle categorie giuridiche «che dalla mistica dell'uno (come assorbente totalità) conduce alla riscoperta del molteplice (come incoercibile pluralità)». V. Scalisi, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in Riv. dir. civ., 2009, I, 147.

2 L'espressione è di S. Castignone, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia* (Milano 1974), 93.

CAP. I

UN'INDAGINE ASSIOLOGICA DEL DIRITTO

1. Interpretazione ed ermeneutica: il rapporto tra norma e valore.

Un'illustre studiosa, che ha dedicato all'interpretazione riflessioni autenticamente suggestive, apre una monografia tratta dalle sue lezioni di teoria generale del diritto con un'indagine etimologica sul termine "interpretazione" (ed altri affini) che è opportuno, qui, riproporre perché (a tacer d'altro) ci aiuta a comprendere quanto a fondo bisogna spingersi quando ci si confronta con tematiche che presuppongono la trattazione del fenomeno giuridico nel senso più ampio del termine³.

L'*interpretatio*, storicamente, è la ricerca di un significato. L'area semantica del verbo *interpretari*⁴ riguarda, però, non tanto il metodo attraverso cui tale significato viene ricercato ma «la specifica emissione di un messaggio di particolare qualità (ad es. *jus dicere*) da parte di chi poteva, era capace di, era legittimato a, emetterlo»⁵. L'attività interpretativa è, pertanto, attività di intermediazione «tra una particolare forza – il *Jus* – e coloro che a tale forza erano assoggettati; intermediazione ad opera di soggetti dotati di particolari qualità, gli *interpretes*, che di tali attività sono depositari e a tale attività sono i soli legittimati»⁶.

Il che è vero oggi come ieri perché la particolare caratterizzazione soggettiva dell'interprete istituzionale, con la sua coscienza giuridicamente educata, è essa stessa strumento di normazione (c.d. positività ermeneutica) ed è strumentale a garantire la sopravvivenza nel tempo del sistema giuridico. Ma su questo si tornerà meglio nel prosieguo. Per ora, tutto sta a comprendere quale sia il reale oggetto da interpretare e in che cosa consista l'interpretazione: se mera riproduzione di senso ovvero creazione dello stesso.

3 L. Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto* (Milano 1994), 1 ss.

4 Inter e radice di pretium o pres – garante.

5 G. Tarello, *L'interpretazione della legge* (Milano 1980), 4.

6 Ibidem.

Quanto al primo profilo, se *inter-pretari* è un termine atto a designare a prima vista lo stare in mezzo (*inter*) al prezzo (*pretium*), un'indagine etimologica più approfondita svela come il termine *pretium* includa in se anche il concetto di valore. Così, «giocando su questo significato del termine e prendendone per buona la valenza anche qualitativa, l'«attività di intermediazione» che dovrebbe essere propria (anche) della moderna interpretazione potrebbe risultare, in funzione assiologica, ricerca di valore: della corrispondenza di un dato testo appartenente all'area del giuridico ai valori posti a base di un ordinamento e pertanto del valore di quel testo»⁷. Il che ci offre una conferma anticipata di due conclusioni cui si giungerà all'esito di questo studio: l'architettura assiologica del diritto e il fondamento dello stesso sulla volontà sociale ossia sulla condivisibilità del *decisum*. Ma anche su questo si dirà più avanti.

Quanto al secondo profilo, è necessario meglio apprezzare la specificità del termine interpretazione e di altri termini con questa apparentati, in primo luogo esegesi ed ermeneutica. Il primo deriva da *ekségeomai* che significa “guido, interpreto, espongo, spiego, narro, descrivo”. Il secondo deriva da *hermeneutiké* (sottinteso: *téchne*) che significa “arte interpretatoria”. Entrambi sottintendono un elemento oscuro, di non immediata evidenza, qualcosa che deve essere svelato e reso esplicito. Ma mentre l'esegesi è funzionalmente rivolta ad una piatta riproduzione di senso, ad una spiegazione il più fedele possibile allo spiegato, ad una narrazione che evoca la mera ripetizione di un'entità già data, l'ermeneutica evoca una partecipazione del soggetto interpretante più intensa, più realmente coinvolgente, potremmo dire più umana e meno rispondente a logiche meccaniche⁸. L'esegesi è strumentale alla mera comunicazione; l'ermeneutica,

⁷ Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione* cit., 4.

⁸ Bigliuzzi Geri, op. ult. cit., 15 ss. Brillante l'esemplificazione che ne dà l'a. «Io non so se abbiate mai letto la traduzione dei lirici greci fatta da Salvatore Quasimodo. Io l'ho letta. E avevo anche letto, in lingua originale, i lirici greci, e soprattutto Saffo e Alceo. (...) Nella traduzione di Quasimodo avevo trovato qualcosa (forse molto) di Saffo e di Alceo, molto (forse troppo) di Quasimodo. E tuttavia non dimentichiamo che Quasimodo era, a sua volta, poeta: la sua si rivela dunque come una “traduzione d'autore” (...). Non so se abbiate mai letto la traduzione delle opere di Shakespeare fatta da Mario Praz. Che poeta non era. Io l'ho letta. (...) Col poco di inglese che conosco, non riesco a trovare nella versione di Praz l'idea che mi son fatta di Shakespeare: rispetto al modo in cui mi viene fatto di intendere Shakespeare, molto di quanto Praz traduce mi appare o inesorabilmente piatto o non adeguatamente espressivo perché frutto di ciò che, nel suo tendere ad un ideale anonimato, Sanguineti definirebbe

invece, è vera interpretazione e implica una certa dose di creatività. Creatività che non equivale ad arbitrio nella misura in cui si inserisce nel solco di modi di percepire e, quindi, di creare che a loro volta sottintendono un certo grado di estraneità e, dunque, di oggettività del procedimento creativo. Proprio per questo ermeneutica è solo “interpretazione d’autore” ed ermeneuta giuridico è solo l’interprete giuridicamente educato. Ciò non toglie, però, che l’ermeneuta possa, a volte, operare per il tramite dei soli strumenti esegetici e che l’interpretazione sia atto di pertinenza esclusiva del ceto dei giuristi. Il che, in effetti, offrirebbe una diversa prospettiva di indagine a chi voglia tentare di distinguere tra forme della generalizzazione in base alla diversa incidenza delle stesse sui processi cognitivi dell’interprete.

Ma andiamo con ordine.

«In primo luogo bisogna tenere presente che legge e diritto (...) non sono la stessa cosa. L’astratta norma di legge positivo-formale è una cosa invero necessaria ma mai sufficiente, per il concreto diritto positivo. O, detto altrimenti: la legge non è la realtà, ma solo la possibilità del diritto»⁹.

Esiste, dunque, una polarità di base nella realtà giuridica che vede contrapporsi, da un lato, la norma in senso statico (o *jus*) e, dall’altro lato, la norma in senso dinamico (il *directum*)¹⁰. La prima identifica il dato giuridico inteso in senso squisitamente formale, che funge da modello d’azione e al quale è riconducibile l’efficacia per c.d. deterrente del diritto o, per meglio dire, la sua

“traduzione di servizio”. (...) Ho tentato, con questi ultimi esempi, di mettere in evidenza due differenti modi di interpretare (e pertanto, nella specie, di tradurre) al fine di richiamare la vostra attenzione su due differenti tipi di interpretazione: l’una (Quasimodo) “creativa”, l’altra (Praz) sistematica e tuttavia non del tutto riuscita. Per quel che può valere il giudizio di chi si è improvvisato, a sua volta, traduttore-interprete. Passiamo ora alla musica e prendiamo il mio autore preferito: Mozart, ed una delle sue composizioni più straordinarie: la Posthorn (o “Sinfonia del corno da posta”). Ne esistono varie versioni. Ne confronto solo due: quella diretta da Furtwängler e quella diretta da von Karajan. Nella rima c’è Mozart (o l’idea che mi son fatta di Mozart, ma questo vorrebbe dir poco), ma c’è, prima ancora, l’idea che Furtwängler si è fatto di Mozart, e c’è dunque anche Furtwängler (la dworkiniana “comprensione interpretativa” e pertanto creativa). Nella seconda c’è tanta “Cavalcata delle Walchirie” e dunque tanto Wagner alias von Karajan (che dirigeva tutto come se dirigesse, come se interpretasse sempre Wagner. Almeno a mio trascurabile avviso). In entrambi i casi si tratta di vera interpretazione: corretta nel primo, non corretta nel secondo».

⁹ Così A. Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. it. a cura di G. Marino (Milano 2003), 145.

¹⁰ Cfr. N. Lipari, *Diritto e valori sociali: legalità condivisa e dignità della persona* (Roma 2004), 22 s.

innata aspirazione ammonitrice. La seconda è riconducibile al concreto precetto all'azione come risultante all'esito di un'opera interpretativa nel corso della quale tra soggetto (interprete) e oggetto (*jus*) si instaura un circolo ermeneutico tale per cui ognuno partecipa dell'altro e contribuisce a comporne l'essenza.

Tra *jus* e *directum* non vi è una completa coincidenza ma una identità funzionale. La norma in senso statico o legge si colloca al livello del diritto allo stato ideale e, quindi, solo in potenza positivo. In questo senso la legge è giusta se posta in conformità dei dettami dell'ordinamento giuridico, nel rispetto delle norme che regolano la produzione di altre norme e, soprattutto, del principio di coerenza sistematica.

La norma in senso dinamico o diritto, invece, esiste solo nel momento in cui la legge viene disvelata per il tramite della sua concretizzazione, operazione che, genericamente individuata con il termine "sussunzione", implica la sovrapposizione tra legge e fatto¹¹. Vedremo più avanti come tale opera di positivizzazione solo apparentemente può ridursi al meccanismo proprio del semplice sillogismo implicando, in realtà, una ben diversa interazione tra interprete, norma e datità, che induce a porre in dubbio la dogmatica giuridica (come tradizionalmente intesa) ancor prima e a prescindere dall'effetto dirompente che, in tal senso, l'avvento dei rimedi ha portato con sé¹².

Carattere primo ed ineliminabile della norma in senso dinamico è, dunque, la sua storicità o concretezza. Proprietà ulteriori del diritto sono, poi, il carattere umano, il carattere sociale e la sua normatività. I primi due discendono dall'essere il diritto una scienza propria delle sole organizzazioni sociali umane

11 Kaufmann, *Filosofia* cit., 147.

12 Si noti che, secondo la tecnica del sillogismo, l'opera dell'interprete è simile a quella di un contabile: sottoposta alla sua attenzione la premessa minore (il caso concreto), egli non dovrà far altro che collocarla nell'alveo della premessa maggiore (la fattispecie legale) in forza di un metodo logico-deduttivo, limitandosi a prendere atto dei relativi effetti giuridici che automaticamente ne discendono. S. Rodotà, *Conclusione: il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, giornata di studio Pisa, 14 giugno 1985 (Milano 1987), 256-257, così osserva sul tema: «Il modello di razionalità, per lungo tempo corrente tra i giuristi, veniva dritto dal mondo scientifico, obbediva come questo a leggi di continuità, linearità. Di tutto questo oggi si discute, ed emergono modelli diversi, di una nuova scienza fondata su di una logica non lineare, stocastica, attenta a strutture instabili. (...) Discontinuità, tempo, futuro. C'è un altro paradigma, allora, che cede, viene messo in discussione. È quello del "tempus intemporel de la dogmatique juridique": che è, poi, un modo per mettere la scienza e l'oggetto della sua riflessione, le norme, al riparo dal trascorrere del tempo, rifugiandosi in una sorta di présent omnitemporel, regno della stabilità e delle verità perenni».

identificandosi, in quanto tale, in una finzione retta dal linguaggio¹³. Il terzo deriva, invece, dalla necessità c.d. condizionata delle regole di condotta poste dal diritto, espressiva della sintesi tra i due concetti antitetici di obbligatorietà e libertà poiché «condotta significa appunto attività e non è pensabile attività senza libertà, ogni attività essendo per definizione scelta e decisione libera»¹⁴.

Il diritto, dunque, rileva in quanto modo d'essere del linguaggio ed è calato in un sistema di valori, intesi in senso sostanziale ed oggettivo, poiché ogni norma umana esprime sempre «un dover-essere che è insieme un dover-fare affidato all'azione libera»¹⁵, di modo tale che la scelta tra il soddisfare o meno l'esigenza sottostante la norma è in ultima istanza rimessa all'arbitrio del singolo. Il *jus* nel divenire *directum* presuppone l'opera ermeneutica non potendo raggiungere il suo scopo senza l'intervento conoscitivo dell'interprete ed in ciò si differenzia dalle scienze naturalistiche: non tanto in quanto scienza sporcata dall'esistenza di momenti soggettivi, ma in quanto scienza che *attraverso* tali momenti e *in* quei momenti si realizza¹⁶.

Quando si parla del concetto del diritto non può prescindersi da tali elementi che ne sintetizzano la natura, contestualmente evidenziandone i limiti, così da porre le basi per un'indagine utile a comprenderne il funzionamento.

Il terreno ove più accidentato si fa il discorso sul diritto quale scienza ermeneutica coincide con la sentita esigenza di contenere derive antinaturalistiche dello stesso ossia, in ultima analisi, evitare l'arbitrio del giudice, fenomeno inteso a sua volta come premessa escludente la giustizia. Il che, ovviamente, impone una chiarificazione su cosa debba intendersi per giustizia.

13 A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*⁶ (Milano 2008), 13 s., articola il concetto nel brocardo *ubi societas hominum, ibi ius*, sottolineando come nonostante ogni società, umana o animale, sia sostanzialmente retta da modelli comportamentali, solo quella umana si è dimostrata capace di creare il diritto, ossia un sistema in cui la "normatività", intesa come necessità mediata, prende il posto della necessità naturale. Il discrimine più evidente tra la vita sociale umana e quella animale è rappresentato dal linguaggio, la cui funzione è, da un lato, quella di garantire una interazione più articolata tra i membri della società esprimendo «ogni contenuto emozionale e razionale del mondo dello spirito» e, dall'altro lato, quella di tesaurizzare «o capitalizzare le acquisizioni e creazioni spirituali dell'uomo in un patrimonio permanente di cultura».

14 Così Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche* cit., 19.

15 Così Falzea, *Introduzione* cit., 20.

16 Cfr. T. Adorno, *Dialettica negativa*, a cura di S. Petrucciani (Torino 2004), passim.

Se si accetta la premessa del discorso, tale per cui è giusto ciò che è razionale e, dunque, condivisibile, essendo la norma una trasposizione dal piano potenziale a quello effettivo del diritto, è necessario domandarsi: condivisibile da parte di chi? Una volta individuato il nocciolo della positività nell'agire libero la domanda potrebbe sembrare meramente retorica, dal momento in cui, esclusa in nuce la riferibilità dell'indagine al singolo individuo – il che implicherebbe il venir meno dell'idea stessa di società e, quindi, dell'utilità del diritto – il referente primario di tale categoria diviene automaticamente la generalità dei consociati. Eppure vi è qualcosa in questa sfuggente concettualizzazione di profondamente opinabile, sia da una prospettiva teorica, sia dal punto di vista pratico.

In astratto, potrebbe giustamente obiettarsi che appiattare il diritto sulla datità implica una rinuncia a qualsiasi pretesa dirigista delle umane vicende: di modo tale che – a titolo esemplificativo – se una comunità di individui ritenesse condivisibile l'omicidio dei brutti all'interprete non resterebbe che prenderne atto manipolando il dato formalisticamente normativo.

In concreto bisognerebbe poi individuare un metodo che permetta all'interprete istituzionalmente qualificato, ossia il giudice, di farsi portatore del modo di sentire proprio di questo soggetto para-mitologico: la generalità dei consociati¹⁷.

È bene precisare sin da subito che per entrambe le obiezioni su esposte non esiste, a parere di chi scrive, una soluzione univoca in senso stretto. O, per meglio dire, la soluzione è *in re ipsa* ma implica l'abbandono di una tensione all'infalibilità del diritto e la presa di coscienza della irriducibilità della scienza giuridica a metodologie oggettive e meccaniche che proprio non le si confanno.

Il nodo da sciogliere in via preliminare riguarda il rapporto tra norma e valori e, in subordine, quello del rapporto tra giustizia e diritto. A tal proposito risulta indispensabile ripercorrere brevemente le principali ricostruzioni della questione come offerte dal variegato panorama della scienza giuridica.

17 Scrive Kauffman, *Filosofia del diritto* cit., 21 s., che l'ermeneutica non è una filosofia trascendentale, come tale «irrazionale, soggettivistica, non scientifica», ma un'indagine metodologica per ridurre ad ordine la concreta pre-comprensione dei giudici, il loro procedere argomentativo e le modalità di raggiungimento della reale, contenutistica comprensione dei significati.

2. Il valore in senso ideale e sostanziale vs. il valore in senso ideale formale: giusnaturalismo e giusformalismo.

Del valore in senso ideale parlano giusnaturalisti e giusformalisti, nella misura in cui esprimono una tensione alla generalizzazione di stampo platonico, inquadrando concettualmente il fenomeno giuridico in un panorama che non presenta le caratteristiche proprie della realtà, ossia tempo e luogo¹⁸.

In particolare, di valori come entità oggettive e sostanziali narra il giusnaturalismo, che rintraccia il fondamento del diritto positivo nei principi del diritto naturale inteso come diritto razionale e, in ultima analisi, come diritto giusto. Il giusnaturalismo si fonda, dunque, su un'idea di valore comunque sostanziale, la cui dimensione astratta e universale riempie di senso il concetto del diritto naturale come diritto di tutte le genti. In questo senso la positività si identifica con quella forma di derivazione in senso particolaristico delle leggi dei singoli popoli, giustificabile alla luce delle specificità proprie di ciascuno di essi¹⁹.

18 In tal senso si esprime Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche* cit., 36 s. Tale è la premessa: poiché «ciò che è determinato nello spazio e nel tempo è particolare, cioè non generale, è chiaro che in concreto reale è particolare e che in contrapposto ciò che è generale, troppo generale o universale, è ideale». Di conseguenza «storicamente, nel senso largo del termine “idealità” si può far rientrare ogni concezione che rifiuti di esaurire o che di fatto non esaurisce il concetto della cui definizione si tratta, nel nostro caso il concetto di diritto, in una realtà positiva particolare, empiricamente e storicamente determinata (...) e, in questo senso, nel termine “idealità” dovranno comprendersi non solo le idee trascendenti platoniche, ma anche gli universali di Aristotele e degli aristotelici medievali immanenti nella realtà (*universalia in re*), le idee innate cartesiane, le forme universali (o trascendentali) della coscienza in Kant e così via, fino all'essere ideale (*ideal Sein*) o al dover-essere (*Sollen*) di filosofi tedeschi recenti (Husserl, N. Hartmann, e per altre linee Windelband, Rickert, Simmel). Tutte teorie che, infatti, hanno influito storicamente da Platone e Aristotele in poi sul giusnaturalismo e da Kant in poi sul giusformalismo».

19 Nota è la tripartizione di Ulpiano, la cui tensione all'universalità sfocia nella pretesa di inserire nell'idea di un diritto morale anche le leggi naturali che influiscono sull'agire degli animali. Così lo *ius naturale* è condiviso da ogni essere vivente del regno animale, mentre lo *ius gentium* se ne distacca solo in quanto ad una minore ampiezza dei destinatari ossia gli umani e lo *ius civile* si identifica con il complesso di regole strumentali alla predeterminazione dei meccanismi sottesi al funzionamento di una determinata comunità. Cfr. Ulpiano, *Istituzioni*, Digesto 1,1,1,3-6. Tale concettualizzazione è stata sin da subito superata in senso maggiormente restrittivo da Gaio, che salva il solo *ius gentium, quod vero naturalis ratio inter omnes homine constituit*, e il *ius civile, quod quisque populus ipse sibi constituit*. Di talché, l'esponente più risalente e al tempo stesso più rappresentativo della corrente giusnaturalistica rimane ad oggi Cicerone, il quale operava la generalizzazione del diritto per il tramite della *ratio legis* intesa come raziocinio di cui ogni essere umano è dotato dalla nascita.

Il fondamento del diritto, in quest'ottica, coincide con le istanze naturali comuni ad ogni essere umano e, in ultima analisi con la morale. Il diritto che regola le umane vicende, dunque, non è niente più che una concretizzazione della giustizia dell'uomo, ossia della morale, né possono esistere regole diverse che non siano giustificabili alla luce di diverse variabili spazio-temporali.

Il problema della conoscibilità del diritto naturale viene risolto attraverso lo strumento della ragione umana, intesa come unico mezzo di interazione tra la morale e l'uomo, cui si affianca, in epoca medioevale, la parola divina, guida e sostegno utile al processo di riconoscimento del giusto, fino alla totale identificazione tra natura e Dio²⁰.

Anche il giusnaturalismo moderno, una volta prese le distanze da una concettualizzazione di stampo religioso del problema, ha sostanzialmente riproposto la medesima equazione: razionalità umana come canale utile a discendere la china della giustizia, dall'universale al particolare²¹. La novità maggiormente innovativa apportata dal laicismo è coincisa con una riconduzione della scienza giuridica nell'alveo delle scienze puramente razionali, come la matematica e la logica, ma non muta la tensione ideale e sostanziale della concettualizzazione giuridica: non muta il concetto del valore²².

Ciò che cambia è il referente conoscitivo: accanto alla ragione, al posto dei testi sacri, fanno la loro comparsa i codici e, assieme ad essi, l'idea di sistema, inteso anche e prima di tutto come griglia concettuale o dogmatica, organizzata in senso piramidale, utile all'interprete per riconoscere il giusto ed applicarlo.

Il giusformalismo, invece, trova il suo fondamento in una diversa elaborazione teorica del diritto, inteso come scienza squisitamente formale.

20 Così per Tommaso d'Aquino «*lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura*», S. Th., I-II, 91, 2.

21 In questa fase la corrente giusnaturalistica rinasce con U. Grozio, *De iure bellis ac pacis* (1625), ma cfr. anche G.W. Leibniz, *Observationes de principio juris*, in *Opera omnia, nunc primum collecta, in Classes distributa, praefationibus & indicibus exornata*, studio Ludovici Dutens, Fratres De Tournes (Ginevra 1768), vol. 4, passim; C. Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (Frankfurt-Leipzig 1740-1748); C. Thomasius, *Fundamenta Juris naturae et gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique discernuntur principia honesti, justae ac decori* (Hala-Lipsiae 1718).

22 Cfr. *ex multis* T. Hobbes, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, trad. it. a cura di A. Pacchi (Roma-Bari 1989); Id., *Elementi di legge naturale e politica*, trad. it. a cura di A. Pacchi (Firenze 1968); S.L.B. Pufendorf, *De iure naturae et gentium* (Francorvrti et Lipsiae 1672); F.K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, 1840), I.

Secondo una prima ricostruzione²³, il diritto null'altro è se non una categoria della volontà, il nesso che collega la causa all'effetto. Il sistema si compone di forme giuridiche dotate del requisito della universalità incondizionata che sono condizioni di possibilità del pensiero giuridico e si contrappongono nettamente alla sostanza che rappresentano. Un simile impianto, come già più sopra accennato, non è convincente per varie ragioni: per la irriducibilità dell'universale nella norma giuridica; per la necessaria relazionalità che caratterizza essere e dover essere.

Ciò che qui, in ogni caso, interessa mettere in evidenza di questa teoria è la categorizzazione delle categorie componenti il sistema giuridico e orbitanti attorno al concetto del diritto: i fenomeni spaziali (soggetto e oggetto), i fenomeni temporali (fatto e effetto), le situazioni giuridiche di potere e dovere e, infine, le modalità giuridiche dell'azione (lecite o illecite). Tali categorie, dalle quali discendono ventiquattro concetti fondamentali del diritto, costituiscono il sistema delle forme pure del diritto, essenziale ai fini della sua sopravvivenza in contrapposizione con la caoticità della datità.

Ciò che ancora non è sufficiente ad elaborare una teoria generale dell'interpretazione scevra da contraddizioni, nella misura in cui il dualismo tra essere e dover essere, tra realtà e valore rimane integro e impedisce di accedere ad una sintesi che non faccia della giustizia una entità apoditticamente posta e, di conseguenza, un concetto opinabile.

2.1 Segue: formalismo, teoria generale del diritto e dogmatica giuridica: la pandettistica.

Così, mentre l'idea del diritto, la sua dimensione per c.d. filosofica, vive di pure forme di concetti caratterizzati da una generalità pressoché infinita o, meglio, delimitata soltanto dal limite intrinseco nella materia giuridica, il diritto vivente come scienza storica e sociale concretizza e specifica queste pure forme

23 R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft* (Halle 1911), il quale immagina la realtà giuridica come una serie di centri concentrici con al centro il concetto del diritto, che l'a. rintraccia nella volontà vincolante autonoma inviolabile. Il diritto, diviene, in quest'ottica, una categoria del volere, inteso in senso squisitamente formale di tensione verso un fine.

calandole in regole che, pur costituendone a livello logico delle derivazioni, se ne mantengono distinte e indipendenti. Nasce e si afferma la Teoria generale del diritto²⁴.

Lo stesso Kelsen nell'elaborare la sua dottrina pura del diritto mostra chiaramente di aver subito l'influenza di questa scuola. Il passo ulteriore è costituito (oltre che dalla profondità e compiutezza dell'indagine) dalla nota separazione tra l'apparire oggettivo della norma, da un lato, e l'apparire soggettivo, dall'altro lato: solo nella prima accezione la norma prende una forma puramente logica strumentale al giudizio ipotetico nel quale, all'essere di una fattispecie indicata in modo generale si fa corrispondere il dover-essere ideale di una conseguenza che l'ordinamento gli riconnette. Così la teoria generale del diritto di Kelsen rappresenta la più compiuta rielaborazione della scienza giuridica intesa quale scienza puramente formale, astratta, a tensione universale. Il requisito della formalità è fisiologico nello studio del diritto nella misura in cui «al pari di ogni conoscenza, anche la conoscenza giuridica deve formalizzare il proprio oggetto»²⁵.

L'ampio uso della logica formale nell'elaborazione di una struttura ideale capace di comprendere e spiegare il fenomeno giuridico caratterizza anche la pandettistica e ne spiega la tradizionale collocazione all'interno delle correnti formalistiche. In realtà la pandettistica si differenzia profondamente dalle scuole di pensiero che hanno eletto la forma a canone essenziale del diritto nella misura in cui i suoi esponenti di maggior rilievo (da Windscheid a Putcha) hanno manipolato il diritto nella piena consapevolezza della sua dimensione storica e

24 Tre sono gli esponenti più rappresentativi di questa corrente di pensiero: E.R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre* (Freiburg i.B.-Leipzig 1894-1917, rist. Aalen, 1961), I, il quale elabora una sua dottrina giuridica dei principi, caratterizzati da generalità e necessarietà, rimanendo sempre nell'ambito della pura forma; K.M. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (Leipzig 1982) I, il quale per primo parla di teoria generale del diritto in contrapposizione con la filosofia materiale de diritto che ne studia l'elemento storico e concreto; F. Stier-Somlo, *Deutscher Aufbau* (Bonn 1919) 92 s., il quale non solo aderisce alla suddivisione sopra accennata ma colloca l'idea del diritto entro i concetti fondamentali ossia a quelle idee che pur caratterizzate dalla stessa generalità degli altri concetti giuridici si caratterizzano per la necessarietà valendo per ogni ordinamento giuridico a pena di impossibilità dello stesso.

25 H. Kelsen, *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*, in JW, 58 (1929), trad. it., *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, in Nuovi studi di diritto, economia e politica, 1931 e in *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti* (Roma 1933), 165.

concreta. Lo stesso Putcha ha posto a base del suo studio non già il sistema di valori universali rintracciabili nella natura immutabile dell'uomo o forme pure del diritto ma un ordine di valori storicamente condizionato che trova il proprio fondamento in un dato sistema giuridico. Il diritto positivo viene quindi studiato non più in base ad un approccio analitico-esegetico ma per il tramite di un'indagine sistematico-dogmatica. Compito della scienza giuridica è quello di fondare un impianto concettuale in grado di dominare la vasta e intricata esperienza giuridica, permettendo ad ogni istituto di trovare un'adeguata collocazione all'interno di categorie concettuali via via più ampie, sotto la scorta della piramide concettuale e del metodo deduttivo di Putcha. Così, pur in assenza delle medesime premesse già esaminate con riferimento al giusformalismo e al positivismo formalistico, la pandettistica si carica di una metodologia chiaramente orientata in senso conforme ai canoni della logica formale che ne giustifica la collocazione all'interno di questo particolare filone giuridico.

3. Il valore in senso reale soggettivo: il volontarismo.

Solidamente costruito su di una logica di tipo realistico-soggettiva, il volontarismo vede nella legge nulla più che il comando del sovrano. Esso si radica sulla convinzione della natura squisitamente umana e volontaria del diritto. A latere di questa corrente di pensiero si collocano studiosi profondamente diversi tra di loro: da Hobbes a Locke e Montesquieu, sostenitori dell'assolutismo, a Kant o Rousseau, con il loro Stato di diritto²⁶. Nucleo forte di tutte le diverse ricostruzioni del fenomeno giuridico ancorate al volontarismo è, per l'appunto, l'accezione soggettivistica e sostanziale dei valori che trovano fondamento e giustificazione nella volontà. Tuttavia, mentre la volontà presa in considerazione dal contrattualismo è la volontà collettiva, giustificante il vivere sociale e il vivere civile, la volontà di cui tratta l'imperativismo è viceversa quella individuale del sovrano. In ogni caso, resta sempre inteso che il valore ultimo del diritto è il volere di chi pone la norma che si qualifica come unica e

²⁶ Per non allargare il discorso a filosofi e pensatori quali Shopenhauer e la sua metafisica volontaristica e Nietche con la sua volontà di potenza.

indispensabile condizione di validità del voluto normativo e, al tempo stesso, come unica chiave di lettura della proposizione normativa²⁷.

Così sintetizzata, la norma può essere correttamente interpretata solo ricercando la *ratio legis* come originariamente intesa, restando escluso persino il correttivo temporale pur implicito nel classico circolo ermeneutico, mentre, al contrario, ogni ricorso all'analogia diviene una inammissibile manipolazione o, meglio, nulla più di una bieca distorsione della regola giuridica²⁸.

Come già visto, invece, il formalismo risolve il problema del fondamento del diritto ancorandosi ad un dualismo tra essere e dover-essere che presuppone valori normativi intesi in senso oggettivo e formale. Di conseguenza l'interprete è vincolato a regole di senso oggettive proprie del linguaggio che però, quasi sempre, falliscono il loro compito dimostrandosi nella migliore delle ipotesi inutili e nella peggiore addirittura inesistenti, finendo per paralizzare gli ingranaggi della *scientia iuris*²⁹.

Con il volontarismo, viceversa, il fenomeno giuridico viene riguardato e risolto all'interno della dialettica comando-consenso, prendendo le mosse dalla necessità di una volontaria subiezione dell'uomo tanto al *pactum unionis* – strumentale alla nascita della società – quanto al *pactum subiectionis* – utile al legittimo comando da parte di soggetti a ciò preposti.

La norma, in altri termini, è un comando, inteso quest'ultimo come quel fenomeno reale della coscienza e delle azioni mediante le quali la coscienza si estrinseca.

27 Cfr. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Parigi 1954) I, 264-268.

28 Cfr. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (Londra 1861-63).

29 Cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Leipzig und Wien 1934), 33 s., il quale nel dichiarato intento di esaminare la creazione del legislatore alla cruda luce della sua entità formalisticamente intesa separa l'interpretazione dello scienziato da quella dell'autorità istituzionalmente preposta ad applicare le norme giuridiche, concedendo alla prima di estrinsecarsi per il tramite del solo criterio letterale; Id., *Zur Theorie der Interpretation*, *Revue Internat. De la théorie générale du droit*, 1934, 11 s., secondo il quale, nel caso in cui una norma sia suscettibile di più interpretazioni, non esiste un criterio di preferenza desumibile dall'ordinamento giuridico dato. Pertanto, non solo le diverse interpretazioni si equivalgono ma il giudice, nell'applicarne una piuttosto che un'altra, compie un atto di politica legislativa scegliendo quella che, secondo la sua personale opinione, più si confà a realizzare la giustizia nel caso singolo.

Esponenti di spicco di questa corrente di pensiero (quantomeno nell'epoca moderna) sono Jean Bodin³⁰ e Thomas Hobbes³¹ ma tracce di volontarismo sono presenti più o meno in tutti i maggiori pensatori giuridici, da Grozio a Tommaso d'Aquino a Pufendorf, appartenenti a diversi filoni dottrinari, atteggiandosi l'elemento volontaristico ora a volontà divina ora a *ratio naturalis*, ergendosi solo e unico elemento fondante della norma ovvero necessitando anche della minaccia di una sanzione, etc.

In epoca più recente la credibilità del volontarismo ne ha imposto un ripensamento in termini più strettamente imperativistici che ne hanno compromesso l'integrità, deviandolo verso il normativismo. È il già citato Austin³² che per primo rielabora il concetto di comando trasformandolo in quello, ben diverso, di imperativo efficace, sotto la scorta degli studi di Jhering.

Il comando si atteggia così a risultante delle due variabili necessarie dell'obbligo di conformarsi alla volontà del legislatore (ossia di colui che ha emanato la norma in quanto titolare del potere politico di comandare) e della sanzione che viene inflitta al soggetto che ha trasgredito al comando.

Da ciò la nota distinzione hartiana delle norme giuridiche in due macrocategorie: le norme primarie (o di primo livello), che contengono il comando da cui nasce l'obbligo, e le norme secondarie (o di secondo livello), che rafforzano il comando per il tramite della sanzione.

Il fondamento delle prime viene rintracciato nella volontà del sovrano, costitutiva dell'ordine giuridico; le seconde, invece, si pongono quali derivazioni

30 J. Bodin, *Les six Livres de la République* (Parigi 1583), I, 8, ove si legge che «le point principal de la maiesté souveraine, et puissance absolue, gist principalement à donner loy aux subiects en general sans leur consentement».

31 Il riferimento è al *Leviathan* – in cui Hobbes afferma che «A law is the command of him or them that have the sovereign power, given to those that be his or their subjects, declaring publicly and plainly what every of them may do, and what they must forbear to do» – ma anche al *De Cive* in *Elementi filosofici sul cittadino*, trad. it. a cura di N. Bobbio, (Torino 1959) – «A command consistete in declaration or manifestation of the will of him that commandeth». Entrambi gli studiosi appena menzionati si dimostrano eredi dei traguardi già raggiunti dalla scolastica francescana e, in particolar modo, da Guglielmo d'Occam.

32 Cfr. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence* cit. e Id. *The Province of Jurisprudence Determined*, (Londra 1832), trad. it. *Delimitazioni del campo della giurisprudenza* (Bologna 1955), passim.

per c.d. meccaniche delle prime, in questo modo perpetuando e moltiplicando il comando originario³³.

Resta sempre irrisolto il problema principale del volontarismo che ne identifica anche il tratto saliente ossia l'impossibilità di ricondurre alla norma, allo Stato o alla società in quanto enti, finzioni di individui, la *volontà* intesa come fenomeno psichico, derivante dalla coscienza individuale e presupponente la capacità di intendere e di volere³⁴.

Con Windscheid³⁵ il volontarismo sconta il suo momento di maggior fulgore ma anche quello che ne segna inevitabilmente il declino, dal momento in cui lo studioso in parola, nell'abbracciare le determinazioni già raggiunte da quanti si sono fatti prima di lui portatori delle istanze volontaristiche, per superare le inevitabili contraddizioni di questa particolare impostazione ne muta le sembianze contaminandola con elementi storicistici e, in particolare, riguardano la volontà del sovrano come un fenomeno storicamente determinato.

Emersa in modo così palese la non indipendenza del volontarismo, inteso in senso stretto e squisitamente psicologico, la sua longeva dominanza nel campo dottrinario viene meno per lasciar spazio ad una particolare concezione del diritto che, per diverse ragioni, gli è affine pur spostando l'asse del valore reale dal soggettivo all'oggettivo: lo storicismo.

33 Cfr. G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica* (Torino 2011), 21 ss. «Ne segue che il sovrano non è soggetto neppure al diritto: tutto il diritto discende da lui, ma lui non è sovrano in virtù del diritto (*rex facit legem ma lex non facit regem*). Ha sì un potere, il sommo potere, ma questo non è un potere giuridico, è un potere di fatto, un potere politico, che nasce solo dalla sua capacità di farsi obbedire e di non obbedire agli altri».

34 Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche* cit., 119, rileva come «Nell'ordinamento giuridico democratico, con maggiore evidenza, la norma giuridica appare disancorata totalmente da qualsiasi momento volontaristico in senso psicologico: sia nei modi della democrazia indiretta che sono i più frequenti sia in quelli della democrazia diretta la norma, pur potendo presentarsi formalmente come il prodotto della volontà della maggioranza, non si pone più come un comando che uno o più soggetti rivolgono alla collettività». Carcaterra, *Presupposti e strumenti* cit., 22, osserva: «L'idea che le norme esprimano la volontà imperativa di concrete persone fisiche non inquadra il modo in cui la scienza giuridica tratta le norme. Se una norma si risolvesse tutta nella volontà del suo autore bisognerebbe concludere che essa esiste se ed esattamente per il tempo in cui il suo autore l'ha effettivamente voluta».

35 B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Frankfurt am Main 1862) trad. it *Diritto delle Pandette* (Torino 1925). Sulla stessa china si collocano, tra gli altri, Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, cit.; K. Olivecrona, *Law as Fact*, trad. it. *Il diritto come fatto*, Milano, 1967; K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (Stuttgart 1968); F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano* (Roma 1921).

4. Il valore in senso reale oggettivo: lo storicismo e il sociologismo.

Con von Savigny³⁶ si inaugura una nuova stagione della dottrina giuridica contemporanea che riguarda al fenomeno giuridico non più in senso statico e autoreferenziale ma, appunto, in senso dinamico e relazionale. Con lo storicismo il termine positività assume un significato nuovo e diverso rispetto a quello che prima comunemente gli si attribuiva, assumendo le vesti di un necessario corollario della intrinseca storicità della norma. La norma è positiva e, dunque, vigente in quanto esprime un valore condizionato spazio-temporalmente in quanto riferibile ad una determinata comunità.

Il distacco dall'individualismo del volontarismo è netto: la norma si giustifica non più in forza di un elemento psichico riferibile alla coscienza di chi la pone ma in base a condizioni oggettive, tendenzialmente irripetibili, che trascendono la volontà dei soggetti componenti la comunità. «A produrre il diritto non sono gli individui ma è il popolo, organismo naturale fatto di rapporti naturali e fondato su affinità fisiche e spirituali di capacità e di potere»³⁷.

La centralità del concetto di popolo e, al tempo stesso, il costante riferimento a forze spirituali trascendenti l'individuo³⁸ ancorano lo storicismo ad un'idea di valore ancora ferma sul piano ideale.

La dinamicità del fenomeno giuridico, connessa al suo nuovo rapporto con il tempo, sfocia nell'idea della necessità dell'interpretazione evolutiva³⁹. Si invertono i poli della vicenda: non è più il legislatore che, con atto di imperio consentitogli dal potere politico che esercita, crea il diritto ma è il diritto che si auto genera in quanto fenomeno naturale che sorge spontaneamente dai bisogni

36 Cfr. F.K. von Savigny, *Vermischte Schriften* (Berlin 1850, rist. Aalen 1968), I, 105 ss.

37 Così Falzea, *Introduzione* cit., 123. Cfr. anche G. F. Putcha, *Das Gewohnheitsrecht* (Erlangen 1829-1837).

38 Il termine usato da Putcha e ripreso da Savigny per descrivere questo fenomeno volontaristico di tipo collettivo generato dalle affinità che sempre caratterizzano un popolo in quanto entità condizionata storicamente e spazialmente è *Volksgeist*. Rispetto alle altre fonti del diritto il *Volksgeist* rappresenta la giustificazione ultima del diritto (che è sempre diritto popolare) e al tempo stesso una fonte derivata e mediata.

39 Cfr. E. Landsberg, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft* (München-Berlin 1910), III, 2, 100 ss.

di una determinata comunità e, in quanto tale, può dagli operatori giuridici essere solo riconosciuto, formalizzato, integrato ma mai prodotto⁴⁰.

Viene piantato il germe che, più tardi, sfocerà in una autentica crisi dell'idea di codice: alle codificazioni che pretendono di tutto dire e tutto ordinare viene preferita la consuetudine, più duttile e più vicina allo spirito del popolo⁴¹, la sistematica perde di rilievo lasciando il passo al diritto vivente⁴², l'*auctoritas doctorum* assurge a fonte del diritto⁴³.

Il momento interpretativo si compone di quattro segmenti: quello grammaticale, quello logico, quello storico e quello sistematico. Tra tutti gli ultimi due hanno un'importanza prevalente ai fini del disvelamento del diritto vivente ossia del diritto che sia naturalmente conforme alla *Volksggeist*. Perché «lo spirito popolare non può cogliersi con la sola osservazione dell'attuale modo di vivere di un popolo e va desunto dall'intero passato della nazione, dal divenire e dall'evoluzione, a volte secolare, delle sue strutture giuridiche. (...) Anche in materia di interpretazione, dunque, lo storicismo resta fedele alla concezione realistica del diritto e dei suoi valori e più specificamente alla concezione realistico-oggettiva»⁴⁴.

Diversamente dallo storicismo il sociologismo rappresenta un filone di pensiero piuttosto frammentato e scomposto, riunendo in sé, sotto un'egida

40 Cfr. V. Simoncelli, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile, in Scritti giuridici* (Roma 1938), II; F. Casavola, *Cronaca di una storia del diritto romano* (Labeo 1959), 305 ss.

41 Pur se non unanimemente, il codice lascia spazio a una concezione dell'ordinamento giuridico che sostanzialmente si identifica con il diritto vivente. Fortemente convinto di questa soluzione è von Savigny al quale si contrappone Thibaut, sostenitore dell'opposta tesi per cui il codice, in quanto espressione di una svolta storica nell'organizzazione della società borghese, conservava il suo valore di sintesi ed espressione di nuovi valori sociali. Cfr. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, Su Federico Carlo di Savigny*, (Milano 1980) IX.

42 Il metodo storico e quello sistematico si fondono, essendo entrambi strumentali a ricercare la ragione ultima del diritto. Secondo Savigny il diritto visto in senso statico necessita di un'indagine di tipo più propriamente sistematico; se riguardato nella sua dimensione dinamica, invece, il diritto come fenomeno per essere compreso reclama il metodo storico.

43 G.F. Putcha, *Cursus der Institutionem* (Lipsia 1875), I, 22 ss., ha poi ulteriormente specificato questa caratterizzazione operando un distinguo tra la produzione giuridica materiale, attività nell'ambito della quale i giuristi si atteggiano a rappresentanti naturali del popolo, e la produzione scientifica, in cui compito dei giuristi è ordinare il diritto vivente secondo i canoni della logica deduttiva.

44 Così Falzea, *Introduzione* cit., 133-134. E ancora: «Interpretazione storica e interpretazione sistematica diventano così, nella loro connessione, criteri entrambi necessari per intendere il significato delle regole giuridiche».

comune, diverse dottrine⁴⁵. Minimo comune denominatore di tutte le suddette ulteriori frammentazioni è la centralità della socialità come realtà indipendente, autonoma fonte di produzione giuridica e, parallelamente, la negazione di ogni forma di individualismo anche nella sua veste edulcorata dallo storicismo di proiezione del singolo nella volontà popolare. «Il fenomeno giuridico si costituisce fin dalle sue origini in una realtà sociale che per le sue stesse dimensioni passa appena tangente rispetto al singolo individuo e alle rappresentazioni della sua coscienza, trascende, per la sua complessità qualitativa e quantitativa, la sfera del singolo e ha la sua radice in un modo necessario di esistenza e di attività dei gruppi sociali. Questa radice del diritto si chiama *costume*»⁴⁶.

In questa prospettiva il diritto esiste indipendentemente dallo Stato (contestato in quanto forma di individualità) ed anzi, i modelli di condotta formalizzati da entità individuali apoditticamente poste, mere propaggini statali (quali tipicamente il legislatore), vengono osteggiati: il diritto inteso come costume diviene diritto sociale, vincolante nella misura in cui la coscienza dei consociati riconosca a determinati fatti anch'essi sociali tale portata⁴⁷.

Rispetto allo storicismo, che assume un punto di vista diacronico, riguardando il fenomeno giuridico nel momento della sua formazione attraverso

45 Per una panoramica generale cfr. R. Orestano, *Sociologia e studio storico del diritto*, in *Diritto – Incontri e scontri* (Bologna 1981). Appartengono alla corrente sociologica i diversi filoni italiano (con tra gli altri V. Pareto e Pietro Bonfante e, pur nella peculiarità della sua posizione Santi Romano), tedesco (con anche M. Weber, N. Luhmann), francese (con a titolo esemplificativo gli studi di F. Gény e L. Duguit), americano (rappresentato da A. Ross e R. Pound).

46 Così Falzea, *Introduzione* cit., 138. Il diritto diviene così un fenomeno prodotto indipendentemente dalle volontà individuali che discende dalla necessità di regole per il vivere sociale, siano esse (appunto) giuridiche, morali, religiose, artistiche, etc. Sulla teoria del controllo sociale cfr. A. Ross, *Social Control – A Survey of the Foundation of Order* (New York 1901).

47 Una deviazione del modello prettamente sociologico è, poi, rappresentata dal movimento del diritto libero, a mente del quale il giudice non solo è legittimato a determinare il *quid iuris* attraverso la propria percezione degli interessi sociali in gioco ma è addirittura legittimato a decidere *contra legem* nel caso in cui costume e disposizione di legge non collimino. Inaugurata da H. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (Heidelberg 1906), e E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* (Leipzig 1903), in Italia il maggiore esponente di questo filone dottrinario è stato L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

il tempo, il sociologismo giuridico, prima, e la sociologia del diritto, poi,⁴⁸ privilegiano una prospettiva sincronica, riferendo il medesimo fenomeno all'ambiente in cui si manifesta.

Come osserva Falzea, alle cui conclusioni si aderisce pienamente, la scienza del diritto e la sociologia del diritto rappresentano due discipline in realtà complementari, stante sì la diversità di piani su cui operano (la dimensione del *Sollen* nella quale trovano collocazione norme e principi e la dimensione del *Sein* nella quale stazionano i fenomeni della vita sociale) ma non la loro impermeabilità e incomunicabilità, una volta appurato che «anche il diritto positivo appartiene alla stessa realtà della fenomenologia sociale e che li divide soltanto il tipo di realtà al quale l'una e l'altra appartengono: realtà immateriale quella del diritto positivo, realtà materiale quella della fenomenologia sociale. Ciò nel senso che il diritto positivo, pur poggiando su fatti della realtà materiale trova la sua più propria collocazione nei valori di azione che, in quanto valori reali e realizzabili, hanno una esistenza immateriale: e, correlativamente, nel senso che la fenomenologia sociologica, anche se ha per oggetto fatti culturali che per la loro spiritualità hanno un'ineliminabile componente immateriale non vengono in considerazione soltanto per quanto di questa immaterialità si realizza nel corso degli anni»⁴⁹.

Ma che di formalità ci sia bisogno nel diritto non è seriamente contestabile. Ed anche la consuetudine, che pure in molti ordinamenti giuridici evoluti, è fonte del diritto presuppone un'opera di risalimento dal fatto (*usus*) al valore e alla norma (*opinio iuris ac necessitatis*), passaggio senza il quale non sarebbe possibile discriminare tra costumi "buoni" e costumi "cattivi".

Resta sempre inteso che la stessa esistenza del costume tra le fonti formali del diritto ed il meccanismo ad esso sotteso dimostra a chiare lettere la comunicabilità tra i piani del *Sein* e del *Sollen* e la legittima costante aspirazione del fatto a divenire norma.

48 Diversamente dal sociologismo giuridico la sociologia del diritto riconosce una funzione alla tradizionale scienza giuridica, incaricata di rispondere alla domanda *quid iuris*? A questa seconda corrente appartengono H.J.S. Maine e E. Ehrlich.

49 Così Falzea, *Introduzione* cit., 145-146.

4.1: Segue: le teorie dell'interesse.

Con la teoria dell'interesse l'indagine sul fondamento e sui meccanismi propri del diritto pone al centro dell'attenzione il concetto di scopo o fine della vita. Il fenomeno giuridico, in quest'ottica, viene riguardato sotto il profilo finalistico.

Da questo comune denominatore si dipanano (come già visto per il sociologismo) svariate correnti di pensiero, la più nota delle quali è la c.d. Giurisprudenza degli interessi che fa capo a Heck⁵⁰.

Ponendo al centro del discorso giuridico l'interesse, il fondamento del diritto viene ricercato in una relazione di valore. Con il termine interesse, infatti, si intende un moto relazionale che congiunge il soggetto al quale interessa o di cui è interesse con l'*id quod interest* o situazione oggettiva di interesse.

L'oggettivizzazione del concetto di interesse ossia la sua spersonalizzazione ne ha implicato, poi, la sostanziale identificazione dapprima con il concetto di *utilitas*, poi con il concetto di danno e, infine, con quello di vantaggio o utile⁵¹.

Le fondamenta del discorso sull'interesse come utilità si ritrovano senz'altro nella morale utilitaristica di Hobbes e, in particolare, in quel moto vitale umano che lo studioso pone al centro della sua riflessione assieme alla materia quale sostanza unica della realtà corporea. Di conseguenza, è bene ciò che asseconda il moto vitale ossia l'interesse o l'utile e male ciò che lo contrasta

50 Cfr. P. Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, in DJZ, 1905. Ma appartiene in certo modo a questo filone anche von Jhering, con la sua *Zweckjurisprudenz* e, prima di lui, ne hanno gettato le basi ideologiche Hobbes, Hume, Helvétius e Beccaria.

51 Un ulteriore sviluppo del concetto in parola ne ha poi implicato la sostanzializzazione: i giureconsulti romani ne facevano largo uso con riferimento alla tecnica risarcitoria volta a compensare l'intera perdita subita (tanto il danno emergente che il lucro cessante) mentre, in epoca medievale, l'interesse diviene da verbo a nome neutro utile ad indicare non più la tecnica rimediale ma il suo oggetto e, quindi, tutte le utilità che il risarcimento deve comprendere. Il passo successivo ha visto crearsi una relazione di simbiosi tra interesse e danno. In particolare, intendendosi per interesse anche il corrispettivo dell'uso del denaro altrui e trasposto il concetto di interesse nel campo aquiliano, l'interesse come utilità o vantaggio identificava nel risarcimento da fatto illecito il lucro cessante. Cfr. F. Kluge-A. Götze, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache* (Berlin 1953), 340.

ossia il danno⁵². Il costante operarsi al fine di raggiungere ciò che è bene e la competizione tra gli esseri umani da ciò generata sono alla base della fisiologica socialità dell'uomo. Parallelamente, il timore di subire danni ad opera di altri e la ragione quale elemento spirituale di ponderazione, sono causa giustificativa del passaggio dallo stato di natura allo stato di diritto: nasce il patto sociale⁵³.

Poiché, dunque, la misura del diritto è l'utilità, l'interesse assurge a criterio di giustizia e l'agire umano è legittimo in quanto finalizzato a soddisfare esigenze personali secondo ragione⁵⁴.

Anche Hume, continuando l'opera del suo predecessore, ha ripercorso la genesi del diritto indagandolo sotto una prospettiva utilitaristica ed è riuscito, così, a mettere bene in evidenza come il fenomeno giuridico sia un fenomeno artificiale – nella misura in cui il suo fondamento si trova in un calcolo meramente opportunistico – e, al tempo stesso, naturale – nel senso che determinate regole nascono per c.d. fisiologicamente dai bisogni innati di una determinata specie⁵⁵.

In ogni caso fondamento ultimo di ogni regola è l'interesse generale ossia il calcolo di convenienza iniziale associato alla consapevolezza che il rispetto della regola è necessario ai fini della sopravvivenza della società. In questa prospettiva,

52 Cfr. Hobbes, *Leviathan* cit., I, 6. L'utilitarismo riconosce come causa e scopo dell'agire umano si identifichino nel perseguimento di ciò che è utile; l'interesse, una volta raggiunto, comporta il passaggio dalla fase potenziale a quella attuale in cui si ha godimento e uso dell'interesse e non più tensione verso lo stesso.

53 Cfr. Hobbes, *Leviathan* cit., I, 13-14.

54 Tale l'archetipo giustificativo dell'endiadi interesse-danno da cui deriva la funzione compensativa della tutela risarcitoria che in ciò si distanzia dal ruolo attributivo dell'interesse una volta giuridicizzato e tramutato in diritto soggettivo. Cfr. A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno* (Torino 2005), 24 ss. «Il problema del risarcimento del danno è allora necessariamente connesso con quello della funzione della responsabilità civile. La distinzione tra attribuzione normativa delle risorse e responsabilità civile mi pare infatti risulti sfumata se a quest'ultima si assegna anche una funzione di deterrenza in modo tale che il risarcimento possa superare il danno. In questo modo infatti il ristoro del danno si carica di una funzione attributiva rispetto al *surplus*».

55 Cfr. D. Hume, *A treatise of Human Nature* (Oxford 1967), III, 6 ss. Le leggi di natura secondo l'a. sono tre: 1) la proprietà, intesa come possesso stabile in quanto rivestito da una forma giuridica atta a riconoscergli legittimità; 2) il principio consensualistico; 3) il contratto come forma utile a rendere vincolanti le promesse. Con queste tre regole è possibile la sopravvivenza di una società naturale ossia di una società caratterizzata dal minor grado di complessità possibile. L'evoluzione sociale e l'incrementarsi dei rapporti tra gli individui che la compongono impongono la predisposizione, accanto a queste tre regole, di regole ulteriori c.d. civili.

condizione implicita di validità del diritto è non più il patto sociale (che ne caratterizza la validità in senso statico, nel momento in cui il fenomeno giuridico nasce e transita l'essere umano dallo stato di natura allo stato di diritto) ma la circostanza che vede nel bilanciamento degli interessi individuali cristallizzato dalla regola la *migliore e ottimale soluzione possibile*. Caduta questa premessa la regola diviene perversa e gli uomini sono legittimati a decidere di un conflitto in base alle leggi di natura.

Su queste basi teoriche si sviluppano gli studi dei due maggiori teorici della dottrina dell'interesse: Rudolf von Jhering con la sua *Zweckjurisprudenz* che indaga lo scopo del diritto e Heck come principale rappresentante della scuola di Tubinga⁵⁶.

Dei due va a von Jhering il merito di concludere l'epoca dello storicismo e introdurre il discorso giuridico verso la nuova prospettiva data dal porre al centro dell'attenzione l'interesse che permette, al tempo stesso, di conservare il patrimonio culturale dello storicismo e introdurre all'interno del dibattito sul concetto del diritto, accanto alle istanze spiritualistiche, la corrente materialistica propria del socialismo e della politica del diritto.

La costruzione dottrina di Jhering immagina il diritto come una realtà strutturata su due livelli: un primo livello, il più basso, il diritto è composto dal binomio norma giuridica/principio (*Rechtsätze/Rechtsprinzipien*) ed è strutturato nella sua versione imperativistica che si sostanzia in un comando o in un divieto; un secondo livello, più alto ed elaborato, ospita il diritto nella sua veste più sofisticata ossia nel suo mostrarsi come concetti o istituti giuridici che rappresentano dell'intera architettura giuridica la parte mobile, viva, dinamica e interattiva. Nel primo livello, il ruolo della giurisprudenza è meramente interpretativo, nel senso più classico e riduttivo del termine, poiché al giudice è richiesto solo di completare e chiarificare il senso delle disposizioni di legge. Nel

56 Cfr. R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, trad. it. a cura di M.G. Losano (Torino 1972), dottrina elaborata sul presupposto che la metodologia debba essere ricavata dall'oggetto cui inerisce e non essere semplicemente imposta a questo. Da ciò il primato della teologia sull'analisi storica del diritto, che invece trova in F.C. von Savigny (*Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di Scialoja (Torino 1886), passim) il suo più noto fautore. Ma si v. anche P. Heck, *Gesetzesauslegung u. Interessenjurisprudenz* (Tübingen Mohr 1914), 96 s.; R. Müller-Erbach, *Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines causale Rechtsdenkens* (Weimar 1948), 133 s.

secondo livello, invece, la giurisprudenza assume un ruolo più importante, dovendo in primo luogo cogliere quel *principio vitale* che caratterizza ciascun istituto o concetto giuridico e, in secondo luogo, ricostruire di volta in volta armonicamente il sistema giuridico, permettendo la coerente convivenza tra tutte le sue componenti. La giurisprudenza, in altri termini, dismette la sua veste originaria di ausiliare o interprete del verbo legislativo e diviene essa stessa creatrice⁵⁷.

In questo secondo livello, ciò che autorizza il giudice a ricreare la regola è, per l'appunto, l'interesse ossia la parte sostanziale dei diritti (soggettivi) che coincide con l'utilità finale spettante a chi ne è titolare⁵⁸. A tutela dell'effettività di tale utilità o vantaggio sta la parte formale dei diritti che si sostanzia nella tutela giudiziale degli stessi la quale, essendo rimessa alla volontà del soggetto titolare del diritto, viene ricostruita in chiave psicologica. La connessione tra interesse e volontà è, infine, lo scopo del diritto: permettere ad un soggetto che lo voglia di godere di un utilità.

Dovendo replicare il medesimo ragionamento anche per il diritto oggettivo (giacché era impossibile immaginare due scopi diversi per il diritto a seconda della forma – oggettiva o soggettiva – di volta in volta assunta) Jhering immagina la società come un insieme di individui perennemente in lotta tra di loro per soddisfare i propri bisogni e, quindi, imprimere al diritto oggettivo quella forma che meglio della altre lo permette⁵⁹.

57 Osserva Falzea, *Introduzione* cit., 197, «La terminologia e i concetti sono nell'essenziale ancora quelli di Savigny e soprattutto di Puchta, ma già si avverte una nuova atmosfera teorica nella quale, facendo da sfondo la concezione realistica dello storicismo, si delinea con nettezza l'idea della scienza giuridica come scienza pratica, posta al servizio della vita. Questa idea rimarrà salda nel pensiero, pur così vario, di Jhering: anzi essa si radicherà progressivamente fino a sfociare nella nota autocritica, con la quale Jhering denuncia come sterile e vuoto il metodo concettualistico ereditato dalla scuola storica e da lui stesso fino allora seguito e affinato. La insofferenza per l'exasperato concettualismo della pandettistica andava crescendo in Jhering nella misura in cui si accentuava in lui la sensibilità verso i problemi pratici del diritto e gli si confermava il convincimento che la genuina vocazione della scienza giuridica sta nella soluzione di un tale genere di problemi».

58 La parte sostanziale si articola in cinque componenti o sottocategorie: l'utile, il bene o la cosa in senso materiale per il tramite della quale si assicura questa utilità, l'interesse, il valore ossia l'idoneità più o meno accentuata della cosa a garantire l'interesse, il godimento.

59 Cfr. R. von Jhering, *La lotta per il diritto*, trad. it. a cura di P. Piovanì (Bari 1960).

Il diritto diviene, così, la risultante di un gioco agonistico in cui vince il più forte ed è la forma della garanzia assicurata alle condizioni di vita della comunità mediante il potere coattivo dello Stato. Si stabilisce una relazione esclusiva tra diritto e Stato: unica fonte del diritto è lo Stato e scopo dello Stato è la salvaguardia del diritto in quanto utile. Nasce l'utilitarismo collettivo⁶⁰.

L'asservimento a scopi pratici della vita comporta la negazione del primato della logica e della dogmatica giuridica e l'affermarsi del concetto di giurisprudenza degli interessi ossia del riconoscimento della necessaria utilità del diritto calato in una decisione a prescindere da qualsiasi concettualismo ideologico preesistente, pena l'inutilità della norma e, dunque, la sua necessaria abrogazione. In quest'ambito, preso atto dell'affermazione di un nuovo interesse, inesistente nel momento genetico della disposizione normativa, all'interprete e persino consentito sostituirlo a quello originariamente dedotto nella norma. Il tutto si risolve in un delicato equilibrio tra interesse e volontà o potere e ciò segna il passaggio della teoria metodologica di Jhering dalla *Interessenjurisprudenz* in senso stretto alla *Zweckjurisprudenz* o giurisprudenza dello scopo.

Heck, invece, piuttosto che abbracciare le derive del suo predecessore verso una nozione di scopo che svisciva la centralità, pur originariamente voluta, dell'interesse, in senso concreto e materialistico, elabora un metodo interpretativo in cui accanto alla legge e alla consuetudine fanno la loro comparsa altre fonti del diritto di derivazione sostanzialistica e che si sostanziano in derivazioni della prassi. La tradizionale gerarchia dei vari protagonisti della vicenda giuridica si inverte e al legislatore viene assegnato un ruolo ausiliario e inserviente rispetto a quello dell'interprete. Il rapporto tra norma e interesse viene ripensato come rapporto di causalità e non più come rapporto normativo: l'interesse è la causa dell'attività legislativa che lo riveste di una particolare forma, in conformità con le esigenze sistematiche, a seconda della rappresentazione che il legislatore stesso ha di quell'interesse. Compito dell'interprete è ripercorrere questo rapporto causale a ritroso: dalla disposizione di legge al concetto normativo che essa rappresenta (che racchiude in sé la logica di risoluzione del conflitto di interessi sintetizzato dalla norma) per approdare all'interesse cui il verbo legislativo mirava a dare soddisfazione e applicare la volontà legislativa nel

⁶⁰ Jhering, *Lo scopo del diritto* cit., 315 ss.

modo più corretto possibile. Due sono i limiti all'attività interpretativa come descritta da Heck che erano, invece, assenti nella metodologia di Jhering: in primo luogo non è mai consentito all'interprete di introdurre interessi non giuridicizzati ad opera del legislatore all'interno dell'argomentazione utile a decidere il caso concreto; in secondo luogo, salvo casi eccezionali, lo stesso interprete non può mai derogare alla volontà legislativa come espressa dalla norma, neanche se in contrasto con la vita reale. La giurisprudenza degli interessi, così, pur avendo quale scopo ultimo quello di conoscere e rivelare gli interessi e i bisogni di una determinata comunità, resta sempre vincolata a quel sistema esterno di concetti giuridici, ricavati per induzione e astrazione dal diritto positivo, che ha natura logico-formale e rappresenta il prodotto finale dell'ordine giuridico. Così si chiude il processo della c.d. *genetische Interessentheorie*⁶¹.

5. Il valore come sintesi della forma e della sostanza: il normativismo realistico e il neoistituzionalismo.

Con l'affermarsi delle istanze realiste che hanno caratterizzato, a vari livelli, questi importanti filoni dottrinari, anche il normativismo (che trova in Kelsen il suo rappresentante più autorevole) comincia ad abbandonare la sua dimensione tradizionale, squisitamente formalistica, per aprirsi a nuove frontiere, capaci di comprendere il diritto come *fenomeno*, nella sua dimensione non solo ideale e astratta ma concreta e materiale.

61 P. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (Tubinga 1932), 30 ss. Così pur esortando il mondo dottrinario e giurisprudenziale a superare le limitazioni proprie del formalismo e del volontarismo – che vedevano, rispettivamente, nel tenore letterale della norma e nella volontà del legislatore il punto di approdo del momento interpretativo – Heck finisce per riaffermare la centralità dell'opera legislativa anche nel momento interpretativo, utilizzando lo schema causale piuttosto che quello normativo, solo per mettere in maggiore evidenza il legame esistente tra norma e interesse. Pur aderendo al metodo interpretativo prospettato da Jhering, Heck dapprima individua il canone storico come canone interpretativo primario logicamente e temporalmente (nel senso che il giudice per prima cosa deve ricostruire gli interessi sottesi alla norma nel momento in cui il legislatore l'ha posta), poi suddivide gli interessi in individuali e generali o ordinamentali, vincolando il giudice alla previa comprensione sia dei bisogni soggettivi che la norma mira ad assicurare sia alla logica ordinamentale in base alla quale il conflitto di interessi è stato risolto in un modo piuttosto che in un altro; in ogni caso, una volta esaurita questa complessa operazione ermeneutica, l'interprete non potrà mai contrastare il dettato normativo anche se questo contrasti con le esigenze di vita reale.

Così, per primo nasce il normativismo realistico, con l'intento più o meno dichiarato di conciliare la visione normativistica propria della tradizione giuridica europea con il realismo sociologico americano.

Ne sono principali esponenti Karl Olivecrona, Alf Ross e Herbert L.A. Hart.

Il primo ha il merito di aver portato alla ribalta ciò che in realtà circa un trentennio prima aveva già intuito Rubino, ossia il modo suggestivo attraverso cui opera il diritto: non imponendo comandi per il tramite delle corrispondenti sanzioni ma suggerendo comportamenti in modo conforme ai precetti costituzionali. Così, il fondamento della validità del diritto risiede nella volontà dei cittadini di obbedirvi in quanto legittima derivazione del patto sociale originario⁶².

Il secondo ha, invece, rivalutato la funzione giudiziale in chiave costitutiva delle norme, risolvendo la funzionalità del diritto per il tramite di un suo inquadramento in una logica dialogante con i soli interpreti istituzionalmente qualificati. In questa prospettiva, le norme sono dirette principalmente al giudice, dotato della forza coattiva necessaria alla loro applicazione in quanto rappresentante dello Stato sovrano. Inoltre, pur esistendo prima e a prescindere del giudice (ciò che segna il discrimine rispetto al realismo sociologico americano), le norme dipendono dalla sua coscienza per trovare concreta applicazione⁶³.

Il terzo, fa un passo ulteriore, risolvendo almeno in parte i punti deboli delle ricostruzioni sopra tratteggiate: l'essere, la ricostruzione di Olivecrona, indifferente rispetto alla variabile temporale e prestare il fianco, la teoria di Ross, alle critiche di un eccessivo soggettivismo.

Hart, infatti, immagina il diritto come un insieme di norme distinguibili in due macrocategorie: norme primarie e norme secondarie⁶⁴. Le prime sono norme di natura prescrittiva che individuano ciò che si deve fare e ciò che non si deve fare; in una società pre-giuridica esistono solo questo tipo di norme, create dalla

62 Cfr. Olivecrona, *Law as fact* cit.; Id., *La struttura dell'ordinamento giuridico*, tr. it. (Milano 1972).

63 Cfr. A. Ross, *Diritto e giustizia*, tr. it. (Torino 1965); Id., *Direttive e norme*, tr. it. (Milano 1978).

64 Cfr. H.L.A. Hart, *The concept of law* (Oxford 1961) trad. it Il concetto del diritto (Torino 1965).

consuetudine. Le seconde sono norme sulla produzione, modificazione e (in ultima analisi) validità delle prime; esse rappresentano una sofisticazione necessaria ad assicurare la certezza delle regole e, al tempo stesso, la loro duttilità rispetto a sopravvenute esigenze di regolamentazione. Le norme secondarie sono presiedute dalla c.d. norma definitiva di riconoscimento, che individua quando una norma secondaria può dirsi valida. Tale norma, pur attenendo a requisiti formalistici delle norme secondarie – in quanto interessata al procedimento formativo delle stesse – non si esaurisce in questi, restando valida solo nella misura in cui viene perpetuata dagli operatori giuridici e sociali. Il che conferisce alla ricostruzione di Hart un duplice elemento di elasticità e concretezza al tempo stesso: nella misura in cui la validità del diritto non viene fatta derivare da una sorta di giuramento di fedeltà alla Costituzione o al patto sociale (che dir si voglia) ma dal comune sentimento di giustizia maturato rispetto al modo attraverso cui le regole secondarie vengono create. L'elasticità, invece, è assicurata dal fatto che tale particolarismo implica che il comune sentire può oggi tradursi in obbedienza e domani no, imponendo se non l'abrogazione della regola quantomeno una sua riformulazione.

Il neoistituzionalismo⁶⁵, invece, fonda la soglia della rilevanza giuridica dei c.d. “fatti bruti” nella sintesi che dei fatti stessi propone la norma giuridica. Il principio di normatività o doverosità della condotta viene quindi rintracciato nella disposizione normativa, rimanendo indifferenti per l'ordinamento tutti quei fatti che non trovano corrispondenza sul piano giuridico. Inoltre, il fatto sociale assurge a fatto istituzionale nella misura in cui il suo orizzonte di senso si ricava dal contesto normativo in cui è inserito, essendo al tempo stesso parte e tutto di un concetto. Il diritto assume, con il neoistituzionalismo, una dimensione relazionale, laddove la relazionalità va intesa in un duplice senso: come relazione della norma con le altre norme (a comporre l'unicità dell'ordinamento giuridico) e come relazione della norma al fatto (a fondare la giuridicità).

Uno dei più illustri esponenti della corrente appena menzionata⁶⁶, disarticola il rapporto dialogico tra realtà e diritto anche per spiegarne la

65 Fondatori di questa corrente di pensiero sono N. MacCormick e O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law* (Dordrecht 1985).

66 L. Mengoni, *La questione del “diritto giusto” nella società post-liberale*, in Rel. Ind., 1988, 13 ss., relazione al convegno di studio su “Diritto ed etica pubblica” organizzato da

dimensione assiologia. Secondo questa impostazione esisterebbero (oltre alle norme) tre entità funzionali a orientare una decisione verso la giustizia intesa in senso sostanziale: i valori, da intendersi in senso oggettivo e ideale, le idee di valore, che esprimono la dimensione soggettiva e ideale delle finalità verso cui tendono le attività di ogni singolo individuo e permettono la conoscenza (pur se solo mediata) dei valori stessi, e gli standards o figure tipiche e quindi esemplari di comportamento che, essendo desumibili dalla prassi, necessariamente si muovono all'interno del reale.

Di conseguenza: il rapporto tra valori e idee di valore si sviluppa sul piano dei giudizi di valore in quanto tali ed è strumentale a conoscere mediatamente i valori stessi; il rapporto tra valori e standards è utile ai fini di un giudizio avente ad oggetto comportamenti dei quali voglia indagarsi la conformità o meno rispetto ai valori stessi in base ad un giudizio di verosimiglianza.

I valori, invece, richiamano le logiche proprie dei giudizi di verità e, pur non esaurendosi mai nell'esperienza immediata ma appartenendo alla dimensione ideale, presentano una stretta attinenza con il reale nella misura in cui «non vengono in considerazione in astratto, ma nella forma di valutazioni di situazioni concrete, argomentate con riferimento a standards»⁶⁷.

Al contrario, il senso comune, pur presentando tratti di oggettività che in certa misura richiamano alla mente il metro del giudizio di verosimiglianza sopra descritto – nella misura in cui al pari del valore è la funzione risultante da un sistema di vettori idealmente riferibili ad una cerchia predeterminata di individui – ne differisce in un tratto fondamentale, appartenendo alla dimensione istintiva o apodittica che, svincolandosi dalle logiche della razionalità argomentativa, non può appartenere ad un sistema orientato verso obiettivi di giustizia sostanziale⁶⁸.

Comunità di ricerca – Istituto di studi e ricerche culturali, Milano, 29-30 gennaio 1988, ora in Scritti, I, Metodo e teoria giuridica, a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi (Milano 2011), 55 ss.

67 Mengoni, *La questione* cit., 62. E continua l'a.: «perciò i parametri valutativi possono mutare non solo diacronicamente, in ragione della storicità del nostro modo di conoscenza dei valori, ma pure sincronicamente in ragione delle diverse modalità delle situazioni che devono essere valutate alla stregua di un certo parametro e delle esigenze che esse esprimono».

68 Mengoni, *La questione* cit., 61-62, sulla base dello stesso presupposto giustifica l'oggettività del valore «semplicemente come ipotesi di lavoro, come principio regolativo della conoscenza, accreditato dal rilievo che altrimenti si perde la base comune di discussione e si finisce col cadere in un'oggettivizzazione della peggior specie, cioè

Proprio questa triade, che disarticola la dimensione reale ed oggettiva dei valori della cui necessarietà predicano le teorie sociologiche e storiche (oltre agli altri derivati dottrinari) preservandone, al tempo stesso, la tensione ideale, consente di conciliare il “luogo” e il “tempo” del diritto, inteso come scienza essenzialmente pratica⁶⁹, con quello della realtà e del valore nella sua accezione più ampia e, forse, più autentica di tensione verso un fine.

«In questa prospettiva torna la distinzione tra sistema cognitivo o teoretico del diritto e sistema reale o empirico (...). Oggi il sistema dogmatico o scientifico del diritto positivo non ha più una funzione autofodante. Il problema della fondazione si ripropone come problema di comunicazione del sistema giuridico col suo ambiente, del quale la sfera morale-culturale è una componente essenziale (l'uomo è *extra muros* del sistema, non parte di esso), e deve essere affrontato con strumenti ermeneutici, non con strumenti dogmatici. Ma occorre insistere nel rilievo che il superamento del positivismo legislativo non significa disconoscimento del carattere di positività del diritto, e quindi dell'esigenza di conservare l'autonomia del sistema giuridico. Autonomia, però, non vuol dire autarchia, cioè sistema chiuso, autosufficiente, isolato dal mondo vitale in cui è ambientato. L'autoreferenzialità del sistema va intesa in un senso nuovo, che supera la sterile distinzione tra sistema chiuso e sistema aperto, prospettando un sistema che si riproduce nei suoi elementi, ma reagendo a impulsi determinati dai bisogni dell'ambiente circostante»⁷⁰.

Un modello che lo stesso autore chiama di “diritto riflessivo” come sinonimo di un diritto che riflette su se stesso per reinventarsi.

nell'ipostatizzazione del valore statistico della “coscienza (o senso) comune”, formata da opinioni diffuse, ma non argomentate razionalmente».

⁶⁹ Così anche R. Clarizia, *Introduzione allo studio del diritto privato* (Torino 2014), 15 ss., ove si legge «Il diritto, infatti, in quanto calato nella realtà sociale, in quanto “norma organizzativa” (*ubi ius ibi societas, ubi societas ibi ius*) risulta necessariamente “contaminata” dalle varie e diverse manifestazioni della vita sociale; per il fatto che il diritto è “creato” dagli uomini (il Parlamento, il Governo, etc.) e “applicato” da uomini (i giudici) su uomini (le persone fisiche e gli enti che comunque sono costituiti e gestiti da uomini), necessariamente risente della loro formazione morale, culturale e religiosa. Il diritto vive, quindi, una sorta di contraddizione interna: da un lato si proclama autonomo ed esente da suggestioni etiche, morali e religiose; dall'altro di per sé la norma giuridica è lo specchio, il risultato di un certo orientamento, di una certa ideologia etica o religiosa avvertita in quel particolare momento storica dalla classe politica al potere».

⁷⁰ Mengoni, *La questione* cit., 63-64.

Da questa premessa, pur rimanendo ancorato alle logiche dell'istituzionalismo, Luigi Mengoni compie una sintesi mirabile tra ragion pratica e teoria generale, tra metodo e dogmatica, dando spazio nel dibattito giuridico novecentesco all'ermeneutica filosofica neoaristotelica e all'etica del discorso dei postkantiani⁷¹.

L'opera del Maestro, in punto di teoria generale, ha subito nel tempo diverse evoluzioni. Così, ad esempio, la triade "idea di valore-valore-standard" nelle opere meno recenti si è ridotta all'endiadi "valore-standard" rimanendo probabilmente l'idea di valore assorbita dal discorso sulla precomprensione che si andava sviluppando in quegli anni tra Italia e Germania (su cui meglio *infra*). La coriaceità dello standard rispetto al suo riflesso soggettivo si spiega alla luce dell'esigenza non altrimenti soddisfatta di introdurre nel metodo ermeneutico un elemento di oggettività o, meglio, di estraneità rispetto al soggetto interpretante così da assottigliare il margine dell'arbitrio individuale. L'impianto complessivo è coerente ma non appieno condivisibile da chi scrive nella misura in cui lo standard come media dei comportamenti "preferibili" ossia conformi ad un determinato valore pare in effetti privo di quel carattere di concretezza che l'autore finisce per attribuirgli. Lo standard è, in altri termini, nient'altro che un entità virtuale, un'idea, non un fatto ed è, in quanto tale, insufficiente a garantire l'oggettività dell'interpretazione. Inoltre, in quanto esprime, al tempo stesso, *un passaggio e l'esito* di quel giudizio di verosimiglianza che è il giudizio di valore, lo standard sembra una superfetazione metodologica inutile ed assorbibile – al pari dell'idea di valore – nella più ampia questione circa la precomprensione del soggetto interpretante⁷². L'esigenza di oggettività ben può essere soddisfatta, a monte, dai valori che, in quanto esprimenti interessi condivisi e inseriti all'interno di un sistema organizzato, sono ontologicamente oggettivi e, a valle, da un

71 F. Volpi, *Tra Aristotele e Kant: orizzonti, prospettive e limiti del dibattito sulla «riabilitazione della filosofia pratica»*, in C.A. Viano (a cura di), *Teorie etiche contemporanee* (Torino 1990), 128 ss.

72 Lo standard potrebbe riservare un'utilità sua propria e, dunque, un autonomo spazio nel procedimento interpretativo solo se realmente oggettivizzato ad opera di un soggetto diverso dall'interprete e appartenente al sistema extra-giuridico di appartenenza del valore stesso. Ciò che, in effetti, sembra suggerire una certa dottrina nell'attribuire efficacia vincolante rispetto all'interpretazione giuridica di quei codici di auto condotta generati dalla prassi. Cfr. M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* (Torino 2006), passim.

giudizio di verosimiglianza che incorpori due soli termini di paragone, il fatto e il valore, così da eliminare ogni arbitrio insito nello stabilire relazioni cognitive. Il che equivale a dire che è necessario ri-conoscere la natura essenzialmente analogica del fenomeno giuridico, sia nel suo momento statico, di edificazione del sistema, sia (e soprattutto) nel suo farsi e, quindi, nel suo essere interpretato.

Ciò che forse il Maestro non aveva incluso nei suoi ragionamenti – in quanto ancora la comunità accademica non se n'era interessata – è la dimensione linguistica del fenomeno interpretativo in relazione al fenomeno diritto. Invero tale caratteristica, pur non essendo di per sé tanto dominante da esaurire la questione del metodo ermeneutico, merita di essere presa in seria considerazione poiché si pone come antecedente logico di quel relativismo dei concetti e delle categorie giuridiche che è essenziale per comprendere la natura analogica (che è questione di metodo) e, al tempo stesso, dialogica (che è questione di giustificazione complessiva) del diritto.

Una volta declinata la questione linguistica nei suoi termini essenziali torneremo a quel concetto di precomprensione che, abbiamo detto, è stato senz'altro considerato da Luigi Mengoni ma forse non del tutto sviluppato. Così, posti i capisaldi del nostro ragionamento, nel secondo capitolo tenteremo di comprendere come operi la generalizzazione normativa e come le diverse forme della suddetta generalizzazione impongano diversi metodi ermeneutici dipendenti, a loro volta, dalla diversità dell'oggetto del ri-conoscere di ciascuna forma.

6. Il diritto come scienza del linguaggio.

In base alle caratteristiche peculiari di ciascuno degli orientamenti sopra tratteggiati si può dire che, con riguardo ad una prospettiva funzionalistica, le principali concezioni del diritto si differenziano in concezioni ideali e concezioni sostanziali. Le prime guardano al fenomeno giuridico come ad una rappresentazione dell'idea (naturale o umana) di giustizia – giusnaturalismo e giusformalismo – le seconde, invece, lo intendono come una manifestazione della realtà umana – sociologismo, storicismo e teorie dell'interesse. A metà si collocano, invece, le teorie del neoistituzionalismo e del normativismo realistico

che, seppure in modi diversi, intuiscono la dimensione relazionale del diritto stesso, collocando la normatività sul piano giuridico piuttosto che su quello del reale.

Per quanto riguarda il nocciolo della questione che qui si vuole affrontare, la diversità delle suddette caratterizzazioni si riflette anche nel modo in cui i diversi filoni teorici pensano all'interpretazione e al rapporto tra forma della generalizzazione normativa e suo contenuto. Se per il formalismo entrambe queste diverse entità coincidono e si appiattiscono sul dato formale, per le altre correnti di pensiero esse vanno nettamente distinte, pur concorrendo a determinare il senso della norma⁷³.

Nulla quaestio sulla irricevibilità delle conclusioni proprie del formalismo: forma e sostanza indubbiamente concorrono alla determinazione di senso del dettato normativo, ciò che si traduce in una incondizionata adesione alle teorie realiste. Di tutte, poi, particolarmente convincenti sono quelle che inquadrano la realtà giuridica all'interno delle manifestazioni per c.d. naturali dell'umana società. Pur se questa prospettiva finisce per privare il diritto di quella posizione di supremazia rispetto agli altri sistemi afferenti le umane vicende, la nascita della filosofia del diritto e, più in generale, la fenomenologia giuridica impongono di rivisitare il diritto in una chiave che tenga conto del suo fisiologico asservimento alle esigenze di una determinata collettività, determinata spazio-temporalmente.

Certo è che l'abbandono della logica propria della scienza giuridica mette in luce tutta la problematica connessa al tema dell'interpretazione, in uno con la questione, tangente, della produzione di norme. Si tratta, in altri termini, di trovare un nuovo approccio alla scienza giuridica come scienza della realtà, mediando tra logica ed esperienza⁷⁴.

73 Per il giusnaturalismo la situazione sostanziale è squisitamente ideale, per il volontarismo si identifica in una situazione reale soggettiva, per il sociologismo, lo storicismo e le teorie degli interessi in una situazione reale oggettiva.

74 Sostiene H. Heller, *Dottrina dello Stato* (Napoli 1988), 54 ss., che tale mediazione passa necessariamente per una valorizzazione del momento interpretativo senza che ciò possa tradursi in un soggettivismo anarchico: «alla base di questo modo di vedere c'è un impressionante misconoscimento della funzione sociale vitale di ogni scienza, un'idea sbagliata del rapporto tra pensare e volere, fra soggetto e oggetto della conoscenza (...) ogni conoscenza dello Stato deve dunque prendere le mosse dal fatto che la vita statale comprende sempre in sé chi la interroga».

In generale basterà qui sottolineare come il passaggio dall'epoca del dualismo all'ermeneutica contemporanea sia stato segnato dall'abbandono della logica conflittuale in favore della comprensione del fenomeno giuridico come fenomeno dialettico, caratterizzato da una osmosi tra circostanze della vita e norme, tipica proprio del realismo oggettivo⁷⁵.

Questa particolare corrente di pensiero e, in special modo, i filoni sociologici e le teorie dell'interesse hanno affermato con forza la prevalenza dell'interpretazione evolutiva su quella storica, così spostando l'asse del discorso sull'esigenza di assicurare una certa aderenza tra diritto e istanze sociali, a scapito di una fissità da molti sentita quale garanzia di ordine e stabilità⁷⁶.

«Ciò però significa che un "giusto diritto", in generale, non sussiste come una entità o come un qualcosa che si possa trovare già pronto, ma, piuttosto, avviene, storicamente in un processo che non giunge mai a fine»⁷⁷.

A questo punto, però, occorre ricercare una formula in grado di assicurare il necessario equilibrio tra essere e dover essere, evitando così inopportune ricadute nelle teorie del movimento del diritto libero e dell'interpretazione *contra legem* che questo auspicava stante la primaria esigenza di regolare al meglio il singolo caso concreto.

75 Persino Kelsen, nella sua opera *Reine Rechtslehre* cit., 17 ss., ne era consapevole, ma preferiva continuare a studiare il fenomeno giuridico con gli strumenti della logica deduttiva, nella convinzione di una utilità di fondo della distinzione di ruoli tra giuristi, da un lato, e filosofi e teorici, dall'altro lato. «Come scienza, la dottrina pura del diritto si ritiene obbligata soltanto a comprendere il diritto positivo nella sua essenza e d'intenderlo mediante un'analisi della sua struttura. (...) Questa dottrina non considera (...) lo scopo che viene perseguito e raggiunto dall'ordinamento giuridico, ma considera soltanto l'ordinamento giuridico stesso; e considera questo ordinamento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente al suo scopo».

76 Falzea, *Introduzione* cit., 247 s., ripercorre gli esiti delle due opposte visioni evidenziando come le istanze antinomiche che hanno caratterizzato il conflitto tra realismo oggettivo e formalismo o volontarismo siano storicamente più sentite proprio nei periodi di crisi economica e sociale. «Ed ecco allora sorgere un problema, che resta consegnato alla teoria generale dell'interpretazione: il significato della legge deve essere desunto dalle situazioni di interesse del momento in cui è stato posto in essere l'atto legislativo o invece dalle situazioni di interesse del momento in cui si compie l'attività interpretativa? La interpretazione *secundum legem*, cioè, deve essere interpretazione storica o interpretazione evolutiva? (...) L'interpretazione storica soddisfa il bisogno di certezza ma rischia di lasciare insoddisfatti gli interessi effettivi della società come si vanno evolvendo nel tempo. L'interpretazione evolutiva, al contrario, assicura il costante adeguamento del diritto alle trasformazioni della vita ma mette in forse l'ordine sociale e la sicurezza collettiva».

77 Così A. Kaufman, *Filosofia del diritto ed ermeneutica* cit., 140-141.

Se le teorie neoistituzionaliste e del normativismo realistico sembrano le più convincenti in punto di elaborazione metodologica – intuendo la dimensione relazionale dei concetti giuridici – le recenti acquisizioni filosofiche in tema di manifestazione linguistica del fenomeno giuridico ne impongono una rivisitazione che sia capace di mettere in luce anche questo aspetto, fisiologicamente connesso al diritto.

Vi è una parte della dottrina che, preso atto delle peculiarità proprie di una scienza fatta di segni linguistici, ritiene che la vaghezza del diritto sia un carattere strumentale ad assicurarne una interpretazione teleologica, essenzialmente orientata alla realizzazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale. In altri termini: posto che l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, nel vincolare l'interprete alla volontà del legislatore, fa a ben vedere riferimento ad una figura mitica e fittizia, quella del legislatore ragionevole, «in termini meno ingenuamente volontaristici, è richiesto al giudice di figurarsi e amministrare il complesso delle disposizioni legislative in vigore come immune da discriminazioni che non appaiano, in base ad obiettive differenze tra fattispecie, *giustificabili*»⁷⁸.

L'intuizione è condivisibile posto che la differenziazione, quale corollario dell'uguaglianza in senso sostanziale, è per sua stessa natura ontologicamente incompatibile con la generalizzazione propria del momento genetico del diritto e, quindi, della norma in senso statico. Tale *reductio ad unum* (il diritto come scienza del linguaggio è vago; la vaghezza è strumentale alla realizzazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale) pare però opinabile nella misura in cui giustifica la natura del diritto in base ad un principio che, in quanto tale, è un *posterius* rispetto al diritto stesso e finisce per confondere i piani del discorso: quello dell'individuazione dello scopo ultimo del diritto, da un lato, e quello della comprensione dei meccanismi sottesi ad una scienza del linguaggio, dall'altro

78 Così D. Carusi, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge*, in *Le clausole generali nel diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Giur. it., 2011 1690 s., il quale ritiene che l'interprete sia chiamato a recepire valori diversi dall'uguaglianza sostanziale solo quando il legislatore ha deciso di non decidere, così rimettendo alla fase giudiziale l'individuazione di uno standard valutativo esterno al diritto. L'a., inoltre, finisce per equiparare i concetti di uguaglianza e di giustizia, prima, e le tensioni all'interpretazione letterale e alla tutela dell'affidamento dei consociati, poi.

lato. Né, d'altronde, pare corretto risolvere l'indagine sui valori in forza del solo principio di uguaglianza in senso sostanziale.

Senz'altro, però, esiste un'area di interferenza tra i problemi derivanti dall'essere il diritto una materia per sua natura assiologica peraltro orientata, oggi più che mai, al pluralismo dei valori e quelli propri del diritto come discorso.

L'assiologismo generico si fonda sulla consapevolezza che il diritto è un modo d'essere del valore, inteso come valore generale d'azione o regola di condotta dettata da esigenze dell'agire pratico. In tal senso ogni norma è un dover-essere che è insieme un dover-fare⁷⁹ e la sua esatta comprensione è subordinata ad una messa in opera in relazione al caso concreto. «Non c'è, prima, ancora nessun “diritto” e non c'è ancora neanche il “fatto”, piuttosto ci sono solo “materiali grezzi”; da una parte una certa quantità di astratte norme di legge, norme che, per la loro astrazione, non sono ancora per nulla utilizzabili, dall'altra un conglomerato di fatti disordinati che non sono ancora posti in rapporto con un qualche punto di vista giuridico, e dunque non sono neanche divisi ed apprezzati in rilevanti ed irrilevanti»⁸⁰.

Il diritto è poi anche un fatto di linguaggio, nella misura in cui si manifesta ed estrinseca per il tramite di segni linguistici e, in particolar modo, per il tramite del linguaggio giuridico, che è lo strumento attraverso il quale, da un lato, il valore pratico generale o norma viene disvelato alla comunità di individui, dall'altro lato, si tesaurizzano le acquisizioni morali, culturali, scientifiche dell'uomo. Anche il diritto consuetudinario che, da questo punto di vista, presenta un carattere di immediatezza sconosciuto alla norma giuridica, non potrebbe esistere senza il linguaggio orale. Da tale caratterizzazione deriva la circostanza ulteriore che vede nel diritto una scienza che si estrinseca essenzialmente per il tramite di metafore e, quindi, «di un modello a prototipo e di una configurazione radiale»⁸¹.

79 Così Falzea, *Introduzione* cit., 232.

80 Così Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica* cit., 147, il quale così continua: «La cosiddetta sussunzione non rappresenta alcun problema, se solo sono fissate le premesse. L'atto decisivo consiste proprio nel produrre queste premesse, nella loro corrispondenza: rendere concrete le norme con riguardo ai fatti e ricostruire il fatto partendo dalla norma».

81 Cfr. C. Bazzanella – L. Morra – P. Rossi, *L'approccio cognitivo alla metafora nel linguaggio giuridico*, in *I fondamenti cognitivi del diritto*, a cura di R. Caterina (Milano 2008), 161.

Prepotente è, in questo senso, il dato formale: quando si riflette sulla generalizzazione la forma è, in effetti, l'altra faccia della medaglia, nella misura in cui, da sempre, è sinonimo non solo di apparenza ma anche di universalità. Ritorna, allora, l'antico dilemma: se le forme siano aspetti generali dell'essere e abbiano una propria dimensione ontologica oppure siano meri strumenti utili alla comprensione di ciò che rappresentano, mezzi di interazione tra la datità e il soggetto, funzioni impercettibili da parte dei sensi ma indispensabili ai fini dell'elaborazione dei dati sensibili da parte della coscienza.

Proprio la divergenza tra *jus* e *directum* consente di preservare il dualismo tipico della forma riconducendolo, al tempo stesso, ad unità. Nel momento statico del diritto la forma ha, sì, una dimensione prevalentemente ontologica, nel senso che rappresenta un frammento del sistema ed è, anzi, funzionale alla costruzione e al mantenimento dello stesso. Così un diritto soggettivo, osservato da un punto di vista statico-formale, ha un contenuto apprezzabile in termini autonomi, nella misura in cui si compone di elementi ai quali lo stesso sistema giuridico riconduce determinati effetti ed è strumentalmente vincolato ad essi ed in forza di essi giustificabile.

Nel momento dinamico, però, l'ago della bilancia si sposta e la norma diviene mero strumento utile all'interprete per percepire la sostanza che sta dietro alla forma, ossia il valore, al fine di dare soluzione al caso concreto. Così, in quanto sintesi tra due momenti diversi della forma e simbioticamente legato al linguaggio, il diritto è ermeneutica, nella misura in cui lo studio scientifico del diritto è strumentale alla comprensione dei significati concettuali portati dalle norme⁸².

La precisazione dell'attributo "giuridico" con riferimento al termine "linguaggio" non è di poco conto ed, anzi, è essenziale al fine di comprendere il

82 Già T. Ascarelli, *In tema di interpretazione e applicazione della legge*, in Riv. Dir. proc., 1958, 14 ss., riteneva che «se l'opera dell'interpretazione è quale a me sembra, legalità e continuità e la certezza del diritto (e quale che sia la nostra coscienza al riguardo) è quella sola che è compatibile con l'umanità del diritto stesso, frutto storico che storicamente si svolge, degli uomini e per gli uomini; l'affermazione della certezza del diritto sulla base di una negazione, invece facilmente smentibile, del momento pratico dell'interpretazione, rischia proprio essa di suscitare, in via di reazione, il sovversivismo di una mistica del decisionismo (...) ché, alla fine, le mie convinzioni possono ridursi a quella della storicità e così appunto della umanità del diritto, diuturna creazione dell'uomo nel suo operare e non predisposto sistema».

necessario correttivo ad una teoria realista che, in sua assenza, finirebbe effettivamente per appiattare il dover-essere sull'essere.

Esiste, ed è inopinabile, una differenza tra linguaggio comune e linguaggio giuridico. Il primo può essere inteso come linguaggio proprio della generalità degli individui o modo d'intendere comune. Il secondo è, invece, il modo d'intendere dell'operatore del diritto, ossia dell'interprete dotato di una coscienza giuridicamente educata. Solo il secondo linguaggio è utile alla concreta determinazione dell'orizzonte di senso di una norma e, per il suo tramite, la norma in senso statico acquisisce dinamicità ossia si positivizza. Tant'è che la Corte costituzionale nel pronunciarsi sulla compatibilità di una norma con la Carta fondamentale deve tenere conto di come questa "è" intesa (dalla Giurisprudenza di legittimità, si intende) e non già di come questa "dovrebbe" essere intesa al fine di evitare la pronuncia di illegittimità⁸³.

Senza arrivare ad auspicare una introduzione nel nostro sistema giuridico della tecnica del precedente giudiziario – dal momento in cui non pare che la condivisione della norma intesa in senso dinamico vada riferita *sic et simpliciter* all'interprete pur istituzionalmente qualificato al fine di oggettivizzare il giudizio di valore ad essa sotteso⁸⁴ –, il riconoscimento delle specificità proprie del linguaggio giuridico e la sua perpetuazione entro i limiti fisiologici propri del linguaggio orale sembrano sufficienti a garantire la tesaurizzazione dei progressi scientifici realizzati dagli operatori del diritto, mantenendone, contemporaneamente, l'elasticità o, per meglio dire, la permeabilità alle istanze proprie della realtà fattuale che, in questa specifica circostanza, diviene sinonimo di attitudine evolutiva.

Date queste premesse, è essenziale comprendere come il momento di conflitto tra diritto e realtà si ricollegli prima di tutto al complesso rapporto tra tempo e norma giuridica⁸⁵, la quale esiste in diversi tempi e in modi diversi,

83 Cfr. Lipari, *Diritto e valori sociali* cit., 39 s.

84 Lipari, *Diritto e valori sociali* cit., 58 s., ritiene che la ripetizione di una data interpretazione giudiziale implichi la condivisione del giudizio di valore ad essa sotteso e, dunque, garantisca per c.d. la dimensione oggettiva del valore stesso ossia, in ultima analisi, la giustizia della decisione.

85 Rodotà, *Conclusione: il tempo delle clausole generali* cit., 256, mette bene in evidenza la non inferenza del problema della discontinuità con la questione della tecnica giuridica. Discontinuità e insicurezze, infatti, sono dati della realtà; «compaiono tutte le volte che

facendosi portatrice di valori che perciò stesso si dimostrano tendenzialmente mutevoli. E al fine di individuare la portata assiologia della norma non è neppure sufficiente fare riferimento alla sua genesi, che non si esaurisce *sic et simpliciter* nel momento in cui questa viene posta, ma affonda le sue radici ancora più indietro nel tempo, nella c.d. preistoria della norma, di cui l'atto legislativo costituisce l'esito, e non necessariamente può ridursi ad un atto volontario di creazione.

In effetti la spinta vitale che caratterizza l'uomo – così come ogni forma di vita animale socialmente organizzata – più che la nuda volontà è un'altra, ossia l'imitazione: le regole di condotta rivestite di dignità giuridica sono cristallizzazioni di modelli comportamentali che attraverso la ripetizione hanno assunto un senso di dover-essere. Di modo tale che, più che essere accettate, le norme giuridiche vengono ritrovate dalla coscienza individuale dei membri di una collettività⁸⁶.

A ciò si aggiunga che la norma giuridica, al contrario di quanto può dirsi per altri prodotti umani, è fisiologicamente caratterizzata da un elemento di incompiutezza, proprio perché essa esaudisce il suo senso solo nel momento in cui viene concretamente applicata. «La norma giuridica entra nel tempo storico. Il tempo non sta fermo e la norma, per così dire, procede con lui»⁸⁷.

Tale aporia è, tuttavia, superabile nel segno della *Wirkungsgeschichte*⁸⁸ ossia di quel principio in forza del quale l'accadimento storico sviluppa un'efficacia consequenziale nella storia, inserendosi all'interno di una concatenazione di determinazioni come causa di futuri accadimenti e, al tempo stesso, come effetto

l'occhio del giurista guarda verso il futuro: si che, se bisogna cimentarsi con i problemi dell'assorbimento del reale nell'ordinamento giuridico è proprio con l'insieme di questi fattori che bisogna misurarsi».

86 Cfr. G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, trad. it. a cura di R. Cristini (Milano 1998), 17-18. Suggestivo è il passo in cui l'a. si occupa dei rapporti di interscambio esistenti tra diritto e costume o tra diritto ed etica, che vengono descritti come ordinamenti a tratti sovrapposti e temporalmente comunicanti.

87 Husserl, *Diritto e tempo* cit., 16 s., il quale ritiene che la struttura temporale storica di una norma giuridica assomigli in una certa misura a quella dell'uomo. «Come la nascita dell'uomo non fissa la sua vita (intesa come ciò che essa è secondo la sua idea) su quel determinato punto del tempo storico, così la norma del diritto non possiede un luogo nella storia fissato una volta per tutte mediante il processo con cui viene elaborata. La questione del senso di una norma giuridica può essere formulata sempre e soltanto nel modo seguente: quale significato essa ha oggi, in relazione alla concreta condizione di vita che registra un turbamento nelle norme?».

88 H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, in *Gesammelte Werke*, B.1, Hermeneutik, I, (Tübingen 1990), *Verità e metodo*, tr. it. a cura di Vattimo (Milano 1972), 350 ss.

degli accadimenti passati. «L'interprete dotato di coscienza storica fondata sull'esperienza della *Wirkungsgeschichte* sa che la lontananza temporale dall'epoca del testo non è una distanziamento alienante, ma è una distanza riempita dalla continuità di una tradizione comune, che definisce la situazione ermeneutica iniziale e della quale è parte integrante»⁸⁹.

Questi dati offrono a chi ne indaghi la portata un elemento ulteriore indispensabile ai fini della composizione del conflitto tra diritto e fatto: mentre la norma giuridica veicola o si fa strumento espressivo di valori privi di una loro datità e, dunque, di valori ideali – intendendo per idealità una dimensione in cui l'elemento temporale non è essenziale ai fini della determinazione dell'*an* assiologico della norma – il fatto porta con sé valori reali – ossia valori che si fondano e si riflettono in specifiche circostanze spazio-temporali⁹⁰.

In ciò sta, precisamente, la natura essenzialmente pratica del diritto, nella sua tensione verso la migliore delle soluzioni possibili in relazione ad un problema concreto, misurata in relazione ad una certa idea di giustizia, e, al tempo stesso, il suo estrinsecarsi per il tramite di meccanismi al tempo stesso cognitivi e applicativi tipicamente linguistici. L'interpretazione giuridica, al pari di ogni altra interpretazione, presenta una struttura circolare segnata dal *continuum* domanda-risposta: «il testo normativo non si lascia comprendere con i soli strumenti dell'analisi del linguaggio, ma solo quando l'interprete, in relazione a un caso (reale o pensato) di applicazione pratica, sia riuscito a capire la questione

89 L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica* (Milano 1996), 13.

90 L'idealità del valore va riconnessa, quindi, solo ad una sua formalizzazione tendenzialmente atemporale e non ad una presunta capacità riassuntiva della norma rispetto ad una quantità determinata di esigenze di vita. Il rapporto tra norma e fatto non va inteso, quindi, come un rapporto conflittuale risolvibile secondo una metodologia logico-giuridica come pure ipotizzano i pensatori che vanno a comporre la corrente giusformalista. Cfr. tra tutti H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (Milano 1989), 144 s., spec. nota 9: «Essere e dovere sono due forme di pensiero del tutto differenti l'una dall'altra, inderivabili tra loro: tuttavia esse possono avere contenuti uguali. Si può rappresentare l'agire umano come contenuto dell'essere, come parte della natura o della storia, vale a dire come oggetto della scienza naturale o della scienza storica, oppure come dovuto, come contenuto di norme e quindi come oggetto della scienza giuridica. Solo grazie a questo "sostrato" comune – in sé indifferente e in questa astrazione inconcepibile – un evento reale può essere valutato e, in particolare, dal punto di vista giuridico. Sul presupposto di un dualismo fondamentale di essere e dovere, di realtà e valore, la questione se una determinata realtà sia piena di valore o contraria al valore è senza senso. Se una realtà può essere valutata, ciò è appunto possibile solo nel senso che il contenuto dell'essere viene confrontato al contenuto del dovere».

cui il testo risponde e a formularla adeguatamente. Chi non ha domande da porre non è in grado di comprendere un testo»⁹¹.

Compito dell'interprete è, quindi, quello di riportare ad unità le due dimensioni del valore: quella ideale, giuridicizzata, e quella reale, propria del fatto in attesa di regolazione. Così il *jus* è la traduzione in forma generale attraverso il linguaggio giuridico dell'idea di un bisogno; il *directum* è la risposta del sistema giuridico complessivamente inteso al bisogno annidato nel fatto. Come si realizzi questa riconduzione ad unità è, poi, un'altra storia.

6. La necessità della precomprensione.

«Il punto critico di ogni teoria che esalta il rapporto tra diritto e vita sta precisamente nella diversità, per grado e tipo di oggettivizzazione, tra la situazione sostanziale a cui è legato il significato della regola giuridica e la forma normativa»⁹².

Per superare tale criticità è necessario prendere le mosse dalla premessa ricostruttiva già declinata in precedenza, considerando il diritto positivo come tale solo in quanto strettamente attinente al reale⁹³. È nella datità che va rintracciata l'oggettività del valore, poiché nella stessa datità si muove il fatto cui il valore inerisce e alla datità appartiene l'interprete che, ridotto a strumento necessario al funzionamento della dinamica giuridica, trova proprio in questa appartenenza la sua ragione d'essere unitamente alla conoscenza del linguaggio giuridico.

A tal fine è necessario adottare un approccio cognitivo che evidenzi la mancanza di autonomia del linguaggio (sia giuridico sia comune) rispetto agli altri sistemi cognitivi, nella misura in cui «il valore semantico di un'espressione non

91 Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica* cit., 16. E continua l'a.: «Vale anche per l'interpretazione giuridica la tesi della "struttura applicativa della comprensione" (*Applikationsstruktur des Verstehen*), che congiunge interpretazione e applicazione in un processo unitario senza tuttavia sovrapporre».

92 Così Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche* cit., 247.

93 Cfr. T. G. Tasso, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto* (Padova 2012), 254 s., secondo il quale «il fatto è già, ha una sua vita, una sua realtà; ed è proprio per questo che (...) l'interpretazione viene sì a creare legge, nel senso di dar vita giuridicamente rilevante a un fatto che prima non l'aveva, ma lo fa semplicemente "indicando" una realtà giuridica già esistente e venendo a chiarire, a scoprire, a togliere il velo a qualcosa che già esiste e cioè il giuridico».

sta solo nelle proprietà inerenti all'entità o alla situazione descritta, ma coinvolge in modo significativo il modo in cui pensiamo a questa entità o situazione, quindi la sfera emotiva e l'insieme delle conoscenze enciclopediche»⁹⁴.

Tale circostanza se attentamente considerata e collocata in un ambito argomentativo adeguato consente di superare la distinzione tra le teorie neo-istituzionaliste e quelle di derivazione gius-realista. L'idea di valore e lo *standard* che, nell'ottica di Luigi Mengoni, identificano due momenti – *rectius* passaggi, invero indistinguibili temporalmente – del processo interpretativo, non sono null'altro che manifestazioni della precomprensione stessa avente ad oggetto da un lato il valore in sé e dall'altro lato i comportamenti conformi a quel valore. Pur se la scomposizione del momento ermeneutico in tali diversi segmenti pare chiaramente orientata a contenere arbitri e soggettivismi, lo *standard* al pari dell'idea non può che esistere nella coscienza dell'interprete ed ha la stessa oggettività che l'interprete, conscio dei propri pregiudizi, attribuisce al valore per il tramite dell'idea che ha di esso. Ecco allora che l'utilità di tale distinzione rileva solo in punto di metodo auto-educativo della precomprensione nella misura in cui consente di dare rilievo ai soggettivismi incardinati nelle idee di valore – siano esse più o meno “rigide” rispetto alla media – ma impone, nel ri-conoscerle, di mediarle per il tramite di una relazione necessaria con l'oggettività, che viene però rintracciata non già nella media delle idee di valore emergenti in una data comunità ma nei fatti ossia nella media dei comportamenti tenuti dagli stessi individui attraverso cui il valore prende più o meno corpo.

Una volta metabolizzata questa circostanza risulta più agevole accettare il fatto che l'essere la scienza giuridica una scienza ermeneutica porta con sé la *necessità* del pregiudizio o precomprensione che, però, lungi dal degenerare in arbitrio, si configura come un'entità esterna strumentale alla positività del diritto.

In questo contesto la presenza del giudice terzo e imparziale si giustifica alla luce dell'esigenza di assicurare una lettura giuridicamente educata del fatto e, contemporaneamente, di garantire nella fase applicativa della regola di condotta un certo grado di oggettività.

94 Così Bazzanella - Morra - Rossi, *L'approccio cognitivo alla metafora nel linguaggio giuridico* cit., 159.

Per comprendere tale passaggio è utile ricordare un noto caso di diritto penale in cui la Corte Suprema Federale Tedesca o *Bundesgerichtshof* ha tradotto il *jus in directum* secondo un metodo spiccatamente analogico proprio grazie alla sua capacità di pre-comprensione del fenomeno⁹⁵. In fatto: un uomo aveva gettato dell'acido muriatico in faccia ad una cassiera, provocandole delle lesioni, per poi rubarle il portafogli e scappare. In diritto: l'interrogativo concerneva la qualificazione giuridica del fatto come rapina semplice (ossia senza l'uso di armi, § 250 StGB) e rapina grave (con l'uso di armi, § 249 StGB). La Corte ha infine optato per l'applicabilità al caso di specie della norma maggiormente afflittiva equiparando così l'acido muriatico ad un'arma. Sennonché, l'acido muriatico non è un'arma, «né secondo il tenore letterale, né secondo il possibile senso della parola (che già è qualcosa che ha molto a che vedere con l'analogia)». Perché mai, allora, la Corte Suprema Federale Tedesca ha sentito il bisogno di dare risposta ad un simile interrogativo? La risposta è semplice: per causa della sua innata capacità di pre-comprendere il fatto come rapina grave e non, ad esempio, come omicidio, circostanza che avrebbe reso assolutamente inutile interrogarsi sull'estensione del concetto di arma⁹⁶.

«La trasformazione di una norma legale in una “fattispecie” (interpretazione) avviene con l'ausilio del caso concreto, la trasformazione del caso in una “situazione di fatto” (costruzione) avviene con l'ausilio della norma legale; e questa trasformazione è sempre un atto creativo, demiurgico, che precede la sussunzione, anche se nei casi “chiari” trasformazione e sussunzione sembrano coincidere»⁹⁷.

Stante la diversa collocazione categoriale di essere e dover-essere, la loro riduzione ad unità necessita di una partecipazione dell'interprete nella sua duplice veste di ultimo ingranaggio del sistema, portatore del linguaggio giuridico che la tradizione giuridica scritta e orale gli ha tramandato, e uomo, come tale carico di

95 Il caso è riportata a titolo esemplificativo da Kauffman, *Filosofia* cit., 22 s. Cfr. C. Heymann, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, I, (Bd. 1951), 1 s.

96 Sempre Kauffman, *Filosofia* cit., 23, così continua: «Come si vede, senza delle ragionevoli precomprensioni non si arriva mai a problemi giuridici rilevanti. Anche il “circolo” del processo di comprensione è ben riconoscibile: solo se già so che cos'è una rapina grave; ma cosa sia una rapina grave non posso saperlo senza una corretta analisi del caso concreto».

97 Così Kaufmann, *Filosofia* cit., 23-24.

pre-giudizi propri del contesto storico e spaziale in cui vive e si trova ad operare, che gli consentono di applicare il diritto in modo tutt'altro che arbitrario ma, passato il filtro dell'argomentazione, finalmente *giusto in senso sostanziale*⁹⁸.

«La *precomprensione originaria* è una struttura che precede, con un'anticipazione di senso, l'attività riflessiva dell'interprete. Si tratta ancora di un concetto analitico-descrittivo di quel che è. La struttura anticipatoria accompagna il comprendere: non è una scelta dell'interprete, è una situazione ermeneutica già sempre connessa alla comprensione originaria, e perciò, come essa, si trova sul piano ontologico»⁹⁹.

Questa personalizzazione dell'attività ermeneutica non ne oblitera la tensione alla verità ma implica un ripensamento della stessa verità come un *continuum* dialogante in cui ogni interprete svolge un ruolo allo stesso tempo conservativo delle verità già acquisite ed evolutivo delle stesse in senso adattativo al tempo e allo spazio in cui vive¹⁰⁰.

98 Kaufmann, *Filosofia* cit., 24-25, ritiene che: «La norma appartiene al dover essere, fissato in modo astratto e generale, il caso, con i suoi infiniti dati di fatto, all'essere disordinato e amorfo. Una correlazione è possibile solo dopo che la norma è stata arricchita di empiria e il caso concreto di normatività, in modo tale che essi possano reciprocamente "corrispondersi" (in questa parola si cela un riferimento all'analogia); o, in altri termini: essi devono essere "equiparati" con un atto di trasformazione attiva (questa è la teoria dell'equiparazione, già citata precedentemente; i suoi sostenitori principali sono Karl Engisch e Arthur Kaufmann). Questa equiparazione non è mai determinazione e sussunzione, e nemmeno soltanto interpretazione, ma essenzialmente decisione, e dunque espressione di potere. Un tale atto di potere non è, in sé, alcunché di negativo. Esso deve essere supportato argomentativamente, e ciò presuppone che la riflessione chiarisca questo punto, e non si nasconda dietro una presunta conoscenza puramente oggettiva».

99 Così G. Benedetti, *Ermeneutica e dogmatica giuridica in L. Mengoni, in Europa e diritto privato*, 2012, 103 ss., riferendosi al pensiero di Gadamer.

100 Gadamer, *op. ult. cit.*, sottolinea l'endiadi tra verità ed essere per elaborare un concetto di ragione ermeneutica come attributo della conoscenza umana. «In corrispondenza con questi aspetti emergono conseguenze, quali la rilevanza del soggetto ed il carattere non formale della ragione, che sono direttamente opposte a quelle dello strutturalismo. Quanto al primo aspetto, l'ermeneutica sottolinea che il punto di vista sulla verità non costituisce – negativamente – un limite, ma – positivamente – è la condizione di accesso al vero. Ciò significa che ogni rapporto con la verità, come ha affermato Luigi Pareyson (1918-1991) ha carattere personale ed è storicamente determinato. In altri termini, esso è sempre una prospettiva sulla verità indissociabile dalla persona dell'interprete. Ma questa indissociabilità non è una forma mascherata di relativismo, perché resta fermo nell'ermeneutica l'assunto di unicità della verità. Essa comporta piuttosto il superamento di una concezione oggettivistica del vero, ove questo è concepito come oggetto della ragione, un suo possesso. Il che renderebbe impossibile il dialogo, perché esso ha senso solo se si parte dal presupposto che tutti coloro che vi partecipano, pur nella diversità delle prospettive, attingono tuttavia la verità. La verità è

L'oggettività del diritto sta proprio in ciò: il giudice, pur con i suoi pregiudizi mediati da una coscienza giuridicamente educata, è chiamato a rappresentare l'ideale di *Ognuno*, da intendersi come astrazione del soggetto destinatario della norma, ridotto al minimo comune denominatore, in grado di rappresentare il modo d'essere *presente* dell'uomo¹⁰¹.

Il diritto, come entità intrinsecamente assiologia, è positivo in quanto portatore di valori formali che trovano rispondenza in quelli sostanziali di una determinata comunità e, in questo senso, ha poco o nulla a che vedere con la forza¹⁰². Tipico è l'esempio del diritto a non obbedire ad una legge ingiusta che storicamente ha condotto al riconoscimento di diritti fondamentali, come il diritto di sciopero o l'obiezione di coscienza¹⁰³. Pur con tutte le problematiche e le implicazioni ad esso riconnesse il diritto ad infrangere una legge che non si riconosce come giusta è essenziale per un sano rapporto tra essere e dover-essere.

unica, ma inesauribile, e proprio perciò è suscettibile di molte interpretazioni, ciascuna delle quali è una personale prospettiva sul tutto della verità. Essa va perciò concepita come una sorgente a cui l'interpretazione attinge senza poterla mai possedere né esaurire. Quanto al secondo aspetto, la ragione non è tanto da concepirsi come misurazione del vero, criterio formale di razionalità, quanto come esercizio rischioso di libertà, che fa della condizionatezza storica la condizione e non l'ostacolo alla conoscenza. (...) La razionalità ermeneutica è perciò sempre una razionalità "in situazione" (e del resto l'ermeneutica non a caso si è costituita come uno sviluppo dell'esistenzialismo), ma questo essere in situazione (dentro una storia, un linguaggio, un'esigenza, ecc.) è al tempo stesso assunto come un radicamento ontologico, un radicamento nell'orizzonte dell'essere e della verità (...). Si ricollega a ciò l'interesse dell'ermeneutica per i temi estetici, capaci di far intuire questa complessa realtà; per la realtà del linguaggio, che rappresenta una sorta di medium che fa da orizzonte al nostro pensiero».

101 Husserl, *Diritto e tempo* cit., 104 s., colloca nel tempo presente il giudice, così individuando la principale differenza tra questo operatore del diritto e il legislatore, il quale invero è sempre proiettato verso il futuro.

102 Cfr. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche* cit., 285 s.

103 Cfr. R. Dworkin, *Taking rights seriously* (Cambridge 1997), *I diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di N. Muffato (Bologna 2010), spec. 272 s., il quale critica la posizione di quanti ritengono necessario alla sopravvivenza di uno Stato di diritto la rigida osservanza della legge così argomentando: «Non conosco alcuna prova reale in grado di dimostrare che la tolleranza della disobbedienza civile possa determinare un aumento, oltre che del rispetto per la posizione morale di chi disobbedisce, di tale disobbedienza o dei crimini in generale. La tesi si basa su vaghe presunzioni circa la contagiosità dei crimini comuni: presunzioni prive di fondamento ed in ogni caso del tutto irrilevanti. Sembra quantomeno plausibile affermare che la tolleranza accresca il rispetto per i funzionari e per la maggior parte delle leggi che essi applicano, o che essa ritardi il tasso di crescita delle trasgressioni».

Allo stesso modo il diritto non può trovare la propria legittimazione in sé stesso e in particolare in quelle norme auto poietiche che regolano il suo processo formativo ma in senso solo formale. Invero, il carattere della positività e, quindi, della effettività ben può appartenere a norme che, pur prodotte in spregio dei formalismi propri del sistema giuridico, nei fatti si dimostrano in grado di imporsi e di orientare la vita di una comunità¹⁰⁴.

Il diritto positivo, acquistando la propria piena concretezza soltanto nella decisione adottata *hic et nunc*, non si identifica con la norma di legge ovvero con la norma del diritto consuetudinario o giudiziale, «da quale è fissata con un contenuto generale e perciò è prodotta con un carattere non già concreto in senso materiale, bensì meramente formale – cioè: concettuale (...). La norma è unicamente una *misura* per molti *possibili* casi e, proprio per questo essa non è mai la *decisione* di un caso *reale*; dunque, la legge non è la realtà, bensì solo la possibilità del diritto – e affinché dalla legge scaturisca il diritto c'è bisogno di ulteriori mattoni»¹⁰⁵.

La norma giuridica, quindi, come forma prima di generalizzazione, traspone dal piano del reale a quello del giuridico interessi e bisogni di Ognuno, secondo la spinta genetica che il legislatore ritiene di dover recepire ed introdurre nell'orizzonte della società che è chiamato a regolare e che sarà, secondo la percezione dello stesso legislatore, la *migliore* tra tutte quelle che si muovono nella magmatica complessità sociale¹⁰⁶. Diversamente, il giudice opera per il presente e nel presente; la sua attività è strumentale ad applicare il diritto attraverso un'operazione essenzialmente analogica, di riconduzione del reale al giuridico attraverso la ricerca di rispondenze di senso essenzialmente linguistiche, che

104 In tal senso Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche* cit., 291-292, il quale avverte però che «la negazione della positività ad un sistema normativo legiferato e sanzionato è un'ipotesi limite, per la cui verifica non è sufficiente il divorzio tra i principi informativi dell'ordinamento e gli interessi reali della comunità se, malgrado ciò, le disposizioni dell'autorità riescono a trovare esecuzione».

105 Così A. Kaufmann, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. Carlizzi (Napoli 2003), 22 s.

106 Sempre Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche* cit., 292, ricorda che «è da considerare come il legislatore non abbia un ufficio meramente dichiarativo di fronte alle esigenze ed agli interessi che si costituiscono e si fanno lice nella vita sociale. Se egli deve assecondare le inclinazioni più profonde ed essenziali che la società esprime, nello stesso tempo indirizza la condotta dei singoli verso il tipo di esistenza che reputa migliore e definisce per ciò regole che solo col tempo e sempre non pienamente incontrano l'adesione dei soggetti della comunità».

conclude il momento creativo della norma stessa, la cui positività risiede, pertanto, nella perdurante aderenza alla società nel cui tempo si inserisce il risultato interpretativo.

8. Conclusioni sul primo capitolo: il diritto riflessivo come fenomeno dialettico.

Tirando le fila del discorso e provando a sintetizzare l'indagine assiologica sin ora svolta, possiamo dire che il diritto è una realtà che, storicamente, accompagna ogni forma di vita socialmente organizzata. Da ciò l'inseparabilità del discorso giuridico dalle umane vicende e, al tempo stesso, l'estrema difficoltà di inquadrare il diritto in un'ottica che sia il più possibile imparziale, considerando poi che l'attività dell'inquadrare è pur sempre attività umana.

A seconda della prospettiva adottata, il fondamento del diritto viene rintracciato ora in un insieme di principi naturali ora nella normalità dei fatti ora nella positività della norma.

Questi tre macro-filoni – rispettivamente giusnaturalismo, giusrealismo e giuspositivismo – sono esemplificativi di altrettanti modi di intendere non tanto il diritto in sé quanto l'approccio dello studioso al diritto. Se il giusnaturalismo pretende di dominare il fenomeno giuridico svilendo il diritto positivo in nome di un'idea di *giustizia oggettiva ed eternamente ritornante*, il giusrealismo lo guarda nella sua dimensione storica e fenomenica, ponendo la soglia della rilevanza giuridica nella stessa *normalità dei fatti*, socialmente intesi; il giuspositivismo, infine, esprime forse l'utopia più grande: quella di dominare la realtà per il tramite di *automatismi e formalità* in grado di liberare il meccanismo giuridico da qualsiasi deriva umana foriera di arbitrarità.

Per il primo ordine di idee, il rapporto tra valori e norme si risolve nettamente a favore dei primi, posto che di giustizia oggettiva è possibile parlare solo a patto di ancorarla a principi che siano *fuori e al di sopra* del sistema giuridico, in grado di orientare rettamente l'agire umano. E poco importa che tali principi siano di origine divina, naturale o extra-sistemica in senso lato: ciò che conta è la loro fisiologica aspirazione all'eternità. Compito dello studioso sarebbe allora quello di rintracciare questi principi secondo metodologie e criteri

d'indagine di volta in volta diversi ma comunque caratterizzati da un altissimo grado di astrazione logica e concettuale, fortemente autoreferenziale, marcata da quello che chiameremo deficit di verificabilità.

Per il secondo ordine di idee, il diritto è una manifestazione storica della socialità umana: esiste ed è rilevante nella misura in cui la maggior parte degli individui componenti una società lo reputano tale. Non esiste una giustizia oggettiva, un'ideale di giustizia, ma solo una giustizia *effettiva e sostanziale*, una giustizia *razionale e prevedibile* ossia, in ultima analisi, identificabile come tale da parte di una comunità determinata dal punto di vista spaziale e temporale. In questa prospettiva il discorso assiologico e quello giuridico sono naturalmente coincidenti nella misura in cui il diritto viene spogliato di qualsiasi ambizione educatrice e si lascia trasportare dall'inarrestabile fluire storico dell'uomo come animale sociale. L'attenzione si sposta dal sistema al *metodo*, non rilevando più l'esistenza o meno di una pluralità di principi extra-sistemici da ordinare e ricondurre a sistema ma l'elaborazione di un metodo il più possibile affidabile ai fini dell'emanazione di *decisioni giuste*. Lo studioso del diritto avrebbe, così, il solo compito di elaborare una metodologia ermeneutica finalizzata alla comprensione del senso di giustizia di cui è intessuta la trama sociale in un dato momento storico. La giustizia formale perde di importanza fino, nei casi più estremi, a sfumare in un nulla di fatto quando l'unica fonte normativa viene identificata nella prassi.

Per la terza corrente di pensiero, viceversa, il diritto giusto è solo quello *giusto in senso formale*: in quanto espressione di una sovranità che implica rinuncia alla giustizia privata, il diritto è essenzialmente una scienza rispondente alla logica matematica che rende la gestione amministrativa della giustizia nient'altro che un automatismo perpetuante i canoni del patto sociale. Poste queste premesse il discorso assiologico diviene irrilevante e il rapporto tra norme e valori risulta del tutto sbilanciato in favore delle prime. Il diritto giusto diviene questione di mera tecnica: dalla formazione all'applicazione la norma non ha che da essere *formalmente legittima* perché l'unica idea di giustizia condivisa è quella, originale, relativa ai modi e ai limiti di esercizio della coazione da parte del sovrano. Da ciò l'idea kelseniana della destinazione giudiziale delle norme.

Questi tre grandi filoni si sono, poi, ulteriormente ramificati e, a volte, ricongiunti fino a creare una miriade di sotto-teorie e nuove concettualizzazioni. Particolarmente significative per l'attinenza agli sviluppi più moderni della teoria generale sono le teorie normativiste e quelle contrattualiste o del rapporto giuridico, pur se entrambe non incidono direttamente sul tema dei valori.

Quest'ultima teoria (quella contrattualista) si fonda sull'assioma della priorità logica e strutturale del rapporto giuridico rispetto al diritto, costruito a sistema. L'ordine giuridico sarebbe, pertanto, l'organizzazione logica della trama di rapporti di cui risulta composto il fenomeno.

Antitetica rispetto a questa concezione è l'idea che del diritto offrono gli istituzionalisti: come risultante dei rapporti di forza cristallizzatesi in una data società, il diritto si identifica in una architettura formale, composta da istituti, categorie e concetti essenzialmente utili a distribuire tra i rappresentanti del ceto dominante poteri e libertà.

Se la prima prospettiva incarna, per antonomasia, un approccio di tipo relativistico al diritto, anche dal punto di vista assiologico, la seconda è strumentale ad una riconduzione ad unità del fenomeno giuridico sia nella sua componente più evidente (quella positiva) sia nel sostrato valoriale che lo caratterizza.

Ora, che il diritto sia fisiologicamente organizzato a sistema non è dubitabile: l'ordine sta al diritto come la società sta all'uomo. Né pare dubitabile che tale ordine sia (generalmente) meramente descrittivo o, per dirla in altri termini, segua logiche insiemistiche di tipo geometrico fondate su somiglianze squisitamente fattuali. Le uniche forme della generalizzazione che denunciano immediatamente la propria natura valoriale sono i principi e le clausole generali che, sforniti del fatto, sono norme caratterizzate da una "nudità assiologica". Dietro l'apparenza, però, c'è sempre la sostanza e la sostanza del diritto sono i valori che lo abitano, siano essi esplicitati da concetti di matrice palesemente assiologica oppure incorporati a livello implicito in singole fattispecie.

Delle due teorie appena esposte è, pertanto, preferibile quella istituzionalista, orientata nel segno di obiettivi comuni perseguiti per il tramite dello strumento giuridico.

Senonché tale impostazione non è del tutto condivisibile nell'assioma che incorpora: quello della subordinazione del diritto – e, per il suo tramite, dell'intera società – a logiche imposte da una sorta di oligarchia politico-economica emergente all'esito di cicli storici caratterizzati da una fluidità particolarmente evidente e, per lo più, culminanti in esiti rivoluzionari.

Con ciò non si vuole dire che il diritto non subisca le pressioni della politica o del mercato, al contrario. Tuttavia, tale premessa non è convincente nella sua fatalità lapidaria per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché svilisce il sistema diritto ad un prodotto secondario di altri sistemi, per di più subordinandolo nel suo aspetto più essenziale – quello organizzativo e, di conseguenza, finalistico – a logiche lato senso distorsive degli stessi sistemi; viceversa, le interferenze tra diritto, politica, mercato, ma anche cultura, religione e via di seguito sono per c.d. connaturate a sistemi per loro stessa natura prossimi e dialoganti e, lungi dal rappresentare l'esito culminante di episodi distorsivi, incarnano lo strumento principe per garantire agli stessi sistemi una certa longevità. In secondo luogo, perché tali interferenze non si verificano solo in momenti storici particolarmente significativi tali da determinare l'insorgenza di necessità redistributive di poteri e libertà, ma sono una costante nella dimensione dinamica dei sistemi vicendevolmente interferenti e, come tali, sono rimesse nel loro concreto operare non solo (o non tanto) al soggetto che nel sistema diritto è preposto a cristallizzarne in modo più o meno definitivo i contorni (ossia il legislatore) ma a quello che è chiamato a conservarne la positività intesa, in ultima analisi, come attinenza alla realtà su cui incide (ossia il giudice). Ciò che è facilmente comprensibile alla luce della prossimità dell'interprete rispetto al fatto e in forza della natura essenzialmente pratica del diritto che, essendo chiamato a dare risposte ai bisogni di una determinata collettività, di certo non può pensare di rispondere (sempre e solo) a interessi di un gruppo.

D'altronde, sia il primo che il secondo motivo sono stati colti e considerati da chi si è fatto carico di ulteriormente sviluppare della corrente in esame, inglobando la questione della creatività ermeneutica all'interno delle dinamiche sistemiche descritte dagli istituzionalisti, non a caso compatibili sia con l'idea della positività ermeneutica (su cui *infra* – cap. II) sia con l'idea di un'interazione

tra diritto e prassi extra-sistemica ancorata a logiche relativiste di stampo, però, meramente concettuale-descrittivo e non anche concettuale-assiologico.

Il riferimento è, qui, al c.d. neoistituzionalismo che vede in Luigi Mengoni uno dei suoi rappresentanti più raffinati e all'avanguardia e che, perpetuando l'insegnamento del Maestro, chiameremo teoria del diritto riflessivo, inteso come diritto che riflette su sé stesso.

Luigi Mengoni aveva intuito che, al di là della dimensione statica del diritto nel momento del suo farsi proposizione, i rapporti di forza non esauriscono la parabola giustificante il fenomeno giuridico. L'idea di un diritto completamente avulso da logiche valutative, incastonato nel meccanismo sussuntivo proprio di una scienza che si esaurisce in mera tecnica non è più attuale e «il criptogiuridismo della dottrina positivista, che occultava il nucleo morale del diritto positivo dietro un sistema di concetti formali, non è più praticabile»¹⁰⁷.

La scienza giuridica deve rendere esplicita la propria funzione svelando l'architettura assiologica retrostante categorie, concetti e singole norme, ripensando il sistema del diritto come un insieme ordinato strumentale al soddisfacimento dei bisogni di una collettività. A nulla vale l'obiezione di quanti oppongono alla naturale dialettica del diritto il suo essere la risultante di rapporti di forza: ciò che può essere vero in un momento storico di cambiamento epocale e che può verificarsi nel momento in cui la norma viene partorita dal legislatore (che così tradisce, però, la propria funzione e spesso viola il criterio ermeneutico primario di unità o coerenza assiologica – su cui *infra* cap. III) non è senz'altro vero nel momento in cui la stessa norma trova concreta applicazione. La componente valoriale propria di ogni norma ne conforma la duttilità in punto di incompiutezza ossia di apertura a nuovi sviluppi. E tali sviluppi non possono certo trovare ancoraggio in ragioni ancorate a logiche oligarchiche poiché soggetto chiamato a farsene autore è un singolo individuo, pur istituzionalmente qualificato, ossia l'interprete.

L'interprete chiamato a dare attuazione alla norma solo occasionalmente può rivelarsi portatore di interessi della classe o del gruppo sociale dominante; quand'anche questo dovesse succedere (perché la precomprensione del giudice non è educata) il sistema contiene in sé strumenti correttivi di una simile

107 L. Mengoni, *L'insegnamento del diritto nell'Università Cattolica*, in Jus, 1997, I, 6.

distorsione nel segno dell'arbitrarietà e del caos consistenti nei diversi gradi di giudizio ossia i diversi gradi di giudizio e, strumentalmente, l'obbligo di motivazione.

Ciò non toglie, però, che l'interpretazione sia sempre atto creativo. «Più che al sapere tecnico (*poiesis*), l'interpretazione-applicazione delle norme giuridiche è accostabile al sapere che guida l'azione morale, la *phronesis*, la quale non può mai essere pienamente determinata in modo indipendente dalla situazione in cui si deve operare giustamente»¹⁰⁸.

In conclusione possiamo individuare quale tratto fondamentale del rapporto tra norma e valore la dialetticità che identifica anche il senso del sistema giuridico riguardato in un'ottica non già sostanziale ma funzionale, come congegno di riduzione della complessità secondo la logica dell'utile o dannoso¹⁰⁹.

Ogni norma è l'elaborato umano finale strumentale a regolare un insieme di fatti colti, per l'appunto, nella loro normalità ossia nella loro rispondenza ad un determinato valore. Il valore, di conseguenza, vive la sua dimensione statica come entità oggettiva e ideale, cristallizzata dalla norma e, in quanto tale, fissa l'orizzonte delle aspettative del diritto. Nella sua dimensione dinamica, invece, il valore da un lato si incarna nell'idea che di esso ha ciascun individuo e, dall'altro lato, si incarna in quei fatti coessenziali a dotarlo di un senso compiuto e, in ultima analisi, pratico.

Questi due momenti nel procedimento ermeneutico subiscono una sintesi tale da rendere pressoché indistinguibile il valore dallo standard, ciò che suggerisce, nello studio del metodo ermeneutico, di superare l'endiadi e ricondurre il valore all'unica dimensione che lo rende ri-conoscibile dall'interprete ossia quella oggettiva e sostanziale che Luigi Mengoni (ed altri con lui) attribuiva(no) al solo standard.

108 Così L. Nogler, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, Riv. Dir. civ., 1/2008, 44.

109 Cfr. N. Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, a cura di R. De Giorgi (Bologna 1995), 200 ss. Il presupposto è che «tutto il diritto sta in una relazione fondamentale con il problema della contingenza dell'agire umano, vale a dire, con il fatto inconfutabile che gli uomini possono agire anche diversamente da come ci si aspetta» né può eliminarsi tale tensione verso la contingenza e il non atteso che va, invece, razionalizzato e incanalato all'interno del sistema, recante in sé strumenti adeguati di reazione all'imprevisto. «La relazione tra sistema della società e sistema giuridico acquista così la forma di un collegamento non contingente di stati di fatto contingenti».

Così la ragione ermeneutica, intesa come ragione soggettiva ma non relativistica del conoscere e dell'interpretare, finisce per selezionare del diritto i caratteri essenziali da convogliare e includere nel discorso sul metodo ossia la storicità (come pertinenza all'essere) e la dialetticità (come perenne dinamismo).

Ciò che non comporta un'obliterazione della tensione all'assolutezza innegabilmente propria del fenomeno giuridico ma una semplice presa d'atto della praticità dello stesso tale per cui, quando si verifica una divergenza tra le condotte attese e quelle effettivamente realizzate, la tensione performativa del diritto implica sempre una riflessione del diritto su sé stesso. Lì, nel momento del conflitto tra diritto e realtà, si pone il problema di individuare la corretta reazione alla contingenza riconducendo l'inatteso all'interno di una logica di normalità.

Tale normalità, lo si è detto più volte, va individuata sulla base di un test di conformità del modello staticamente predisposto dal legislatore (valore) e quello socialmente riconosciuto come tale (*standard*). Verifica che, istituzionalmente, compete all'interprete, in quanto dotato della padronanza cognitiva migliore al fine del compimento della suddetta operazione. Ora, ben può accadere che anche tale strumento di regolazione della contingenza si traduca, esso stesso, in un'ulteriore contingenza; a tal fine il diritto si auto-normalizza predisponendo i tre gradi di giudizio e il congegno tecnico della motivazione, strumentale alla riduzione del pericolo di devianze. Ma tale rischio – peraltro calcolato – non può fondare un argomento finalizzato a negare la reale utilità dell'interpretazione: nel momento in cui il diritto passa dalla sua dimensione statica, in quanto istituzione, a quella dinamica, in quanto fenomeno, reclama la presenza oltre al fatto e alla norma di un terzo che di quel fenomeno possa far parte.

Il risultato finale è simile all'immagine di un pendolo multidirezionale che dal fatto torna all'idea e viceversa e dal diritto passa alla realtà, senza apparente soluzione di continuità. «Questa precisazione svela che la fenomenologia si svolge come un itinerario di progressione nell'interpretare il formarsi e il custodirsi della struttura intersoggettiva e triale del senso, in quanto formazione della storia del coesistere»¹¹⁰.

110 Così B. Romano, *Il diritto tra causare e istituire. Numeri del mercato e parole del diritto* (Torino 2000), 17.

CAP. II

LE FORME DELLA GENERALIZZAZIONE

1. La generalizzazione normativa e la positività ermeneutica

Nel primo capitolo si è tentato di ricostruire il rapporto tra norma e valore identificandolo in un rapporto autenticamente dialettico, nella misura in cui – abbiamo visto – ogni norma generalizza assieme al fatto anche un valore, binomio destinato a riprodursi nella realtà e, quindi, fisiologicamente bi-dimensionale.

L'aderenza della forma alla sostanza, soprattutto sul piano assiologico, è indice di giustizia intesa in senso reale o, per meglio dire, misurata sulla corrispondenza rispetto al consenso sociale. Resta, però, da comprendere come tale corrispondenza vada intesa: se in senso statico ovvero dinamico. Nell'un caso l'indagine circa la corrispondenza ad esigenze di una determinata comunità si esaurisce nella verifica della validità formale della norma stante la sua emanazione ad opera di un'entità democraticamente istituita qual è il legislatore. Nel secondo caso, invece, si pone un dubbio di opportunità, non residuando nessun'altro se non l'interprete a poter dar voce a tale consenso. E come ci ha insegnato la migliore dottrina, ogni volta che in dubbio è l'opportunità di una ricostruzione ma non la sua necessità il dubbio stesso va governato attraverso un'elaborazione metodologica che sia in grado di razionalizzarlo e renderlo governabile.

Erosa l'aurea di sacralità che ha accompagnato la scienza giuridica per un certo periodo di tempo, il rapporto tra diritto e giustizia è stato immediatamente percepito nella sua ineliminabile problematicità. Così, secondo una certa corrente di pensiero, ogni ordinamento giuridico, intriso della pretesa di dirigere, aspira a ricoprire il ruolo di *rectus ordo* operando una pianificazione sociale priva, di per sé, del carattere di "giustizia"¹¹¹ perché naturalmente compromessa dall'arbitrio

111 Il diritto, quale tipo di organizzazione normativa, non ha nulla di naturale e le istituzioni giuridiche, di tradizione romano-canonica, costituiscono espressione del potere politico di dominare le parole. «L'istituzione statale, versione secolarizzata del Dio legislatore, crea la regola attraverso le parole, ne disciplina l'uso e, riservandosi il ruolo di ermeneuta autentico, ne determina i significati (...) l'idea di Stato, nascosta nella

insito in ogni atto di creazione¹¹². Di giustizia si può parlare nella misura in cui essa venga intesa come tensione all'uguaglianza formale e alla razionalità sistemica, in modo tale che, dati determinati principi generali, l'operazione giuridica si svolga lungo binari predeterminati, tracciando un percorso verificabile, e il suo prodotto finale, immutate le variabili iniziali, sia meccanicamente ripetibile.

In quest'ottica, il diritto è, dunque, giusto in quanto intrinsecamente logico, rispettoso di sé stesso, capace di autoriprodursi e funzionare in maniera autonoma e secondo regole oggettive. Esso è però pure fisiologicamente parziale e insufficiente ad assolvere la funzione sua propria, cioè quella di giuridicizzare il multiforme reale, con il suo fluire incostante e scomposto¹¹³.

Ciò che induce a riflettere sul rischio di una progressiva divaricazione tra natura e sistema capace di costringere i consociati entro regole che questi non possono condividere né sentire come proprie¹¹⁴. E non si tratta di una divergenza solamente formale: la non corrispondenza tra regole e coscienza collettiva o, meglio, tra regole e coscienza individuale educata alla socialità implica, nel perdurare dell'osservanza dei consociati, il silenzioso soffocamento dell'individuo, di modo tale che la (più o meno) spontanea rinuncia a porzioni di libero arbitrio sottostante all'idea di una società democratica diviene mera

sua irraggiungibile Ragione o perdita nei meandri dei suoi Arcana imperii, risulta essere una astrazione che prendendo il posto sacrale (...) del Totem delle società primitive e occupando gli spazi «referenziali» delle religioni e dei miti, assume su di sé ogni discorso di legittimità». G. B. Ferri, *Il potere e la parola*, in *Il giurista artista della ragione*, a cura di L. Avitabile (Torino 2000).

112 Scrive A. Costanza, *L'argomentazione giuridica* (Milano 2003), 27, che non esiste un momento in cui qualcuno sceglie e pone una norma giusta ma questa, prodotta per dare risposta ad esigenze contingenti, ha bisogno di una costante opera di riadattamento secondo le condizioni culturali e spirituali del momento. In quest'ottica, il contenuto della norma diviene mutevole e necessita, per assumere la sua forma cogente, dell'interprete che è il soggetto cui in ultima analisi è realmente demandata la creazione del diritto.

113 S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto* (Milano 2006), 62 s. L'a. ritiene sintomatico in questo senso il moltiplicarsi infinito dei diritti, la superfetazione del giuridico che, nella sua ansia fagocitatrice e nella sua incapacità di inglobare il reale, ha dato vita ad una law-saturated society comunque imperfetta e lacunosa, tanto da reclamare un diritto «diffuso e mobile, che disegna una terra di tutti e di nessuno, e che può paradossalmente divenire strumento di liberazione da una regola obbligatoria che pretende di rinchiodare la vita in una gabbia giuridica».

114 J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo* (Bologna 1997), II, 1022 s.

soggiacenza ad un Potere che trova solo in sé stesso (e nella costante riaffermazione di sé) la propria fonte di legittimazione.

Poiché ambedue le realtà – fatto e diritto o essere e dover essere – esistono e non pare credibile l'idea di un mondo vitale non sistematizzato né, viceversa, un sistema del tutto impermeabile alla vita, l'obiettivo deve essere quello di contenere l'ambiente sistemico entro i limiti fisiologici del mondo vitale¹¹⁵.

L'ordinamento pone in essere diverse strategie per assicurarsi una certa aderenza alla naturalità: in primo luogo e inconsciamente, per il tramite della “vaghezza” del linguaggio giuridico, che implica un margine di elasticità più o meno ampio dei concetti espressi nelle norme giuridiche¹¹⁶; in secondo luogo, mediante l'astrattezza delle norme giuridiche che lo rendono in grado di dialogare con la magmatica complessità sociale¹¹⁷; in terzo luogo, con specifiche tecniche normative di formulazione evolutiva della fattispecie ovvero di determinazione degli effetti giuridici¹¹⁸.

Ciò che, tuttavia, ancora non è sufficiente a garantirgli un'aurea di coerenza immune da lacune. I fatti che le norme giuridiche sono preposte a dominare sono caratterizzati da una complessità mutevole che deriva dalla loro concretezza

115 A. Ferrara, *Modernità e razionalità nel pensiero dell'ultimo Habermas*, Fenomenologia e società, XII, 1, 1989, 19.

116 D. Antelmi, *Vaghezza, definizioni e ideologia nel linguaggio giuridico*, in *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, a cura di Garzone-Sandulli (Milano 2008), 89 s., la quale ritiene, appunto, che la vaghezza sia un carattere intrinseco dei segni linguistici, indispensabile tanto per preservare la ricchezza e la plasticità semiontica delle lingue quanto per garantire l'espressività e la creatività del linguaggio. D'altronde la vaghezza e, prima tra tutti, quella che investe il linguaggio giuridico è stata a più riprese ritenuta un fenomeno da emarginare, in deciso contrasto con l'esigenza di dare certezza al diritto. Così, si è assistito nel tempo ad un diverso atteggiarsi della scienza giuridica nei confronti della vaghezza linguistica e, parallelamente, ad un alterna simpatia per lo strumento utile a restringere la portata evasiva della vaghezza ossia la definizione, assunta essa la veste di definizione stipulativa, lessicale o di ridefinizione. Gli esiti della dialettica tra vaghezza e definizione sono destinati ad influenzare le sorti del discorso giuridico nel suo complesso, determinando l'insieme di pratiche che fondano il diritto attraverso l'emersione di significati socialmente rilevanti.

117 Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., 14 s., il quale parla in proposito di un'organizzazione sistematica imperniata su ruoli giuridici socialmente fungibili che si realizza attraverso la soggettività astratta e l'uguaglianza formale che permettono al diritto di adattarsi ad una serie amplissima di situazioni e di adattarsi ad un ambiente dinamico e in costante evoluzione.

118 Barcellona, *Clausole generali* cit., 15. L'a., a titolo esemplificativo, colloca nella prima delle due tecniche il carattere della patrimonialità perché un accordo possa qualificarsi contratto e nella seconda la commisurazione del risarcimento al danno effettivamente arrecato.

e storicità. La fattispecie, come forma prediletta di generalizzazione adottata dal nostro ordinamento giuridico, non può comprendere in se una volta per tutte il fatto: non può, in altri termini, da sola fornire all'interprete tutti gli strumenti cognitivi utili a riconoscere il fatto dalla prospettiva del diritto così da operare una riconduzione ad unità delle due contrapposte entità per il tramite di un'operazione meramente logica.

Il momento genetico del diritto positivo è, in questo senso, rivelatore: la «natura delle cose» e, quindi, la logica della materia che il diritto è chiamato a regolare, non è un'entità capace di autodeterminarsi esplicitando i propri effetti «per una sorta di magico automatismo (...) ma opera sempre per il tramite di una rappresentazione che di essa si fa la coscienza sociale storicamente determinata»¹¹⁹, promuovendo una certa visione dei rapporti sociali perché meglio di tutte le altre capace di adagiarsi sui principi generali (quelli sì) logicamente antecedenti all'ordinamento giuridico¹²⁰ in quanto manifestazioni normative di valori o tensioni finalistiche dell'ordinamento stesso che su di esse ha scelto di fondarsi.

In definitiva, lo strumento principe per garantire al diritto di preservare la sua dimensione “naturale” di strumento a servizio di una collettività cosciente è, dunque, un altro, ossia l'ermeneutica: demandando all'interprete, vivente tra i viventi, la concreta applicazione del diritto si posticipa la definitiva formulazione della regola giuridica così ponendola a stretto ridosso del reale¹²¹.

119 E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (Milano 1971), 320.

120 Betti, *Interpretazione* cit., 317 s. L'a. propone questo esempio: «in un ordinamento che riconosca la proprietà individuale, i rapporti economici e quelli di lavoro vengono valutati nella loro “logica” e “natura” in modo essenzialmente diverso che in un ordinamento comunistico; in un regime liberistico, che non ammetta se non un minimo di freni all'iniziativa dei singoli, quei rapporti vengono ravvisati nelle loro esigenze economico-sociali diversamente che in un regime di economia controllata, in cui l'iniziativa individuale sia subordinata ai superiori interessi della produzione e le esigenze della solidarietà sociale siano avvertite con maggiore energia». Cfr. anche G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne* (Paris 1946), 96-118.

121 Così si rende opportuno distinguere tra la disposizione che «è un enunciato del linguaggio delle fonti (...) ancora da interpretare» e la norma che, invece, si identifica con «una disposizione interpretata e, in tal modo, riformulata dall'interprete: essa è dunque un enunciato del linguaggio degli interpreti». R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti* (Milano 1998), 17 s. F. Modugno, *L'interpretazione giuridica* (Padova 2009), 296, ritiene che «la norma non è che il risultato della interpretazione di enunciati o testi normativi, il significato ad essi ascritto mediante l'interpretazione. In questo senso essa non preesiste all'interpretazione. Sono i testi normativi invece che preesistono. Il giudice

La decisione, quindi, non la norma, è il fine dell'argomentazione giuridica secondo la natura della cosa. Ciò che, in una certa misura, caratterizza *sempre* l'opera dell'interprete perché la generalizzazione operata a monte dal legislatore non necessariamente trova una corrispondenza autoevidente nella mutevole realtà.

L'interpretazione ha, infatti, una duplice funzione: quella di portare a compimento lo scopo ultimo del diritto, essendo funzionalmente votata alla sua applicazione (tanto se compiuta da un consociato quanto se posta in essere da un soggetto a ciò istituzionalmente chiamato) e quella, ben diversa, di permettere ad un sistema «operativamente chiuso» di essere altresì «cognitivamente aperto»¹²².

Tale apertura cognitiva del sistema è necessaria alla sua stessa sopravvivenza poiché senza di essa il diritto diverrebbe obsoleto ancor prima di essere vestito di dignità scritta. La salubrità del diritto dipende, infatti, dalla sua capacità di aderire al sistema in cui si inserisce e, al tempo stesso, dall'attitudine a rimanerne separato e distinto¹²³.

In questo senso l'attività interpretativa si pone da valvola di sfogo e strumento auto-poietico di un sistema doppiamente rigido: perché pensato per dare risposta ad esigenze contingenti e, quindi, intriso di riferimenti capaci di soffocare ogni illusione di eternità; perché costretto entro formule legislative intrinsecamente ellittiche e insufficienti ad esprimere la reale volontà del legislatore, che implicano sempre una trasfigurazione dei fenomeni reali.

Così vista, però, l'operazione ermeneutica sconta delle deficienze difficilmente colmabili, presupponendo una duplice finzione: che una corretta comprensione del diritto, ricavata secondo un metodo legittimo e in conformità con lo spirito dell'ordinamento, sia capace di svelarne l'intrinseca ragionevolezza – poiché il diritto non può pretendere qualcosa di ingiusto o irragionevole – e che la razionalità dell'interprete collimi con quella sociale, entità astratta derivante dalla somma delle coscienze delle persone ragionevoli del suo tempo¹²⁴.

si trova di fronte a testi, enunciati normativi preesistenti. Interpretandoli egli concorre a determinare la norma applicabile, per risolvere il conflitto o per decidere la controversia. In un (qualche) senso egli “crea” la norma, almeno “quella” che applica nella decisione».

122 N. Luhmann, *L'autoproduzione del diritto e i suoi limiti*, Pol. dir., 1978.

123 H. v. Foerster, *Sistemi che osservano* (Roma 1987), 51 s.

124 G. Teubner, *Die guten Sitten als Standard und Direktive* (Tübingen 1970), così carica il compito dell'interprete di una responsabilità ulteriore, quella di interiorizzare,

Ma il diritto, di per sé, non è indefettibilmente giusto e razionale – almeno nel senso assoluto con cui ne parlavano i giusnaturalisti – né la razionalità dell'interprete può identificarsi con quella sociale – anche ammesso che una tale entità sia ontologicamente ammissibile. La creazione del diritto è atto arbitrario, come pure, in una certa misura, la decisione, che è sempre il prodotto di una individualità. D'altronde, il linguaggio, sia esso giuridico oppure no, si esprime tramite i segni linguistici incapaci di “fotografare” una volta per tutte e in maniera certa un concetto¹²⁵ che, pertanto, ben potrà essere inteso diversamente da diversi soggetti che di tali segni si fanno lettori¹²⁶.

Pur se la dimensione essenziale del diritto si nutre del concetto di giustizia, di cui i principi generali costituiscono una specificazione, quella esistenziale consiste nella positività della norma ossia nella sua valenza precettiva all'interno di un ordinamento giuridico¹²⁷. Di modo tale che una norma ben potrebbe essere vigente senza perciò essere retta¹²⁸.

riproducendole, le idee di valore dominanti nella società. *Contra* K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. (Milano 1970), il quale per evitare derive individualistiche – consentendo al giudice di «dichiarare oggettivamente valida la sua concezione etica individuale» – riserva in via esclusiva tale compito al legislatore, legittimato a individuare il punto di vista etico dominante in virtù del principio di maggioranza rappresentativa.

125 J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. (Napoli 2010), 27 s., mette bene in luce la problematicità di regole espresse mediante quella particolare forma che è la norma giuridica. «Il modello di regolamentazione si esprime in una lingua che deve essere analogamente accessibile al problema oggettivo della situazione conflittuale di fatto. Non si presenta, dunque, una situazione logica di calcolo, nelle quale le affermazioni vengono rielaborate, conformemente ai dati, mediante un sistema di segni chiuso; esiste, invece, per la capacità di giudizio di chi applica il diritto, un ampio spazio, che il linguaggio tecnico del diritto e la lingua parlata convenzionale lasciano per il confronto cui si tende».

126 Carusi, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge* cit., 1690 s. L'a. porta come esempio della vaghezza relativa ai confini del concetto indicato dalla parola i concetti materiali «come i linguisti mostrano con precise rilevazioni empiriche, ogni parlante attribuisce confini diversi agli insiemi di oggetti denotati dalle parole “tazza”, “veicolo”, “edificio” e così via. Questo spiega che si dia ai margini – per così dire – di ogni fattispecie legale qualche inevitabile zona di incertezza: e questa è la radice di ciò cui in senso stretto ci si riferisce con le espressioni “interpretazione estensiva” o “restrittiva”». Cfr. F. Casadei, *Significato ed esperienza. Linguaggio, cognizione, realtà*, in *Semantica*, a cura di D. Gambarara (Roma 1999), 79 s.

127 A. Kaufmann, *Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie*, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1991, 147.

128 Nota è la critica di G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sopra legale*, in AA. VV., *Filosofia del diritto*, a cura di A.G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori (Milano 2002), all'approccio positivista, reo secondo l'a. di aver favorito la legislazione nazifascista in virtù della cieca convinzione che la legge è legge, così «rendendo il ceto dei giuristi inerme contro le leggi dal contenuto arbitrario e criminale».

Da ciò discende che la razionalità non è preesistente al diritto ma, al contrario, viene ideologicamente costruita su misura di questo¹²⁹ e che, latente e irrisolta, resta sempre la grande questione della «giustificazione complessiva»¹³⁰. Ciò non vuol significare che non può esistere un diritto o una frazione di esso rispondente ad una logica universale (a meno di non mettere in dubbio il concetto stesso di razionalità naturale come pure una parte della dottrina sembra fare)¹³¹, ma che diritto e natura o, meglio, diritto e giustizia non sono legati da un vincolo di subordinazione logico-gerarchica: possono coesistere armonicamente oppure no.

Tale circostanza sembra trovare conferma non solo nell'esistenza di una molteplicità di sistemi giuridici alcuni profondamente diversi tra loro – nella misura in cui risultano edificati sopra principi generali diversi – eppure parimenti “accettati” dai consociati la cui vita sono destinati a regolare, ma anche nelle aberrazioni che, storicamente, ogni società ha dimostrato di saper produrre¹³². In questo senso, pecherebbe di ingenuità una ricostruzione orientata alla ricerca della “naturalità” del diritto e di regole valide universalmente perché insite nell'oggetto disciplinato¹³³, così come quella che trasferisce la questione del fondamento del diritto positivo sul piano della sua validità¹³⁴: la realtà ci dimostra come soluzioni anche antitetiche tra loro possano trovare accoglimento in società orientate a principi e valori, di ordine morale, religioso o economico,

129 In tal senso si esprime P. Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident* (Paris 1999), 213 s.

130 L'espressione è di M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation* (Berlin 1967), 167.

131 N. Irti, *Nichilismo giuridico* (Bari 2004), passim. Ma v. A. Kaufmann, *Diritto naturale e storicità*, Jus, 1959, 16 s., il quale ritiene che esistano pochi principi giusnaturalistici da considerarsi eterni e che un ordinamento giuridico che dovesse fondarsi su principi contrapposti a questi perderebbe il requisito stesso della giuridicità, non sarebbe dunque “giusto”.

132 Cfr. J. Goldschmidt, *Problemi generali del diritto*, trad. it. a cura di T. Ravà (Padova 1950), 25 s.

133 Cfr. C. Gangi, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, n. 19, Arch., 89, 165, il quale ritiene che «i rapporti della vita, quando siano scrutati attentamente e analizzati minuziosamente in tutti i loro elementi, fra i quali hanno particolare importanza il loro scopo, le esigenze economico-sociali e gli interessi in giuoco, scoprono, ossia rivelano, essi stessi alla ragione umana la norma più adatta al loro regolamento».

134 Cfr. per tutti N. Bobbio, *Il positivismo giuridico* (Torino 1966).

anch'essi antitetici e che tra etica ed etica legalistica il confine nasce netto ed è importante che resti tale¹³⁵.

D'altronde, che la semplificazione del reale operata dal diritto sconti delle limitazioni dovute (anche) al carattere mutevole dell'ambiente cui è rivolta è cosa nota¹³⁶ e non si traduce in una mera denuncia dell'intrinseca contingenza del diritto positivo ma impone una riflessione sulla reale natura dell'interpretazione¹³⁷.

Parimenti, ritenere che la giustizia debba essere intesa «come osservanza razionale e oggettivamente intelligente di parametri a loro volta posti come premesse» è limitante nell'analisi del problema. Invero, né la giustizia cui deve tendere il giuridico può essere meramente formale né essa nella sua veste sostanziale appare quale un attributo del diritto positivo ma sembra trovare più adeguata collocazione sul piano della decisione¹³⁸. Questo perché, nella società

135 V. Scalisi, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto "giusto"*, in Eur. dir. priv., 2010, 2, 449 s., spec. 454-455, ritiene che, così intesa, «difficilmente può venire configurata ed elevata a fondamento di legittimità delle regole. Essa, piuttosto, appare se mai garanzia di legittimazione e quindi sinonimo di un'etica esclusivamente legalistica, secondo il noto brocardo "*non veritas sed auctoritas facit legem*" eletto – come noto – a principio cardine e criterio finale di decisione della giustificazione e obbligatorietà delle norme, da un vasto e risalente movimento di pensiero, da Hobbes, a Schmitt, a Kelsen. (...) E, tuttavia, come è stato autorevolmente osservato, mai come nel tempo presente l'Occidente, che pure ha nel suo codice genetico il pluralismo dei fori, dei piani normativi e delle sedi di giudizio, si è trovato a celebrare la nascita della norma ad una dimensione, della norma, cioè ad un solo foro, quello appunto del diritto positivo. Il che non può che apparire ancora più grave in un tempo, quale quello presente, nel quale sempre più spesso il diritto positivo si mostra come deviato dagli scopi che pure dovrebbero essergli propri, nonché connotato da fenomeni degenerativi e corruttivi a volte anche di non indifferente portata, sino ad assumere la conformazione (...) di un vero e proprio diritto "non naturale", di un diritto cioè che in determinati momenti e in particolari contingenze storiche non esita a prendere congedo da ogni istanza etica di giustizia». Cfr. anche R. De Stefano, *Il problema del diritto non naturale* (Milano 1955), 67 s.; N. Irti, *Il salvagente della forma* (Roma-Bari 2007), 68 s.

136 Cfr. Luhmann, *La differenziazione del diritto* cit.; M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso, Lineamenti di una teoria* (Torino 1997); Id., *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit.

137 Mengoni, *La questione del diritto "giusto" nella società postliberale* cit., 65 ss., in senso scettico rispetto al ruolo del diritto naturale, solleva dubbi e preoccupazioni legate anche alla complessità sociale e al relativismo etico dell'epoca moderna, che si traducono in una frammentazione assiologica difficilmente conciliabile con l'idea di un'interpretazione autorizzata ad attingere alla dimensione impalpabile dei valori, collocati in una dimensione sovra-positiva.

138 Esser, *Precomprensione e scelta del metodo* cit., 11 s. «Ogni diritto positivo dipende, nell'interesse della sua continuità, (...) dalla "aderenza alla vita" delle sue soluzioni. Per questo motivo, esso deve organizzare un sistema decisionale che corregga, rinnovi, affini e adatti per il futuro parti del programma di regolamentazione, finora riconosciute

postliberale, il modello del diritto regolativo ha fallito il suo compito, non riuscendo ad assorbire la crescente complessità del pluralismo etico, economico e culturale «sia perché le competenze conoscitive degli organi di statuizione delle leggi sono inadeguate, sia perché le procedure formali che sanzionano le scelte legislative non sono più in grado di fondarle, una volta screditata la concezione classica del principio maggioritario quale criterio necessario e sufficiente della verità. Oggi il criterio di legittimazione del diritto legale più generalmente accettato è il consenso sociale sulla congruenza dei contenuti normativi agli orientamenti di valore fissati dalla Costituzione. Ma le procedure parlamentari non sono attrezzate per la comunicazione intersoggettiva di giudizi di congruità a valori, non sono, in senso sociologico, procedure produttive di consenso»¹³⁹.

La giustizia è, pertanto, un attributo eventuale e derivato sia dell'uno che dell'altra e diviene *coerenza* rispetto al diritto o *condivisione* se rapportata alla decisione.

«La produzione del consenso, anzi della capacità di suscitare consenso, non è una garanzia di giustizia oggettiva in senso ontologico. Ma non si tratta neppure di questo. Piuttosto è essenziale la giustizia sociale, per la quale il consenso è l'unico indizio verificabile»¹⁴⁰.

Poiché, dunque, il punto focale dell'operazione ermeneutica è la ricerca del consenso sociale che solo può attribuire alla decisione la dignità di giustizia sostanziale, durante la fase interpretativo-applicativa il diritto dismette la sua originaria veste logica per assumere connotati tipicamente analogici e farsi portatore di istanze sociali. All'interprete spetta il compito di riprodurre dal di dentro la regola giuridica operando una comparazione tra il mondo giuridico e quello reale che nulla ha di propriamente logico, basandosi piuttosto sulla inconscia ricerca di *rispondenze* tra le due realtà in base alla *capacità percettiva* giuridicamente educata dell'interprete, sviluppatasi in un dato ambiente e in un dato momento storico.

ininterrottamente valide (...). Un tale sistema deve, di conseguenza, essere organizzato in modo tale che il potere giurisdizionale sia, di volta in volta, in condizione di interpretare e di strutturare, in modo attuale e illuminante, con gli elementi ordinativi, le fattispecie e i concetti del diritto e, nello "spirito" dell'ordinamento giuridico complessivo, i modelli di regolamentazione recepiti».

139 Così Mengoni, *La questione* cit., 65.

140 Esser, *Precomprensione e scelta del metodo* cit., 22.

D'altronde, delle molte facce di cui si compone una norma destinata prevalere non è quella rigidamente imperativa ma quella funzionale¹⁴¹: «la norma giuridica racchiude in sé quel rimando alla giustizia e alla significatività, che solo giustifica la sua pretesa di obbligatorietà in modo tale che una soluzione, chiaramente ingiusta nei suoi esiti, non può essere intesa come “volontà della legge”». Da ciò deriva che la norma «non potrebbe adempiere ai suoi compiti di regolamentazione in una molteplicità illimitata, temporalmente e socialmente, se si appellasse semplicemente al mantenimento di una volontà legislativa e se non si trovasse in un contesto di comprensione tale che le permettesse di desumere i necessari indirizzi della coscienza e i modelli decisionali dai concetti da lei utilizzati, e da altri valori semantici, in un atteggiamento comprensivo, di volta in volta, attuale. La norma, intesa come regolamentazione non descrive nulla e non ordina nulla, essa indica come viene “inteso” l'indirizzo, come vanno intese le regole del rapporto giuridico»¹⁴².

In questo senso, scongiurato il pericolo di un diritto positivo che regola le umane vicende «in regime di ostentata e autoreferenziale solitudine», all'esigenza

141 Così già Betti, *Interpretazione* cit., 113 s. Rompendo con la tradizione positivista, l'investe di nuova dignità l'interprete – salvo poi relegare la funzione dell'interpretazione a quella di creazione secondaria e complementare, subordinata solo alla volontà del mitico legislatore e non della norma, che ne costituisce mera oggettivizzazione – componendo in un'inedita armonia la nomogenesi e l'interpretazione storica, ambedue momenti funzionali all'opera di disvelamento dello “spirito” della norma, esplicativo di valutazioni implicite nella norma stessa. Così, se è vero che ogni norma sottintende un conflitto di interessi già bilanciato dal legislatore, altrettanto vero è che ogni bilanciamento esprime una sintesi tra determinati valori. All'interprete compete ricostruire il panorama storico in cui la norma è stata creata per poi carpire l'assetto valoriale che essa sottintende sì da attualizzarla, trasponendo la rigida formola legislativa nella viva attualità che essa è destinata a regolare. Il diritto e, in particolare quello privato, nasce per risolvere (o prevenire) conflitti d'interessi ed ogni norma contiene in sé il risultato di un bilanciamento operato, a priori, dal legislatore. Compito dell'interprete è quello di ricostruire gli interessi presi in considerazione dal legislatore nella loro entità tipica, desumere il criterio di risoluzione del conflitto immanente nella norma e, infine, verificarne la compatibilità con il sistema sul quale il risultato dell'operazione ermeneutica è destinato ad incidere, di modo tale che la ratio della norma estrapolato attraverso un'interpretazione teleologica possa essere adattata e trasposta nella viva attualità senza il rischio di pericolose degenerazioni in senso soggettivistico. Solo in questo modo, è possibile conciliare le opposte tensioni che agitano il substrato di un ordinamento giuridico fondato sul diritto positivo e quindi soddisfare sia l'interesse statico alla stabilità, alla conservazione e alla certezza del diritto sia l'esigenza dinamica di rinnovamento nell'indirizzo dell'evoluzione sociale. «Non potrebbe altrimenti il diritto, che è essenzialmente forma, dominare e permeare la fluida materia della vita sociale cui si sovrappone né raggiungere la necessaria trasparenza e intellegibilità».

142 Esser, *Precomprensione e scelta del metodo* cit., 39.

sempre sentita di un diritto naturale può facilmente supplirsi ricorrendo al concetto di «positività ermeneutica», ossia introitando il momento interpretativo nel processo di produzione della norma. Solo l'interprete, immerso nella concretezza storica del singolo caso da regolare, è capace di rendere «sostanzialmente e non solo formalmente positivo un diritto»¹⁴³.

Sotto la «pesante bardatura» delle sovrastrutture imposte all'attività interpretativa¹⁴⁴, la giurisprudenza non risponde alla mera esigenza di *ius-dicere* ma svolge un'attività valutativa di *ius-facere*, sforzandosi di trattare in modo eguale gli eguali e diverso i diversi, nel perseguimento di quell'istanza di uguaglianza sostanziale che non può prescindere da una certa dose di elasticità del linguaggio utilizzato¹⁴⁵.

Così il diritto, sia esso imprigionato e messo a nudo da norme che aspirano all'analiticità ovvero appena tratteggiato nelle sue linee essenziali, assolve la funzione sua propria mediante la parola ermeneutica che è sempre un atto di creazione¹⁴⁶.

Ciò che vale, soprattutto, con riferimento a quelle norme dalle quali non sia possibile desumere un giudizio di valore univoco. In questo caso, infatti, non tutti i diversi risultati offerti in produzione dall'interprete sono equivalenti,

143 Così Scalisi, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto giusto* cit., 471, il quale richiama il pensiero di T. Ascarelli, evocativo nell'opera *Antigone e Porzia*, in *Problemi giuridici*, t. 1, (Milano 1959), 5 s., «laddove ci avverte che nel conflitto tra la regola, che si ritiene conforme a ideali principi di giustizia, e la legge, che invece si è discostata da tali valori, non c'è soltanto il trionfante (benché nell'immediato perdente) sacrificio di Antigone, ma anche e soprattutto l'intelligenza e la sottigliezza interpretativa di Porzia, che adatta e adegua il patto, e così riformula la regola applicabile, ricreandola». In questo senso si può parlare di positività «non come *Setzung*, ma come *Konkretisierung* attraverso l'interpretazione/applicazione». In questo senso l'interpretazione diviene il luogo in cui si realizza il senso del diritto.

144 L'espressione è di Carusi, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge* cit., 1690, il quale si riferisce, ad esempio, alla netta contrapposizione tra interpretazione estensiva ed analogica, ai rigidi confini che delimitano le leggi speciali (o presunte tali) tenendole separate e distinte da quelle eccezionali, etc.

145 Ciò che trova conferma nella pressoché totale assenza di definizioni nel nostro codice civile; scelta, quest'ultima, e non casualità, capace di produrre esiti importanti sul discorso giuridico. Un ordinamento che rinuncia ad avvalersi dello strumento definitorio o descrittivo evita tentativi di manipolazione del reale, lasciando all'interprete il ruolo di intendere il maniera "normale" la nozione non definita e i rapporti tra quest'ultima e l'insieme del sistema di pensiero. Cfr. C. Perelman - L. Obrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. (Torino 1966), 224.

146 G. Benedetti, *Diritto e linguaggio. "Variazioni sul diritto muto"*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 151.

poiché il dover essere giuridico è uno ed uno soltanto – «non essendo pensabile che possa darsi una doppia giuridicità, una naturale e un'altra non naturale, ossia positiva»¹⁴⁷ – e riemerge prepotente il problema della certezza e imparzialità del diritto.

In generale può ben dirsi che, ispirata all'ideale della «coerenza dinamica» e della «congruenza oggettiva», l'ermeneutica si carica di un ruolo integrativo che «ricollegandosi alla nomogenesi, assume rispetto ad essa carattere complementare, esplicativo di valutazioni già implicite»¹⁴⁸. Tale conclusione appare però meno calzante laddove all'attenzione dell'interprete si pongano quelle particolari norme giuridiche caratterizzate da una vaghezza tale, sia sotto il profilo «quantitativo» sia sotto il profilo «qualitativo», da assumere le sembianze di contenitori di concetti ossia i principi e le clausole generali.

Principi e clausole sono da sempre al centro di accesi dibattiti costituendo un oggetto di studio particolarmente complesso, difficilissimo da capire e inquadrare¹⁴⁹. Entrambi pongono un duplice ordine di problemi: da un lato,

147 Così Scalisi, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto giusto* cit., 472, il quale, sostanzialmente richiamando gli studi di Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto* cit., alloca modi e forme del progressivo formarsi della giuridicità su diversi livelli e sfere della fenomenologia del mondo, inquadrando il diritto in una cornice assiologica e subordinandone la positività al riconoscimento della sua dimensione storico-reale.

148 Betti, *Interpretazione* cit., 111. Cfr. Heck, *Gesetzesauslegung u. Interessenjurisprudenz* cit., 96 s.; Müller-Erzbach, *Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines causale Rechtsdenkens* cit., 133 s. *Contra* Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation* cit., 11 s., secondo il quale, nel caso in cui una norma sia suscettibile di più interpretazioni, non esiste un criterio di preferenza desumibile dall'ordinamento giuridico dato. Pertanto, non solo le diverse interpretazioni si equivalgono ma il giudice, nell'applicarne una piuttosto che un'altra, compie un atto di politica legislativa scegliendo quella che, secondo la sua personale opinione, più si confà a realizzare la giustizia nel caso singolo.

149 Cfr. A di Majò, *Delle obbligazioni in generale*, in Commentario Scialoja-Branca (Bologna-Roma 1988), 305 s., il quale denuncia l'attitudine degli studiosi che si sono dedicati alla questione di evitare definizioni in positivo rifugiandosi nel più confortevole compito di rintracciare il contenuto negativo delle clausole generali. Ma v. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo* cit., 55 s., il quale colloca le clausole generali all'interno dei concetti indeterminati che necessitano, per loro stessa natura di un'integrazione valutativa «o che addirittura rinunciano a ogni, per quanto modesto, nucleo concettuale e si offrono al giudice come norme in bianco o clausole generali per un giudicare libero da fattispecie». «In tutta la diversità di questa normazione indeterminata, la caratteristica comune è l'autorizzazione, anzi la prescrizione di chi applica il diritto, mediante la legge, di formare da sé, in un certo senso, la parte rilevante, che serve qui da premessa maggiore dell'applicazione del diritto sillogistica, per mezzo di un intervento anche su parametri non positivizzati». «Il concetto indeterminato non ha la particolarità di essere una caratteristica della fattispecie con confini fluidi o con un margine concettuale

costringono l'interprete ad interrogarsi sulla loro natura, indagine tanto più complessa laddove si pensi che le clausole presentano le caratteristiche proprie di strumenti di costruzione alternativa della fattispecie reclamando, al tempo stesso, un'autonomia concettuale di matrice assiologia; dall'altro lato, inducono a riflettere sul rapporto tra sistema giuridico e realtà, ben potendo, sotto la scorta di adeguate motivazioni, assumere le vesti tanto di norme estroflesse quanto di norme introflesse.

I principi presentano rispetto alle clausole tratti identificativi più marcati, sia per la loro origine storica – chiaramente ispirata a logiche naturalistiche e di recupero del consenso sociale – sia per la fisiologica prossimità al sistema etico in quanto fonti del diritto vaghe e collocate in posizione apicale. Inoltre, in negativo, risultano più facilmente caratterizzabili stante il loro apparire antitetici rispetto alle regole.

Si tenterà, pertanto, preliminarmente di distinguere tra principi e regole per poi delineare un quadro coerente di tutte le forme della generalizzazione normativa.

2. Principi, clausole generali e regole: una prima distinzione sul piano strutturale.

Quando si parla di formulazione giuridica si fa riferimento ad una forma della generalizzazione (per l'appunto giuridica) in forza della quale, attraverso un procedimento logico, separando l'azione dalla volizione, si astrae dalla stessa azione concreta un modello o tipo ideale che viene, di conseguenza, concepito come tipico o normale. Se a tale formulazione giuridica si associa la tensione conformativa dell'ordinamento giuridico sul reale, che normalmente si esplica per il tramite degli effetti, ecco che si ottiene la norma¹⁵⁰.

particolarmente ampio, secondo la rappresentazione oggettiva della sussunzione, ma la preformazione legale, che qui manca, e l'atto di delega al giudice, che comunque esiste, costringono chiaramente il giudice a intraprendere egli stesso questa delimitazione dei contorni secondo parametri del bon sense, della giustizia, della ragione, dei costumi del traffico, in breve la precisazione della norma è ufficialmente affidata al giudice».

150 Cfr. W. Cesarini Sforza, *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1934 e ora in *Idee e problemi di filosofia giuridica* (Milano 1956), 20 ss.

Posto che la norma giuridica è sempre portatrice di un valore d'azione – di un valore, dunque, che è contemporaneamente oggettivo e sostanziale e che, in linea di massima, si pone sullo stesso piano dei bisogni – occorre operare una distinzione tra norme giuridiche che assumono la veste di regole e norme che, invece, presentano i tratti propri del principio.

Molto è stato detto sul tema. «Il più rigoroso relativismo è quindi d'obbligo quando ci si avventura nell'esame della formula e nella ascrizione di un principio ad una categoria, nella qualificazione di una enunciazione come principio»¹⁵¹.

A seconda dei punti di vista e della appartenenza ideologica dell'autore all'una piuttosto che all'altra delle concezioni del diritto (come sommariamente declinate nel primo capitolo) il principio è ora preesistente al diritto e riconducibile alla naturale ragionevolezza ora una norma di secondo grado desumibile o inducibile dalle regole che ne rappresentano una specificazione ora una regola caratterizzata da una particolare vaghezza sia sotto il profilo del dover-fare sia sotto il profilo del dover-essere del valore giuridico in essa incorporato¹⁵².

I principi appaiono poi ad alcuni non distinguibili rispetto ad altri strumenti della logica giuridica che con essi presentano delle innegabili affinità, come lo standard e la clausola generale¹⁵³.

Ulteriori sotto classificazioni distinguono, poi, tra: principi inespressi (ricavabili induttivamente dalle regole) e principi fondamentali o espressi; principi supremi o primi (che sono contenuti nella Carta Costituzionale) e principi secondi (collocati nei gradini inferiori della gerarchia delle fonti); principi assiomatici (posti dal legislatore) e principi dogmatici (di derivazione giurisprudenziale e condensati in *regulae iuris*); principi dogmatici e principi problematici (ossia dotati o meno di una certa controvertibilità in dipendenza di determinate variabili); etc.¹⁵⁴.

Per ciò che qui interessa il principio verrà inteso come forma della generalizzazione normativa e, in quanto tale, come una formulazione esplicita ad

151 G. Alpa, *Il contratto in generale*, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger (Milano 2014), 420.

152 Cfr. A. Falzea, *Relazione introduttiva*, in Atti dei convegni lincei (Roma 1992).

153 Cfr. G. Parodi, *Le fonti del diritto. Linee evolutive* (Milano 2012).

154 Cfr. in generale AA. VV., *Atti dei convegni Lincei* cit., passim.

opera del soggetto istituzionalmente preposto a crearne ossia il legislatore. In quanto, poi, espressioni del c.d. diritto naturale minimo in quanto portatori di valori morali, i principi verranno identificati con enunciati normativi incorporati dalla Costituzione¹⁵⁵. Le ulteriori sotto classificazioni, utili a delinearne il profilo strutturale e quello funzionale verranno esaminate nella misura in cui emergeranno nel tentativo di distinguere tra principi e regole, prima, e tra principi, regole e clausole generali, poi.

Da un punto di vista statico o gerarchico, la differenziazione tra principio e regola si coglie senz'altro nel fatto che il principio «è il pensiero, l'idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in una specifica formulazione»¹⁵⁶. Essi non pongono un problema di ordine meramente semantico, quale norme più vaghe di altre¹⁵⁷, ma integrano precetti di ottimizzazione (*Optimierungsgebote*) e, dunque, sono «norme che prescrivono che qualcosa sia realizzata nella misura più ampia possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali»¹⁵⁸.

Dalla apicalità della funzione si desume anche la necessaria apicalità della tassonomia: i principi sono norme poste al vertice del sistema giuridico che, per la sola ragione di appartenervi, conferiscono un nuovo modo di validità a valori morali senza dismetterne lo *status*¹⁵⁹. È un modo di validità che si sostituisce all'imperatività originaria di ogni precetto morale e che, di conseguenza, trova in essa le proprie radici. Così si risolve, almeno in parte, il problema del fondamento del diritto perché con la positivizzazione dei valori morali per il

155 Cfr. L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2001, 92.

156 Così Betti, *Interpretazione* cit., 311, il quale così introduce il suo modo di concepire i principi generali di diritto esprimendo una dura critica nei confronti degli “spiriti conservatori” ancorati ad una concezione obsoleta, in base alla quale «principi sono le norme, scritte e non scritte, dalle quali logicamente derivano le norme particolari (anche queste scritte e non scritte) e alle quali, inversamente, si perviene risalendo da queste ultime». Così V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico (Pisa 1943), 240.

157 Anche perché nessuna norma «rappresenta un criterio di giudizio talmente rigido da non lasciare mai adito alla minima incertezza tra la sua applicabilità e la sua non applicabilità a un qualche caso concreto. Sotto una prospettiva semantica, la rigidità e la flessibilità costituiscono dunque caratteristiche graduabili: non ci sono norme rigide e norme flessibili; ci sono soltanto norme più o meno rigide». Così C. Luzzati, *Principi e principi. La genericità nel diritto* (Torino 2012), 125.

158 Così R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt am Main 1994), 72 s., per il quale, al contrario, le regole «possono sempre solo essere adempiute o non adempiute».

159 Mengoni, *Diritto e tecnica* cit., 92.

tramite di principi generali l'ordinamento trae da un diverso sistema – peraltro fortemente connotato in senso pluralista e ontologicamente fondato sul rispetto della persona – il prodotto già formato di un'opera di bilanciamento tra contrapposte individualità e interessi confliggenti.

Non pare, a chi scrive, condivisibile la tesi della distinzione debole tra regole e principi, basata sull'osservazione che, a ben vedere, tanto le une quanto gli altri posseggono le stesse caratteristiche, differenziandosi solo nel *grado* di prevalenza di una caratteristica sull'altra: «così, i principi sarebbero norme più generiche, più aperte ad eccezioni implicite rispetto alle regole, avrebbero una maggiore dimensione di “peso”, sarebbero ragioni meno conclusive e così via»¹⁶⁰.

Neppure pare, tuttavia, esaustiva una distinzione “forte” tra regole e principi¹⁶¹ basata su considerazioni ora meramente strutturali ora squisitamente funzionali, dovendo necessariamente concorrere entrambe nella definizione della diversità di categorie giuridiche.

Accantonata la teoria della “genericizzazione” in forza della quale «i principi (generali) stanno alle norme particolari come il più sta al meno, come quello che è anteriore e poziore, a quello che è posteriore e conseguente»¹⁶², appare opportuno rammentare che il principio può presentarsi come condizione sufficiente ma non necessaria o come condizione necessaria ma non sufficiente o, ancora, come condizione necessaria e sufficiente del contenuto di una determinata regola o clausola generale. In alcuni casi, ogni regola (o clausola) risulterà portatrice di vari principi, senza la possibilità di individuarne la causa per sé. «La questione va affrontata di volta in volta realizzando una *inventio medi* secondo il metodo analitico (...) che, data una conclusione, consente di trovare

160 Così G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale* (Bologna 2010), 52-53. Tra gli esponenti della distinzione debole cfr. anche L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti-V. Velluzzi (Torino 2008) 173 ss.; H.L.A. Hart, *Postscript*, in Id. *The concept of law* cit.; P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in Id., *Assaggi di metaetica due* (Torino 1998), 81 ss.; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti* cit.

161 Cfr. Dworkin, *I diritti presi sul serio* cit., R. Alexy, *On the structure of legal principles*, in *Ratio Juris*, vol. 13, 2000, 294 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia* (Torino 1992); F. Modugno, *Principi e norme. La funzione imitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in Id. (a cura di) *Esperienze giuridiche del '900* (Milano 2000); Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 310 ss.

162 Così Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto* cit., 240.

le premesse dalle quali essa deriva»¹⁶³. Si tratta del c.d. metodo “idealizzazionale”, che predica la necessità di una de-formazione e ri-formazione del contenuto della regola realizzabile attraverso una caricatura ideale dei dati iniziali¹⁶⁴.

In punto di costruzione dell’impianto giuridico, quindi, i principi fungono da pilastri dell’architettura del diritto assicurando una certa aderenza tra il sistema, al cui interno aleggiano i presupposti impliciti del discorso normativo, e la realtà che esso è destinato a regolare, oltre a garantire la compatibilità logico-funzionale tra sistema giuridico e ordinamento, di cui i principi costituiscono l’apice ideale.

Sotto il profilo strutturale, poi, i principi si caratterizzano perché «non indicano conseguenze giuridiche che seguano automaticamente allorché si diano le condizioni previste»¹⁶⁵ ma individuano un programma di scopo¹⁶⁶. Mentre le regole, sia pure quelle declinate secondo lo schema delle norme generali, sono strumenti normativi utili ad una conformazione legale della fattispecie – di modo tale che il modello di decisione è offerto all’interprete completo tanto di premessa maggiore quanto di premessa minore – i principi sono «premesse maggiori di deduzione, nella forma del sillogismo apodittico, di regole di

163 Costanzo, *L’argomentazione giuridica* cit., 79, nota 7, il quale si rifà, citandolo, ad Aristotele, *Analytica Priora*, A 30, 46 a 16.

164 La forma di un discorso è tanto più semplice quanto più questo ha aspirazioni idealizzanti; al contrario, quando il discorso vuole cogliere il particolare restringe il suo ambito di applicazione e assume una formulazione complessa. «Per questa ragione, la regola tende ad essere più composita del principio in essa insito e, a sua volta, la fattispecie normativa astratta descritta nella regola è più semplice della concreta fattispecie storica che sotto di essa va a sussumersi». Così Costanzo, *L’argomentazione giuridica* cit., 80-81, nota 9.

165 R. Dworkin, *Taking rights seriously* (Cambridge 1997), trad. it. I diritti presi sul serio a cura di Rebuffa G. (Bologna 1982), 90 s.

166 Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica* cit., 126 s. identifica i principi come «specie del genere norma giuridica (...). Le regole stabiliscono un programma condizionale, che si attua interamente ogni volta che la regola riceve applicazione. I principi delineano un programma di scopo, che deve essere attuato nella misura massima compatibile con le possibilità di diritto e di fatto esistenti *hic et nunc*». L’a. precisa poi che gli enunciati di principio non sempre sono privi di fattispecie. «Questa caratterizzazione è accettabile solo come formula ellittica, nel senso (relativo) che i principi non hanno una fattispecie dotata di valore deduttivo: il loro modo di applicazione non è la sussunzione» ma quella del bilanciamento di interessi. *Contra* Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto* cit., 236, secondo il quale i principi generali del diritto, siano essi cristallizzati in enunciati normativi ovvero astrattamente ricavabili dal diritto positivo, hanno valore di principi assiomatici o dogmatici e, in quanto tali, non sono soggetti a bilanciamento.

decisione nell'ambito di categorie più o meno ampie di fattispecie»¹⁶⁷. Si assisterebbe, pertanto, nelle decisioni formulate *applicando* principi generali ad un completamento giudiziale della norma giuridica. In questo senso, la discrezionalità che l'ordinamento riserva all'interprete chiamato a concretizzare un principio piuttosto che una clausola generale appare diversa da quella che normalmente caratterizza la decisione secondo il meccanismo sotteso alle regole: mentre, infatti, in quest'ultimo caso la norma, più o meno vaga, implica una discrezionalità di mero fatto dell'interprete, nel caso di principi o clausole generali l'ermeneutica diventa essa stessa fonte del diritto¹⁶⁸.

Ciò accade proprio perché della norma nei principi generali come nelle clausole generali non rimane che il nucleo duro ossia il giudizio di valore, mancando il meccanismo proprio della fattispecie, intesa quale forma della generalizzazione completa di tutti gli elementi necessari alla produzione di un determinato effetto giuridico¹⁶⁹. Il programma portato dai principi viene perseguito per il tramite di una virtualità e una forza di espansione non già di indole logica e dogmatica bensì di indole valutativa e assiologia¹⁷⁰. Nel ragionare per principi o clausole, quindi, l'interprete si trova sfornito di un medio che normalmente il sistema gli mette a disposizione per completare l'opera di sussunzione, essendo impossibile far collimare il modello astratto o legislativo con quello reale per il tramite di un'opera di disvelamento della fattispecie concreta.

167 Cos L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Riv. crit. dir. priv., 1986, 15 ss. e in Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, vol. III, Il principio di buona fede, Milano, 1987, 10 s.

168 Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali* cit., 9. Cfr. anche W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung* (Tübingen 1977), IV, 316.

169 Così D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari* (Milano 1939), 1 s.. Per comprendere appieno la ragione del discrimine è necessario preliminarmente ricordare la distinzione declinata dalla migliore dottrina tra fattispecie astratta o legislativa e fattispecie concreta, da un lato, e tra fattispecie concreta e fattispecie reale, dall'altro lato. Delle tre solo la prima assume a componente vera e propria della norma; la fattispecie concreta è, invece, una fattispecie corrispondente a quella astratta ma pensata nel suo storico divenire. «Essa si distingue dalla fattispecie legislativa perché non è concepita come parte costitutiva della norma; ma torna ad accostarsi alla fattispecie legislativa, perché anch'essa è semplicemente pensata, ed anch'essa è, in un certo senso, un'astrazione». La fattispecie reale, infine, è collocata in un preciso ambito spazio temporale tale per cui essa tra le tre appare priva di una qualsiasi parvenza di astrazione.

170 Così Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* cit., 317.

Da questo punto di vista principi e clausole generali si equivalgono: entrambi offrono all'interprete un paesaggio virtuale dominato da un valore, a sua volta inteso come fine o bisogno collettivo che, varcata la soglia della rilevanza giuridica, entra a far parte del portafoglio di concetti da dominare. Le forme della generalizzazione diverse dalle regole, in altri termini, si caratterizzano come forme di astrazione puramente assiologiche: ciò che viene generalizzato non è il fatto accompagnato dal valore o bisogno dell'agire libero ma il valore nella sua nudità. Del valore, però, non è mai possibile una conoscenza diretta poiché il soggetto è incapace di coglierne la premessa maggiore ossia, in ultima analisi, la verità. La conoscenza del valore si struttura, quindi, secondo il modello della vero-simiglianza che, a sua volta, postula un confronto dialettico tra due entità, una ideale e una reale, razionalizzabile per il tramite del medio rappresentato dall'argomentazione intesa quale mezzo di dimostrabilità (non della verità ma) della stessa vero-simiglianza¹⁷¹. Ovviamente, la verità dei valori così ricavata è per sua natura costantemente esposta al rischio della confutazione, pur trovando un ancoraggio nella dimensione oggettiva della inter-soggettività, capace di dotare questa possibilità di una verità *beyond a reasonable doubt* «almeno sufficiente per garantire “una fondazione ultima di ordine morale” all'adozione di regole di condotta da parte dell'individuo»¹⁷². Inoltre, al pari di quanto accade per il comando normativo, l'imperatività morale dei valori non è data una volta per tutte ma muta a seconda del contesto socio-culturale cui di volta in volta ci si riferisce; ed anzi, la mutevolezza delle regole morali è ancora più fluida rispetto a quelle giuridiche poiché le prime sono sfornite financo di quella “cornice” naturale rappresentata dalla norma in senso statico.

In ogni caso, mentre nei principi e nelle clausole è certa l'assenza di un'opera di generalizzazione del fatto, non altrettanto certa è la mancanza dell'ulteriore componente tipico della norma, ossia l'effetto giuridico. Ed anzi, a disarticolare la struttura dogmatica propria della fattispecie come consegnataci dalla tradizione giuridica sta proprio la circostanza che associa a forme della

171 Cfr. G.W. Leibniz, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, trad. it (Torino 2000) 445 ss., il quale ancora la dimostrabilità della vero-simiglianza a argomenti ricavati dalle cose mediante ragionamento.

172 Così Nogler, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni* cit., 67-68. L'a. cita tra virgolette lo stesso L. Mengoni, *Intervento*, in *Le ragioni del diritto. Teoria giuridica ed esperienze applicative* (Milano 1997), 46, esaltandone il cognitivismo moderato.

generalizzazione affini sotto il profilo appena tratteggiato (quando non addirittura identiche) effetti giuridici completamente diversi.

3. Le “due morali” del diritto: principi, clausole generali e regole dal punto di vista funzionale per un diritto come scienza pratica.

Un ulteriore elemento distintivo tra forme della generalizzazione, strettamente connesso a quanto appena detto, opera, infine, sul piano funzionale.

Da questa prospettiva i principi appaiono non solo forme della generalizzazione esplicitate per il tramite del loro recepimento ad opera del legislatore (e, dunque, norme scritte) ma anche preposizioni normative “prime”, in quanto tali espresse e riconoscibili. I c.d. principi comuni o inespressi – ricavabili in via induttiva o deduttiva dalle altre regole giuridiche componenti il sistema – non sono altro che categorie concettuali utili a conoscere in modo giuridicamente e, quindi, sistematicamente corretto la realtà ma, in quanto congegni indispensabili all’ermeneutica giuridica e non forme legislativamente imposte, esulano dall’ambito del discorso, interessando più propriamente il diverso problema del modo attraverso cui il giurista a ciò educato operi il riconoscimento dei fatti che ad esso vengono sottoposti¹⁷³.

In ciò sta l’affinità per c.d. genetica dei principi rispetto alle regole. Come pure identica è l’attitudine anti ottativa di entrambi: in quanto norme poste dal legislatore e, dunque, formalmente dotate di normatività, i principi al pari delle regole non sintetizzano auspici ma producono effetti giuridici. Tutto sta a comprendere come la tensione performativa del diritto si traduca passando per il tramite di queste forme della generalizzazione che – abbiamo detto più sopra – sono alquanto opache sotto il profilo descrittivo-fattuale ma presentano una naturale tendenza all’estroflessione, esplicitando valori non tanto pre-esistenti al diritto (come vorrebbero i giusnaturalisti) ma, più correttamente, appartenenti ad un sistema ad esso estraneo ossia il sistema morale. E questa diversa forma (estroflessa e esplicita solo in quanto al valore) non è frutto di una scelta casuale ma è funzionale a produrre effetti giuridici determinati, essenziali alla sopravvivenza del sistema.

173 Vedi sul tema da ultimo N. Lipari, *Le categorie del diritto civile* (Milano 2013).

Tramite i principi l'ordinamento compie una duplice operazione: da un lato traspone nel sistema valori di matrice squisitamente etica, indispensabili ad una società organizzata, dall'altro lato indica la rotta da seguire tanto nel momento applicativo del diritto quanto in quello riproduttivo, orientando sia l'interprete sia il legislatore¹⁷⁴.

La prima delle due operazioni è necessaria al fine di instaurare un dialogo tra due esperienze diverse e solo parzialmente sovrapponibili: quella etica e quella giuridica. I valori portati dai principi, infatti, a differenza di quelli ospitati nelle regole, non si identificano in modelli comportamentali strumentali al soddisfacimento di esigenze di vita quotidiana, ma presentano quel grado di aderenza alla moralità che è da solo sufficiente e necessario per operare una netta separazione tra valori indispensabile al vivere *sociale* e valori indispensabili al vivere *civile*. La seconda, invece, è necessaria a garantire la coerenza del sistema, sia in astratto – considerando il sistema nel suo momento statico ossia nel momento in cui il legislatore crea il diritto in senso formale – sia in concreto – quindi nel momento in cui per il tramite della sua concretizzazione giudiziale il diritto diviene positivo in senso proprio¹⁷⁵.

Il primo profilo meglio si coglie mettendo in relazione i principi intesi quali vertici ordinamentali e il sistema morale. Il concetto è così declinabile: i valori sono entità intermedie, esistenti ma non auto-fondantisi, nella misura in cui presuppongono un livello che li condiziona; essi richiedono ulteriori presupposti e si pongono da interfacce fra la coscienza e l'azione, fattori di orientamento e stabilità destinati a durare nel tempo e strumentali alla realizzazione di altre

174 Ciò è tanto più evidente laddove si pensi che, mancando in Italia un referente giuridico in grado di giustificare la *Drittwirkung* delle norme costituzionali poste a presidio e riconoscimento di diritti fondamentali della persona, dottrina e giurisprudenza prevalenti (L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, Diritto e valori (Bologna 1985), 164; Cass. s.u. 29-5-1993, n. 6031, Foro it., 1993, I, 1794 s.) ritengono insindacabili le condotte umane pur in contrasto con valori riconosciuti positivamente, così stabilendo la necessità imprescindibile di un intervento del legislatore volto a stabilire una correlazione tra l'interesse ritenuto meritevole di le modalità concrete attraverso le quali tale tutela l'ordinamento intende realizzare. In tal senso la vincolatività di una norma si misura anche sul terreno della sua concretezza, che integra il presupposto necessario ma non sufficiente della sua precettività. Sul tema cfr. A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto* (Napoli 2003), 332 s., spec. 334-335.

175 Sul punto sia consentito rinviare a F. Forcellini – A. Iuliani, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e diritto privato*, 2013, 395 s., spec. 402-404.

dimensioni della psiche¹⁷⁶. Ciò posto, mentre i valori che il legislatore giuridicizza nella forma di regola rispondono ad esigenze proprie della inter-individualità, quelli recepiti a livello di principio fungono da mezzi di comunicazione e scambio tra il sistema giuridico e quello morale.

Questa distinzione è meglio comprensibile alla luce delle determinazioni raggiunte da una certa dottrina¹⁷⁷ sulle “due morali”: l’una, quella dell’intenzionalità (in lingua originale *the morality of aspiration*) «è la morale della vita virtuosa, dell’eccellere, della più completa realizzazione delle possibilità umane»¹⁷⁸. Gli accenni di doverosità insiti in questo tipo di morale sono utili a segnare il discrimine tra colui il quale ha realizzato sé stesso esprimendo al pieno la propria capacità di elevazione in quanto essere umano e colui il quale ha vissuto mediamente ma non a sindacare la liceità o meno di una condotta. Diversamente, la morale del dovere «stabilisce le norme basilari senza le quali è impossibile una società ordinata, o senza le quali una società ordinata, diretta verso mete specifiche, può fallire il suo scopo»¹⁷⁹.

Queste due morali si pongono, tra loro, in un rapporto di reciproca esclusione: più ci si addentra nel territorio dominato dalla morale dell’intenzionalità più ci si allontana da quello governato dalla morale del dovere.

I principi generali, come forme di generalizzazione legislativa, sono veicoli giuridici della morale dell’intenzionalità che, in quanto rivestita formalmente e inglobata in un sistema giuridico, assume un qualche accenno di doverosità ma si

176 Cfr. Costanzo, *L’argomentazione giuridica* cit., 50, il quale rintraccia nei valori entità intermedie, esistenti ma non auto-fondanti, perché presuppongono un livello che li condiziona, richiedono ulteriori presupposti e si pongono da interfacce fra la coscienza e l’azione, fattori di orientamento e stabilità destinati a durare nel tempo e strumentali alla realizzazione di altre dimensioni della psiche.

177 L. Fuller, *La moralità del diritto*, trad. it. a cura di A. Dal Brollo (Milano 1986), passim, spec. primo capitolo.

178 Fuller, *La moralità del diritto* cit., 11, così si esprime: «In una morale dell’intenzionalità possono esservi accenti di una nozione che si avvicina a quella di dovere. A questi sono in genere privi di importanza, come in Platone e in Aristotele. Quei pensatori riconobbero, certamente, che un uomo poteva mancare di realizzare al massimo grado le sue capacità. Come cittadino o come pubblico funzionario, egli poteva essere scoperto deficiente. Ma in tal caso egli era biasimato per la sua insufficienza, non per essere infedele ad un dovere; per la sua deficienza, non per la sua trasgressione».

179 Fuller, *La moralità del diritto* cit., 12. «È la morale del Vecchio Testamento e dei dieci comandamenti. Parla in termini di “tu non devi” e, meno frequentemente, di “tu devi”. Essa non condanna gli uomini per la loro deficienza nell’abbracciare le opportunità per una massima realizzazione delle loro potenzialità. Al contrario, essa li condanna per aver mancato di fronte alle esigenze fondamentali della vita sociale».

tratta, per l'appunto, di una doverosità a cui non si associano sanzioni ma solo premi. Le regole, invece, esprimono una doverosità strumentale a prevenire e contrastare una trasgressione. Anch'esse sono necessariamente morali, ma esprimono una moralità per c.d. riflessa, utile a concretizzare l'ispirazione enucleata nei principi.

Da questa circostanza si possono desumere due conclusioni: 1) il diritto è sempre morale nella misura in cui è strumentale a soddisfare esigenze concrete di una determinata collettività; 2) la moralità del diritto è una moralità doppiamente derivata: perché coincidente a livello apicale con valori che, pur giuridicizzati nella forma dei principi, conservano intatto il loro *status* extra-sistemico; perché dipendente, nei livelli inferiori di normazione, dalla forza di espansione assiologica dei principi.

Ma non è tanto su questo versante che la differenza tra morale dell'intenzionalità e morale del dovere ci aiuta a comprendere le diversità sottese alle corrispondenti forme delle generalizzazione. Ciò che più conta, ai nostri fini, è altro: ossia il diverso tipo di giustificazione razionale che caratterizza i giudizi di valore propri di ciascuna forma.

«Quando emettiamo un giudizio di dovere morale sembra assurdo dire che un tale dovere può in qualche modo discendere direttamente dalla conoscenza di una situazione di fatto. Possiamo capire i fatti da cima a fondo e tuttavia sembrerà ancora intervenire un atto di giudizio di tipo normativo prima di concludere che un dovere dovrebbe esistere. Questo atto di giudizio che pone una norma può non essere difficile, ma all'inizio c'è sempre»¹⁸⁰.

Diversamente la morale dell'intenzionalità si associa ad un giudizio che non sottintende alcuno iato tra la comprensione del fatto e la nostra approvazione o disapprovazione. Essa può solo "piacere" oppure no.

Vi è, in altri termini, una necessarietà implicita nei principi che non reclama una ulteriore riaffermazione in tal senso ad opera del legislatore. Perché allora incorporarli in norme giuridiche? In primo luogo perché per il tramite dei principi in senso statico l'ordinamento limita se stesso e orienta eticamente la

180 Fuller, *La moralità del diritto* cit. 22. La morale dell'intenzionalità, secondo, l'a. si avvicinerrebbe, invece, ad un giudizio di tipo estetico, tale per cui non è possibile orientare la razionalità del giudicante in base a criteri obiettivi o standard esterni.

futura opera del legislatore. In secondo luogo perché i principi sono strumenti interpretativi utili a svelare il senso ultimo delle regole giuridiche e a garantire un certo grado di elastica dinamicità alle stesse. Si potrebbe, con un po' di azzardo, dire che i principi sono norme a prevalente destinazione giudiziale nel senso kelseniano del termine. Essi fissando l'orizzonte di senso dell'interprete obbligandolo a ragionare in termini di compatibilità sistematica primaria alla luce di quei valori morali che l'ordinamento ha selezionato e generalizzato. Poco o nulla cambia l'esistenza di valori anche antitetici tra loro: l'opera di bilanciamento che l'interprete dotato di una coscienza giuridicamente educata è chiamato a compiere non opera direttamente su quella che Mengoni chiama "idea di valore" ma sul valore calato nei fatti che lo rendono *de relato* conoscibile.

La spinta esercitata da nuovi bisogni emersi nella prassi sociale, siano essi di natura squisitamente pratica o morale, deve necessariamente essere colta e considerata dal soggetto istituzionalmente deputato a riprodurre l'opera di bilanciamento e regolamentazione "primordiale", formalizzata nella norma¹⁸¹. In questi casi, l'interprete «non si limita ad intendere in senso più o meno lato le parole e fattispecie legali, ma spesso – molto più spesso di quanto non si creda – applica precetti al di là della relativa fattispecie, riferisce precetti a fatti superando le parole della legge»¹⁸². Tale è la ragione della sua esistenza come ingranaggio finale del meccanismo giuridico.

Una simile ricostruzione appare, peraltro, confortata dalle conclusioni alle quali è pervenuta una certa corrente di pensiero riconducibile alla c.d. filosofia materiale del diritto¹⁸³, tali per cui: la scienza giuridica è una scienza ermeneutica;

181 Betti, *Interpretazione* cit., 113 s. L'a. ritiene che le norme giuridiche ben possano, con il passare del tempo ed entro il limite fisiologico di compatibilità sistematica, maturare esiti sociali ulteriori rispetto a quelli originari, consistenti nel comporre conflitti tra interessi diversi da quelli originariamente presi in considerazione dal legislatore. Ciò che si verifica, in primo luogo, quando norme sopravvenute alterino la composizione immanente nella norma oggetto dell'interpretazione di modo tale che la stessa norma assuma un significato nuovo "svelato" dall'interprete «dipendente dall'inquadrarsi di tutte le norme vecchie e nuove, in un ordine giuridico che tutte le abbraccia e che ha la natura di una operante "concatenazione produttiva" nel senso illustrato da Dilthey in sede psicologico-storica». Cfr. W. Dilthey, *Der Aufbau d. geschichtl. Welt in den Geisteswiss.*, Ges. Schr., VII, 153 s.

182 Così Carusi, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge* cit., 1690.

183 L'espressione è di G. Marino, *Decisione, equità, Risikogesellschaft. Appunti dalla Rechtsphilosophie di Arthur Kaufmann*, in *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, a

i due momenti conflittuali dell'essere e del dover-essere vanno ricomposti ad unità; l'opera dell'interprete si caratterizza soprattutto in senso analogico¹⁸⁴. Proprio tale ultimo assunto (che si svilupperà meglio nel prosieguo) andrebbe valorizzato riconoscendo, accanto ai criteri ermeneutici tradizionali o forse prima di essi, l'esistenza di un ulteriore criterio, di pura matrice assiologica, utile a distinguere ciò che è compatibile a livello valoriale con l'ordinamento giuridico e ciò che non lo è: una sorta di pre-giudizio analogico sulla componente assiologica dei fatti.

Ciò che risulta praticabile non tanto mettendo a confronto diretto fatti e principi generali (che né è utile né è auspicabile data la impraticabilità della *direkte Drittwirkung*) ma interpretando in modo sistematicamente unitario e coerente le singole norme, in primo luogo quelle che, in qualche modo, sono chiamate a replicare le ragioni dei principi – anche bilanciati tra loro – nei livelli inferiori della generalizzazione normativa ossia le clausole generali. Questa dipendenza a livello cognitivo delle clausole rispetto ai principi si spiega non già alla luce della difficoltà, pur innegabile, nel dotare le clausole stesse di un senso il più possibile oggettivo: abbiamo già detto più sopra che l'oggettività o, per meglio dire, la incontrovertibilità non è la dimensione propria dei valori e che l'unico modo per evitare relativismi assoluti nel giudizio di vero-simiglianza che gli stessi valori reclamano è quello di testarne la prevedibilità o ragionevolezza, sinonimi di condivisione. La dipendenza ontologica delle clausole rispetto ai principi dipende dalla necessità di garantire un certo grado di unitarietà al sistema, costruito su base analogica, e dall'essere lo stesso criterio analogico lo strumento principale a disposizione dell'interprete nel momento in cui è chiamato a porre in relazione il *Sein* e il *Sollen*. Questo è il fondamento giustificativo della c.d. *indirekte*

cura di L. D'Avack e F. Riccobono (Napoli 2004), 56; ma v. anche B. Montanari, *Filosofia, metodo, diritto* (Napoli 2005), 96 s.

184 Cfr. su tutti Kaufmann, *Analogia e "natura della cosa"* cit., 22, il quale ritiene che i principi del diritto si caratterizzino per la loro dimensione sovra-positiva «ma essi, per mancanza di concretezza e di determinatezza contenutistica, non sono diritto in senso pienamente reale. Pertanto, per questi principi del diritto sovrappositivi ("supremi"), la denominazione "diritto naturale" (...) è quantomeno fuorviante; essa infatti induce a rappresentarsi due ordinamenti giuridici che vivono parallelamente: il diritto positivo e il diritto naturale».

*Drittwirkung*¹⁸⁵ e, al tempo stesso, il motivo utile a comprendere l'impraticabilità di una tutela diretta dei diritti fondamentali tra privati: l'efficacia dei diritti fondamentali e, in generale, delle norme costituzionali può e deve riverberarsi nei livelli inferiori della generalizzazione normativa solo a livello cognitivo e non sul piano delle tutele o, in senso più ampio, degli effetti giuridici perché ciò svilirebbe il senso di ogni distinzione tra forme normative¹⁸⁶.

Mengoni parlava, in proposito, di *Integrationsthese*: un metodo interpretativo capace di far dialogare la dogmatica giuridica con argomenti sia pratici sia giuridici, realizzando grazie al tramite di parametri tipologici le valutazioni extrasistemiche dei valori portati dai principi (o dalle clausole) all'interno del sistema giuridico¹⁸⁷.

Accettate queste premesse, la divergenza tra regola e principio deve cogliersi sia nel differente grado di prevalenza del momento sussuntivo rispetto a quello analogico – assolutamente prevalente, quest'ultimo, quando il dover-essere si presenta sotto forma di principio o clausola generale – sia per la diversa ambientazione che caratterizza gli orizzonti di senso cristallizzati nel logos della cui corrispondenza si è in cerca – squisitamente sociali per la generalità delle

185 Come è noto, la *Drittwirkung* è una figura di elaborazione dottrinarina attribuibile a un certo filone di origine germanica che per primo postulò la necessità di una applicazione orizzontale delle norme costituzionali dotandole di una precettività immediata anche nei rapporti tra privati a prescindere dalla tutela ad esse riconosciuta dallo Stato. Così si arrivò all'elaborazione di un istituto capace di garantire la *Wirkung* ossia l'efficacia delle norme costituzionali nei confronti di soggetti terzi, *Dritten*, pur rimanendo a rigore di logica ogni problematica connessa all'effettività della tutela accordata ai diritti fondamentali all'interno del rapporto tra individuo e Stato. La successiva distinzione tra *direkte Drittwirkung*, (applicabilità diretta delle norme costituzionali nei rapporti interprivati) e *indirekte Drittwirkung* (applicabilità in via mediata dei diritti fondamentali per il tramite di norme dotate naturalmente di una immediata precettività) è stata elaborata a livello giurisprudenziale e non è da tutti condivisa, nella misura in cui incide non sulla *Wirkung* ma sul senso delle norme giuridiche, nel senso già declinato più sopra nel testo. Cfr. B. Markesinis, *Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany*, 115, L.Q.R. 47 (1999).

¹⁸⁶ Sul tema di recente C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile* (Milano 2015), 37 ss.

¹⁸⁷ L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in BBTC, 1997, 7 ss. L'a. sottolinea che «il riferimento a valori costituzionali per concretizzare una clausola generale non attribuisce ai diritti fondamentali un'efficacia normativa mediata sull'autonomia privata». Cfr. Nogler, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni* cit., 54, nota 74: «Quando la norma sul diritto fondamentale pretende di essere applicata quale parametro oggettivo del comportamento di un soggetto privato non si può a rigore parlare di *Drittwirkung* dei diritti fondamentali nei confronti di soggetti privati: non siamo, infatti, in presenza del medesimo schema logico che giustifica la titolarità da parte del singolo di un diritto soggettivo nei confronti dello Stato».

regole, etici o compositi, rispettivamente, per i principi e per le clausole generali¹⁸⁸.

In punto di utilità, pertanto, ridimensionata la portata dell'eccezionalità di un'argomentazione giuridica che è insieme strumento di applicazione e fonte rispetto al diritto, i principi (e in una certa misura anche le clausole generali) sono soprattutto strumenti utili alla sopravvivenza del sistema e piuttosto che aumentare la portata della discrezionalità di cui indubbiamente gode il potere giudiziario la contengono entro i limiti di coerenza logica (per l'appunto secondo il logos) della realtà giuridica ed entro i confini etici tracciati da una società delimitata da coordinate spazio-temporali.

Il che ci conduce verso la seconda delle due attitudini o funzionalità proprie dei principi, i quali, nella prospettiva appena delineata, divengono connettori normativi del sistema o, per meglio dire, nessi interferenziali tra sistema e ordinamento¹⁸⁹. Come tali essi non sono suscettibili di una cristallizzazione nella forma della fattispecie giuridica ed anzi, tra tutte le varie norme, sono quelle che per ragioni di necessità oltre che per "inclinazione naturale" subiscono di più l'influsso del tempo. I principi, infatti, si modificano subendo un duplice ordine di pressioni: una spinta proveniente dall'alto quando, cristallizzati in forma pura, registrano una diversa percezione sociale del valore di cui si fanno portatori; una spinta proveniente dal basso, esercitata dal divenire giuridico che ne costituisce la base induttiva.

Entrambe in qualche modo salutari al sistema, delle due, la prima spinta è la più invasiva poiché implica un'interazione tra due sistemi diversi: quello morale e quello giuridico. Diversamente, l'introduzione ad opera del legislatore di nuove regole e principi non compromette l'autonomia della dimensione giuridica ma le giova: da un lato, l'attività legislativa è soggetta al limite della coerenza sistematica che impedisce (o dovrebbe impedire) storture abnormi ad opera del

188 Forcellini – Iuliani, *Le clausole generali tra struttura e funzione* cit., 450 s.

189 Cfr. *ex multis* F. Modugno, *Sistema giuridico*, Enc. Giur. Treccani (Roma 1993), 10 s.; F. D'Agostino, *Filosofia del diritto* (Torino 1993), 14 s.; A. Falzea, *I principi generali del diritto*, Riv. dir. civ., XXXVII, 1991, 455 s.

potere amministrativo; dall'altro lato, la riproduzione del diritto evita che il sistema stagni in un immobilismo sintomatico di obsolescenza¹⁹⁰.

I principi, inoltre, al pari di quanto può dirsi per le regole, non sono dati una volta per tutte ma si muovono all'interno di confini concettuali mobili. Ciò è tanto più vero laddove si pensi che ogni principio già nel suo momento genetico necessita di una ulteriore specificazione di tipo descrittivo, poiché si tratta pur sempre di concetti vaghi ed indeterminati. Persino il principio di solidarietà o quello di eguaglianza sostanziale – che secondo una parte della dottrina, rappresenterebbero il minimo comune denominatore del sistema¹⁹¹ – presentano un elevato tasso di indeterminatezza e necessitano, dunque, di un'opera di lettura orientata in senso riempitivo. A sua volta tale lettura darà esiti differenti a seconda del tempo e del contesto socio-economico in cui si trova a dover

190 Cfr. Betti, *Interpretazione* cit., 312 s. L'a. sottolinea come i principi affermino orientamenti di politica legislativa «capaci di una indefinita e, quasi si direbbe, inesauribile virtualità. Invero, tali orientamenti e ideali politico-legislativi, nei quali ogni diritto positivo storicamente determinato trova bensì le sue matrici ma non già le sue fonti, comportano un'accentuazione variabile secondo i tempi, le situazioni storiche e la coscienza sociale chiamata ad apprezzarne il valore. (...) A questo humus produttivo, che il perenne fluire della vita sociale conserva e rinnova senza posa, la giurisprudenza attinge spunti, incitamenti, direttive: opera su di esso come un filtro depuratore mercé la considerazione sub specie iuris, ne estrae esigenze di politica legislativa, ne ricava con assidua elaborazione critica dottrine, insegnamenti, principi generali, destinati a servirle di orientamento quali strumenti dell'analogia iuris. Elaborati in tal modo i principi generali si collocano al margine del diritto positivo: dentro la sua cerchia, nella misura in cui riescono ad determinarne le decisioni e a configurare sub specie iuris i rapporti della vita; ai limiti della sua cerchia, nella misura in cui ne restino inappagate le esigenze asseribili de iure condendo». L'a. continua poi tracciando il rapporto di reciproca esclusione tra i principi generali e l'equità: «dove possono essere adoperati i principi generali non c'è più posto per l'equità, e dove, viceversa, funziona l'equità come giustizia del caso singolo, ivi non c'è più bisogno dei principi generali».

191 Anche di recente si è sostenuto che facoltà e onere dell'interprete nella ricerca dell'intenzione del legislatore è quella di operare dei correttivi alle storture irrazionali del diritto, amministrando lo *ius positum* «come immune da discriminazioni che non appaiano, in base ad obiettive differenze tra fattispecie, giustificabili» così utilizzando il principio di eguaglianza come *pass-partout* per valicare la lettera della legge. Così Carusi, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge* cit., 1691. L'a. ritiene che «secondo il paradigma della legge le scelte politiche primarie, sostantive, spettano al legislatore e l'interprete non ha legittimazione a sovrapporre ad esse scelte proprie; l'affermazione della primazia della legge, tuttavia, resta coerente con la propria funzione isonomica, democratica, solo in virtù di un compromesso, in base al quale la *iuris-dictio* non è, né ha da essere, mera sussunzione bensì attività valutativa disciplinata: avvinta a una traccia, a un "binario" argomentativo obbligato, che precisamente consiste nell'eguaglianza».

intervenire¹⁹². Tale mutazione, però, al contrario di quanto accade con la norma espressa nella forma della regola è sintomatica di un mutato rapporto tra sistema giuridico e sistema morale e, dunque, implica sempre la necessità di operare una correzione della percezione giuridica di un valore. Quando l'interprete si trova di fronte ad un principio, quindi, non è semplicemente chiamato a ri-produrre la norma adattandola alle mutate esigenze del vivere sociale ma si deve interrogare sulla necessità di orientare il dover-essere giuridico in senso conforme al dover-essere morale, nei limiti in cui la sua coscienza gli consenta di recepire le variazioni nell'equilibrio tra i due sistemi.

I principi, quindi, nel veicolare quei valori che integrano le condizioni indispensabili per la coesistenza delle persone, divengono strumenti utili ad eliminare dal diritto ogni traccia di relativismo assoluto, rendendo l'esperienza giuridica un'esperienza dell'etica intersoggettiva¹⁹³. Ciò che non solo si giustifica alla luce di una lettura in chiave storica del rapporto tra etica e diritto – che nasce solo in epoca moderna per rispondere a determinate esigenze di tutela della persona e della democrazia¹⁹⁴ oltre che per proclamare l'indipendenza permeabile dei sistemi sociali¹⁹⁵ – ma anche per necessità proprie del diritto che, chiamato a regolare la vita, non può pensare di dialogare solo con sé stesso ma deve «individuare e mettere in luce, attraverso quindi un vero e proprio processo di

192 Così in un mercato fortemente improntato ad una logica liberista non sarà contrario a solidarietà cedere informazioni utili alla conclusione di un dato affare dietro corrispettivo di un prezzo, essendo le informazioni di per sé non solo costose ma anche effettivamente suscettibili di valutazione economica.

193 Costanzo, *L'argomentazione giuridica* cit., 62.

194 Scrive Zagrebelski, *Il diritto mite* cit., 156 s., che «lo stile, il modo di argomentare in diritto costituzionale assomiglia allo stile, al modo di argomentare del diritto naturale» e L. Mengoni, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Ars interpretandi*, 1996, 96, ne rinviene la ragione nel fatto che la Costituzione, figlia di un'epoca successiva a quella del positivismo legalistico e scientifico, «converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico (...) mediante la istituzionalizzazione dei valori morali, che ne costituiscono il referente pregiuridico, in opzioni interne al diritto positivo». Ciò che, in ogni caso, non autorizza a identificare la Carta fondamentale con il diritto naturale: «la Costituzione non è diritto naturale, ma anzi, la più alta manifestazione del diritto positivo» sostiene Zagrebelski, *Il diritto mite* cit., 157. E Mengoni condivide tale affermazione, con l'ulteriore precisazione che l'opera di positivizzazione dei principi morali attuata dal legislatore costituente risponde ad una duplice esigenza: dare alla società pluralista e frammentata di oggi «un'idea di uomo sostanziata da valori etici generalmente accettati»; dotare il giudice di un mezzo di selezione degli interessi meritevoli di tutela capace di stare al passo con la magmatica complessità sociale. Cfr. anche Mengoni, *Diritto e tecnica* cit., 7 s.

195 Cfr. N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione* (Bari 2002), passim.

risalimento, la prescrittiva normatività del fatto, ossia la particolare carica di valore insita in esso, quale rappresentata dallo specifico dover essere indotto dal concreto interesse evidenziato e reso manifesto dal fatto»¹⁹⁶.

Che l'interpretazione possa compiere questa riconduzione ad unità del bisogno portato dal fatto con il bisogno sintetizzato dalla norma solo alla luce di una lettura integrata della stessa con i principi generali dell'ordinamento è una convinzione che si ricava dal concetto (già espresso più sopra) di positività ermeneutica, tale per cui è positiva solo la norma che, una volta applicata, non solo realizza una finalità per c.d. implica nell'ordinamento giuridico ma è anche condivisibile da parte della generalità dei consociati la cui vita è destinata a regolare. Solo in questi termini si può parlare di diritto come della risultante di un rapporto di forza: riconoscendo che «la morale intrinseca del diritto non è qualche cosa di aggiunto, o di giustapposto, al potere della legge, ma è una condizione essenziale di quel potere stesso»¹⁹⁷.

196 Così Scalisi, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto "giusto"* cit., 478, il quale ritiene che «solo con la messa in campo di un'attività ermeneutica così concepita, con conseguente immersione della legge positiva nell'*humanum* della coscienza storico-sociale di vita di una data comunità oltre che nella prescrittiva normatività dei fatti di vita da regolare, possiamo forse ancora proporci di riportare la legge positiva – ormai resasi disponibile ad accogliere qualsiasi contenuto e come tale indifferente e anodina verso tutti i contenuti – a vero e autentico diritto quale "*ars boni et aequi*" come tale garante e custode dei supremi principi di equità e giustizia iscritti tra i caratteri costitutivi dell'Occidente del diritto». Cfr. anche A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* (Torino 2005), 361 s.

197 Così Fuller, *La morale del diritto* cit., 202-203. In senso contrario A. Hoebel, *The law of primitive man* (Harvard 1954), 28, il quale ritiene che fondamento del diritto sia la minaccia della forza fisica in caso di trasgressione ai suoi comandi da parte di un individuo o di un gruppo di individui che abbia come socialmente riconosciuto il privilegio di agire in quel modo. Ma Fuller, *La moralità del diritto* cit., 144 ss., avverte che «ciò che il diritto deve preventivamente fare per raggiungere i suoi scopi è qualcosa di completamente differente dal diritto stesso» e che, d'altronde, riguardare il fenomeno giuridico dal solo punto di vista formale implica una confusione concettuale tra l'assetto burocratico in cui il diritto si trova ad operare e la sostanza del diritto che è altro da essa. D'altronde, contro le teorie generali che ricostruiscono il diritto sopra un'idea utopica e fondamentalmente dannosa di sovranità parlamentare dimenticano che la stessa sovranità non è «un principio giuridico che deve essere sostenuto o rigettato esclusivamente in base ad argomentazioni di carattere giuridico» ma si fonda proprio sulla condivisione sociale delle decisioni assunte dal sovrano.

4. La norma tra performare e costituire: il superamento del binomio fattispecie e effetto e la differenza funzionale tra principi e clausole generali.

Si è già detto, più sopra, come per fattispecie giuridica astratta debba intendersi quella particolare forma della generalizzazione completa di tutti gli elementi necessari per la produzione di uno o più effetti giuridici. Essa va a comporre la norma assieme, per l'appunto, all'effetto astratto che l'ordinamento positivo gli riconnette. Diversa dalla fattispecie astratta è la fattispecie concreta, che diversamente dalla prima non è parte costitutiva della norma, ma «torna ad accostarsi alla fattispecie legislativa, perché anch'essa è semplicemente pensata, ed anch'essa è, in un certo senso, un'astrazione»¹⁹⁸. La fattispecie reale, infine, diverge tanto dall'una che dall'altra proprio perché non vive nella dimensione ideale e, anzi, si colloca in un preciso ambito spazio temporale.

Il problema della causalità giuridica consiste, quindi, preliminarmente in ciò: «stabilire se causa dell'effetto giuridico concreto siano tanto la norma che la fattispecie concreta, o solo una delle due, per modo che all'altra competa il ruolo di condizione nel rapporto causale dell'effetto giuridico concreto»¹⁹⁹.

Il punto di partenza dell'indagine consiste nella certezza della necessità di entrambe le componenti al fine di produrre l'effetto giuridico: l'assenza della norma, infatti, si tradurrebbe in un giudizio secondo equità. La domanda che è necessario porsi, poi, è se sia possibile distinguere i ruoli di causa e di condizione in relazione al meccanismo di produzione degli effetti giuridici. Se si ritiene praticabile tale via, argomentando in una prima direzione potrebbe sostenersi che «l'effetto concreto si produce solo quando sia presente una fattispecie concreta; ma solo dalla norma promana la giuridicità, che (...) crea dal nulla la nuova entità effetto giuridico. Ciò significa che la fattispecie concreta è la causa che mette in moto l'ordinamento giuridico, ma solo la norma, così eccitata, è causa dell'effetto concreto»²⁰⁰.

198 Così Rubino, *La fattispecie* cit., 4.

199 Rubino, *La fattispecie* cit., 28.

200 Rubino, *La fattispecie* cit., 33.

La medesima dottrina, però, non ritiene operabile una distinzione tra causa, condizione e finanche condizionato (o effetto), finendo per disegnare la causalità giuridica quale una sorta di circuito capace di mettere in connessione più livelli, spirituale e sensibile, pensato e concreto, e mettendo bene in evidenza come al mutare del punto prospettico mutano i ruoli. Così, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, «l'effetto (concreto) è il divenire attuale di un imperativo (ipotetico), e la fattispecie è la ragione del volere. Di fronte alla scienza, l'effetto è il divenire concreto di un giudizio (ipotetico), e la fattispecie è la ragione del conoscere». Di fronte al privato, però, l'effetto è sia atto del pensiero, dunque «terzo termine di un sillogisma, di cui le premesse sono la fattispecie concreta e la norma (...). Ma l'effetto, non sì tosto conosciuto, acquista a sua volta, normalmente, una forza causante sulla volontà, motivandola, determinandola ad un contegno esteriore»²⁰¹.

Ed è proprio in questo momento, quando cioè l'effetto giuridico diviene termine attivo del rapporto causale, forza causante sulla volontà umana, che si svela sua vera natura di congegno per il tramite del quale l'ordinamento giuridico suggerisce ai consociati la linea di condotta ritenuta maggiormente confacente alle esigenze della collettività. Tale è la tensione performativa del diritto che sola ci aiuta a comprendere perché il diritto non ammette ignoranza: la conoscenza dell'effetto giuridico è il presupposto implicito della sua attitudine performativa e la sua conoscibilità ne sottintende la ragionevolezza.

Una volta riconosciuto nell'effetto giuridico, il carattere ultimo ed ineliminabile del diritto, occorre chiedersi se sia o meno possibile che tale effetto si ricollegli semplicemente alla norma o se sia comunque necessaria anche la fattispecie concreta; detto altrimenti: se esistano norme incondizionate oppure no.

Un'autorevole dottrina ha sottolineato come il carattere della generalità che caratterizza qualsiasi norma di condotta, vada tenuto ben distinto da una universalità che, sconfinando in assoluta indeterminatezza, priverebbe la norma

201 Rubino, *La fattispecie* cit., 34-35 e 145 s. L'a. ritiene che l'effetto giuridico sia il mezzo utilizzato dall'ordinamento al fine di suscitare determinati comportamenti umani a loro volta strumentali alla composizione di interessi. «Nel suscitare un tale comportamento esteriore, che l'effetto giuridico raggiunge agendo sulla volontà del soggetto, risiede appunto – come già rilevato – la funzione dell'effetto giuridico».

del carattere della obbligatorietà. Se, infatti, si ammettesse la possibilità di norme non accompagnate da una considerazione naturalistica dell'azione, si finirebbe con l'associare la norma stessa non già ad un certo numero di situazioni ma a tutte le situazioni. «Una norma che non resti nel campo della generalità ma che sia veramente concretamente universale, non è più *una* norma, ma *la* norma, cioè la legge morale, che non ammette, come è facile vedere, la compagnia di altre universali»²⁰².

L'obiezione è fondata ma chiaramente impostata su di una concezione del valore inteso forse in senso sostanziale ma privo del requisito della oggettività di cui già più sopra accennato. Pur in presenza di una regola priva della considerazione naturalistica del fatto, il valore sintetizzato dalla norma non può che riferirsi ad un numero di fatti senz'altro indeterminabile a priori ma di certo finito. Proprio in ciò sta la divergenza tra regole e principi o clausole generali: la generalizzazione incide sul valore, che così viene trasferito dal piano reale a quello astratto-legislativo ma che sempre risulterà replicabile e, dunque, di nuovo presente in circostanze di fatto di volta in volta bisognose di regolamentazione.

Non a caso la dottrina appena richiamata associa questa particolare circostanza alla legge morale che, come già più volte accennato, trova il suo veicolo giuridico preferenziale nei principi in quanto privi di una generalizzazione del fatto sotto forma di fattispecie concreta.

Che norme incondizionate possano esistere, dunque, non pare una contraddizione in termini. Certo è che la credibilità o meno degli esiti del discorso dipende dall'impostazione delle variabili iniziali. Il che, ancora una volta, non fa che dimostrare come il diritto sia in senso autentico una scienza del linguaggio.

Secondo una impostazione parzialmente diversa, le norme sono, in quanto tali, necessariamente costitutive (ossia produttive di per sé sole degli effetti giuridici), generalmente performative (quindi finalizzate a influenzare la volontà dei consociati affinché si adeguino ai fini perseguiti dal diritto) e, in casi eccezionali, performativo-costitutive (produttive di fatti). Vediamo in che senso.

202 Così A.E. Cammarata, *La funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Annali della Università di Macerata*, V, 1929, 421 s.

«Le norme, rispetto agli effetti giuridici che vi sono connessi, non sono, va da sé, proposizioni espressive. Non sono neppure proposizioni descrittive, *de jure condito*, come quelle del giurista, ma non sono neppure prescrittive *de jure condendo*, come quelle del politico, sono proposizioni costitutive, per così dire *jus condentes*: non descrivono e non prescrivono l'abrogazione di norme, il domicilio di soggetti o la costituzione di enti, non cadono né dopo né prima dell'esserci di questi effetti giuridici, ma coincidono con il loro prodursi perché sono esse che semplicemente e direttamente fanno essere gli effetti»²⁰³.

Questa capacità produttiva e, al tempo stesso, questo rapporto simbiotico con gli effetti giuridici si atteggia, poi, in modo differente a seconda che la norma sia di tipo costitutivo (nel qual caso è essa stessa da sola sufficiente a produrre l'effetto) o imperativo (ipotesi nella quale l'effetto si realizza se il comando è violato) e quindi performativo (necessitando della collaborazione dei consociati per raggiungere lo scopo desiderato). Spesso e volentieri le norme di tipo costitutivo sono destinate ad esaurire la loro influenza all'interno della realtà giuridica senza neanche sporcarsi le mani con i fatti; altre volte ad essere costitutive sono le sentenze (come quelle emanate *ex art. 2932 c.c.*) si riteneva, secondo la prospettiva tradizionale, che il contratto fosse un atto di tipo costitutivo (in particolare così lo pensava Emilio Betti) e *sempre* lo è la consuetudine (pur nel senso improprio che deriva dall'assenza del medio linguistico).

Diversa dalla funzione costitutiva e da quella performativa è la funzione di tipo performativo costitutiva che, in una tassonomia che tenga conto dei soli performativi, si colloca al primo posto, tra i performativi espliciti. Mentre generalmente gli enunciati sono di tipo descrittivo i performativi realizzano il loro contenuto sostanziale (il detto) nell'atto del dire (ad es. “scommetto che Tizio ucciderà Caio” realizza l'atto dello scommettere ma non il fatto dell'uccidere)²⁰⁴; i performativi costitutivi, infine, nell'atto del dire realizzano il

203 Così Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica* cit., 100.

204 Carcaterra, *Presupposti e strumenti* cit., 107, osserva: «Si tratta di enunciati assai comuni che di solito figurano espressi alla prima persona singolare del presente indicativo attivo di certi verbi, del tipo “io faccio”. Perciò tali enunciati sembrano descrivere una azione compiuta dal loquente mentre parla. Ma non è così. In realtà essi sono usati non per descrivere bensì per effettuare (*to perform*) quell'azione: la loro caratteristica è che, formulandole, il loquente fa ciò che dice e per il fatto che lo dice. Frasi come “io

detto nella sua interezza ossia completo del fatto (ad es. “con il presente atto si stabilisce che Tizio e Caio sono soci” realizzo il detto cioè lo stabilire e il rapporto di tipo sociale tra Tizio e Caio).

Ora, che tutto l'ordinamento giuridico sia animato da una tensione performativa è chiaro. Così come è chiaro che ben possono esistere norme costitutive a patto che esse incidano direttamente solo nella realtà giuridica (si pensi ad es. alle norme abrogatrici o a quelle di entificazione). Non altrettanto può dirsi della tensione di tipo performativo-costitutiva, non risultando assodato neppure per approssimazione se esistano norme di tal fatta e, in tal caso, come ciò possa verificarsi.

Il che ancora una volta ci porta a indagare il rapporto tra il diritto, inteso nella sua accezione di scienza pratica di matrice linguistica, e la realtà sotto il diverso profilo della loro interazione ai fini della determinazione del contenuto di senso delle disposizioni normative.

5. La polemica sui concetti giuridici e il dualismo della forma.

Una dottrina, critica per quanto attiene alla capacità performativo-costitutiva di cui sopra, ha messo bene in evidenza come il linguaggio giuridico, pur se nato come linguaggio della magia e conservato nella sua forma originaria, non sia da solo sufficiente a modificare la realtà circostante e, dunque, a creare fatti²⁰⁵.

Ciò che non si traduce, però, in un riconoscimento della forza costitutiva dei puri fatti: i fatti idonei a produrre effetti giuridici e, quindi, a realizzare la tensione performativa del diritto, non sono mai fatti bruti ma componenti di una diade – fatto/significato – capace di emergere solo a seguito della riconduzione ad unità della modificazione concreta e del senso giuridico sintetizzato nella

“passeggio” o “sto andando a Parigi” descrivono una passeggiata o un viaggio. Al contrario espressioni quali “chiedo scusa”, “prendo come legittima sposa...”, “battezzo”, “scommetto che...” “autorizzo a...” non raccontano delle scuse, un matrimonio, un battesimo, una scommessa o una autorizzazione: realizzano questi fatti enunciandoli».

205 Cfr. K. Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà*, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio* (Milano 1976). Ma già prima di lui il rapporto significativo tra fatto semplice e norma era stato teorizzato da Kelsen nella sua *Dottrina pura del diritto* cit., passim.

fattispecie. In sintesi: «la norma funziona da schema di qualificazione del fatto»²⁰⁶ secondo un meccanismo che in realtà ci accompagna in ogni momento della nostra esistenza e meglio noto come integrazione percettiva.

La valorizzazione della mediazione soggettiva nell'elaborazione dei concetti, è noto, mette a dura prova, oggi più di ieri, l'idea di una dogmatica giuridica come sistema logico astratto, spingendo per una sua storicizzazione. Questo esito, che se estremizzato ne implicherebbe un'implosione, può scansarsi solo a patto di ritenere la dogmatica un momento dell'esperienza giuridica e nulla più. La dogmatica, lungi dall'offerirci «un complesso di verità certe e immutabili» è sede di «sistemazioni provvisorie e mutevoli»: «da un lato è il luogo in cui i valori, per quanto in sé stessi irrelativi e assoluti, vengono relativizzati e razionalizzati, dall'altro, così operando, si storicizza (...) essa, accettando il principio apportato dal nuovo valore, accetta, dalla creatività dell'esperienza giuridica, i nuovi valori ed in base a questi rifà le sue sistemazioni, ritesse la sua tela che la tela del diritto e che, nella sua duplice razionalità e storicità, costituisce un momento ineliminabile della vita del diritto». Ai soggetti dell'esperienza giuridica («legislatori, giudici, operatori giuridici») compete «il momento dell'autocoscienza del diritto come “totalità attuale”», chiamati a farsi carico del «processo oggettivo di storicizzazione del sistema normativo nella sua più vasta accezione», potendo essi solo «avere la nozione esatta di ciò che è il diritto guardato nella sua “totalità” in un momento della storia»²⁰⁷.

Ciò che creano le norme, di conseguenza, non sono i fatti ma il senso giuridico dei fatti, strumentale a creare quel rapporto di causalità che, abbiamo visto, è il fine ultimo del diritto. La costitutività delle norme, d'altronde, è un corollario della stessa logica giuridica ed è sempre presente in ogni disposizione normativa perché implicita è la capacità del diritto di giudicare un fatto attribuendogli questo piuttosto che quell'altro significato.

«Per noi, terrestri, solo nella controversia si danno giusto e ingiusto così come solo nel discorso si danno vero e falso. E poiché non si discorre né si

206 Carcaterra, *Presupposti e strumenti* cit., 117.

207 E. Paresce, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII (Milano 1964), 686 ss. L'esperienza, invece, si pone come «aspetto attivo della vita del diritto (...) modo concreto col quale “emergono” i valori giuridici e si pongono come “modelli” per l'azione del singolo ed è anche questa stessa azione del singolo, in quanto li rende, con la concreta attuazione, vigenti e li modifica».

controverte senza il medio del linguaggio, nella definizione del vero come del giusto il linguaggio esercita un ruolo non accidentale ma strutturale, complementare ma determinante, organico»²⁰⁸.

Il linguaggio del diritto o, meglio, il fatto che il diritto si espliciti per il tramite di segni linguistici non è strumentale alla creazione di entità virtuali, autonome e distinte rispetto alle corrispondenti entità fattuali ma alla produzione nella medesima attualità di determinati effetti. Il diritto, in altri termini, non svolge alcun compito “constativo” ma è tutto orientato a “performare” la realtà²⁰⁹.

Dal punto di vista statico, il diritto come scienza del linguaggio si traduce in un’insieme di concetti giuridici logicamente ordinati a comporre il sistema. «La logica è, per la scienza, strumento di sistemazione. Essa non garantisce della verità intrinseca del risultato. Il procedimento logico non indaga il dato positivo, ma lo assume come elemento da sistemare: punto di partenza da cui si dipanano e a cui si annodano i fili dei quali sono intessuti gli schemi concettuali che costituiscono il sistema»²¹⁰.

Secondo questa stessa dottrina i concetti giuridici, a ben vedere, sono privi di un contenuto sostanziale originario, né ne abbisognano, essendo strumentali a rimodulare la realtà secondo uno schema prestabilito²¹¹. Il concetto giuridico, quindi, non deve piegarsi a somigliare ad una realtà presupposta, come se da ciò

208 Così F. Gentile, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà* (Padova 2001), 121. E continua «Più esattamente: l’assertorietà del linguaggio, con la sua resistenza alla problematicità del discorrere e del controvertere non è un’accidentalità storica, propria del resto di ogni discorso come di ogni controversia, ma è la stessa determinazione dell’atto problematico intrinseco al controvertere e al discorrere. Sicché senza l’assertorietà implicita nel linguaggio la leva della problematicità avrebbe un’efficacia puramente illusoria e per noi, terrestri, sarebbe vano cercar di discernere il vero dal falso, il giusto dall’ingiusto».

209 In questo senso J. L. Austin, *How to Do Things with Words* (Harvard 1955).

210 Così S. Pugliatti, *Logica e dato positivo. In rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, Arch. Giur. Filippo Serafini, vol. CXIII, 1935, ora in *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti (Milano 2004), 5.

211 Cfr. N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, 342 ss. L’a. ritiene che i concetti giuridici siano entità virtuali ricavabili dal dato positivo a seguito di un’opera di controllo del rigore linguistico del legislatore, completamento del concetto ivi contenuto e riconduzione a sistema. Tale essendo il modo mediante il quale i concetti vengono alla luce, risulta agevole comprendere come il concetto non sia una copia della realtà ma un mezzo di comunicazione.

dipendesse la sua maggiore o minore verità²¹²: essendo altro da essa il concetto non può essere più o meno vero ma più o meno duttile. Ciò che dipende dal maggiore o minore rigore usato nello stabilire le regole del suo uso.

Una diversa impostazione, consapevole delle resistenze «che incontra l'idea di fare scendere i concetti giuridici dal piedistallo troppo alto su cui tradizionalmente li abbiamo posti» giustificabile alla luce del fatto che «può anche essere utile che in dati momenti siaci chi si rifiuti di riconoscere ciò che è, in nome del dover essere»²¹³, pure ne reclama il ridimensionamento a misura di realtà. L'argomentazione è logica e ineccepibile: l'evoluzione giuridica punta verso una maggiore complessità in punto di generalizzazione, di modo tale «sarà sempre più largo il numero delle nozioni giuridiche che occorre controllare ad ogni applicazione»; la concettualizzazione così estrapolabile per governare il caso concreto «anche quando sia ottenuta con procedimento deduttivo dalle singole leggi, senza commistione di elemento empirico e di creazione di pensiero, è sì esatta come risultante di media, è, sì, utile come traduzione di questa risultante idonea a dare un chiaro concetto di ciò che si suole seguire; ma, appunto perché risultante di media, non è esatta di fronte ad ogni applicazione legislativa; onde è ben possibile che di fronte all'applicazione che si vorrebbe fare si dia un contrasto tra la nozione e la finalità che si è proposta in quel caso il legislatore, sicché la nozione non sia più vera di fronte a quella data legge, dove il legislatore ha usato un vecchio termine, ma gli ha attribuito un contenuto diverso»²¹⁴.

La logica, dunque, può al limite governare il momento statico del diritto inteso squisitamente come scienza del linguaggio. Ma il diritto è anche un

212 Pugliatti, *Logica e dato positivo* cit., 17-18: «Ecco. Indubbiamente i concetti che servono alla scienza giuridica si ricavano per astrazione e generalizzazione dal dato, che è la norma (ecco perché si può anche ritenere, adottando una nota terminologica, che essi possano considerarsi, da un punto di vista filosofico, come pseudo-concetti; purché però si avverta che nell'uso immediato che ne fa chi voglia limitarsi ad una conoscenza scientifica del fenomeno giuridico, essi sono veri concetti, o piuttosto come tali debbano essere considerati da chi se ne serve e nel momento in cui li costruisce e li adopera); al dato quindi essi vanno adattati. Se un concetto giuridico è conforme al dato, non può essere negato da elementi razionali ricavati dal dato stesso (...). Si può ammettere, tutt'al più, che un concetto, fondamentalmente conforme al dato, assuma in situazioni definite, per opera di altri riflessi provenienti dal dato medesimo, particolari atteggiamenti, che ammettono la coefficiente con altri concetti ma non si può ammettere che possa la sua efficienza o la sua esistenza essere cancellata».

213 A. C. Jemolo, *I concetti giuridici*, Atti R. Accad. Delle Scienze di Torino, cl. Sc. Mor., vol. LXXV, t. II, 1940, ora in *La polemica sui concetti giuridici* cit., 32.

214 Jemolo, *I concetti giuridici* cit., 33.

fenomeno sociale²¹⁵ e vive in una dimensione dinamica in cui tra essere e dover essere non esiste una gerarchia apoditticamente imposta ma una interazione e una reciprocità sul piano concettuale, che sostanzialmente si identifica con una comunicazione a livello assiologico.

Il diritto, in altri termini, costruito logicamente a sistema, è normalmente in grado di saltare uno dei passaggi normalmente imprescindibili nella elaborazione di un ragionamento: le *ragioni o premesse* ossia le proposizioni a sostegno di una determinata *tesi o conclusione* a questa legate per il tramite di un *nesso di consequenzialità*²¹⁶. La capacità della norma di collegare una premessa ad una tesi senza la necessità di dimostrare alcuna consequenzialità di tipo fondativo attà,

215 Sempre Jemolo, *I concetti giuridici* cit., 34-35, sottolinea come il medesimo legislatore agisca per il perseguimento di finalità pratiche, diverse di legge in legge. Le nozioni astratte e i principi primi non hanno mai rappresentato un ostacolo per l'attività legislativa proprio perché non ne hanno mai costituito il fine. Certo è che un determinato concetto giuridico che funga da pilastro rispetto alla costruzione giuridica complessiva ben può porsi come un ostacolo rispetto all'attività legislativa. Fatto sta che, già negli anni Trenta e Quaranta, tali ostacoli tendevano ad essere superati più agevolmente che nel passato e la cagione di questa mutazione veniva rintracciata dallo stesso a. nel moltiplicarsi delle proposizioni normative, da un lato, e delle esigenze sociali, dall'altro lato. Inoltre, il «posto sempre più largo preso dalla burocrazia nell'allestire le leggi, e con la burocrazia dai comitati tecnici e di esperti, ha assicurato che ogni legge sia formata da chi è perfetto conoscitore dei fini da raggiungere, degli scogli da evitare, delle esigenze pratiche che bisogna fissare ed individuare» e non più dai conoscitori dei principi. La polemica, poi, andrà avanti con un altro saggio di Pugliatti, *La logica e i concetti giuridici* cit., 43 ss., in cui l'a. esalta la sua posizione iniziale proclamando la necessità di una vera e propria fede nella logica del diritto che distingue dalla logica comune in forza di un elemento distintivo invero non molto chiaro che G. Calogero, *La natura dei concetti giuridici*, Riv. dir. comm., vol. XLIII, 1945, I, ora in *La polemica sui concetti giuridici* cit., 71 ss., individua nella dimensione vivente del diritto. «Le “crisi della civiltà” non sono “crisi della ragione”, se non nel senso che sono crisi della volontà di essere ragionevoli. E queste crisi possono essere accentuate proprio da coloro, che difendendo la pura “ragione” si dimentichino che essa può vivere solo come “volontà della ragione”. Al puro logico, al puro fedele della “razionalità” può infatti accadere anche questo, di ritenere meno urgente l'agire in difesa dello spirito civile, per troppa fiducia nell'eterna razionalità di questo spirito. (...) Mentre l'unico riparo dalla volontà irrazionale è la stessa volontà: la volontà buona, l'azione in servizio del mondo civile».

216 Carcaterra, *Presupposti e strumenti* cit., 125 ss. Secondo l'a. queste tre componenti esauriscono la struttura di ogni ragionamento. Un ragionamento espresso linguisticamente (in modo espresso o tacito) integra l'argomento e, ove il linguaggio utilizzato sia di tipo giuridico, siamo in presenza di un argomento giuridico. «Tutto ciò premesso veniamo ai compiti della logica. Essa cerca di rispondere fondamentalmente a due domande: a) dato un ragionamento (nostro che vogliamo sostenere, o di altri che vogliamo confutare) qual è la sua struttura? e b) data la sua struttura, esso è un buon ragionamento?». Per rispondere a queste domande è necessario analizzare e valutare la struttura del ragionamento.

cioè, a convincere della giustezza della tesi. Dico normalmente perché il patto sociale che *ab origine* ci sottopone tutti alle valutazioni del legislatore vale come indicazione di massima circa la condivisione delle sue statuizioni ma non può certo spingersi fino a giustificare, di per sé solo, una norma che non soddisfa le esigenze della collettività a cui si rivolge e rispetto alle quali è funzionalmente subordinata.

Così la struttura del ragionamento legislativo (che normalmente è nascosta per ragioni di opportunità ed eleganza linguistica) ben può essere messa in luce da un'analisi sistematica della norma; la sua valutazione, invece – finalizzata a verificare la bontà del ragionamento stesso –, non può prescindere da un confronto con il reale ossia con i bisogni che, in concreto, si annidano nei fatti da regolare. Questa indagine in concreto non è necessaria solo nel caso in cui il performare della norma sia per c.d. introflesso ossia nel caso in cui la norma sia destinata a modificare non la realtà circostante ma lo stesso ordinamento giuridico cui inerisce.

È il caso, esemplarmente, dei principi giuridici che, proprio in quanto diretti a declamare intenzioni o obiettivi di massima cui il sistema deve tendere non si inseriscono in alcun rapporto causale essendo sforniti di quella capacità precettiva che è tipica delle norme di rango meno elevato.

Con ciò non si vuol dire che qualsiasi principio può essere giuridicizzato: essi rappresentano pur sempre la formalizzazione giuridica di una necessità condivisa dai consociati ma, essendo privi di un'immediata efficacia precettiva, sono effettivamente “*norme di tipo performativo-costitutive*” nella misura in cui, pur presupponendo il medio del legislatore, da un lato, e della pronuncia giudiziale, dall'altro lato, contribuendo a comporre “dall'alto” il sistema giuridico la contrarietà rispetto ad essi determina l'irricevibilità della norma sul piano giuridico²¹⁷.

217 Proprio questa funzione di ricevibilità sul piano giuridico di valori esterni è colta da L. Nivarra, *Ragionevolezza e diritto privato*, Ars Interpretandi, 2002, 373 ss., il quale rileva come «di regola si parla di clausole generali come di strumenti deputati alla ricezione di valori che si collocano all'esterno dell'ordinamento giuridico: donde la celebre immagine delle clausole generali come “organi respiratori dell'ordinamento giuridico” (o concetti valvola *Ventilbegriffe*). Confesso di non aver mai capito che cosa esattamente tutto questo significhi, e ciò per due ordini di ragioni. La prima è che in un sistema come il nostro, caratterizzato dalla presenza di una Costituzione che positivizza direttive etiche ad

In quanto tali, da un lato i principi non possono dirsi imperativi giuridici poiché non vengono in rilievo a seguito della violazione di un comando (ciò che li discosta dalle norme performative) e, dall'altro lato, necessitano pur sempre dell'attività di un soggetto per realizzarsi e, quindi, per produrre l'effetto che hanno di mira (ciò che li accomuna alle norme performative) solo che il soggetto di cui si reclama l'attività e l'effetto desiderato appartengono allo stesso sistema giuridico e non alla realtà circostante (ed è questa la somiglianza con le norme costitutive).

Ciò che risulta perfettamente coerente con il fondamento essenzialmente analogico del sistema, tanto nel momento statico quanto in quello dinamico, e con la collocazione del valore nell'atto piuttosto che nel fatto (su cui si tornerà in seguito).

Il non detto, in questa ricostruzione, riguarda le conseguenze della violazione degli stessi principi da parte del soggetto chiamato ad attuarli. Il fatto che i principi siano norme efficaci a prescindere dalla loro violazione non significa, infatti, che dalla loro violazione non discenda alcuna conseguenza. Una prima immediata conseguenza ce la indica lo stesso diritto positivo nel prevedere che la violazione delle norme costituzionali da parte di altre norme determina la loro abrogazione. Questa dinamica tra disposizioni normative di matrice costituzionale e altre disposizioni inferiori per grado gerarchico meriterebbe di essere appieno valorizzata. La violazione di un principio in sede di formazione della norma o della sua applicazione, infatti, integra (o, meglio, dovrebbe integrare) una violazione di quel canone di unitarietà o coerenza sistematica (su cui meglio *infra*) che è il primo essenziale criterio ermeneutico atto a sindacare la ricevibilità giuridica o, meglio, sistemica dell'attività interpretante sia nel caso in cui l'interprete in parola sia il primo interprete (ossia il legislatore) sia nel caso in cui si tratti di interpretazione applicativa. A questo giudizio di irricevibilità si sottraggono (o, meglio, dovrebbero sottrarsi) solo le norme eccezionali ossia quelle norme che introducono all'interno del sistema ragioni contrastanti con

ampio spettro semantico (solidarietà, dignità umana, eguaglianza, ecc.) è perfino difficile immaginare quali valori possano collocarsi al di fuori del sistema stesso. La seconda ragione, addirittura banale, è che quello che sta fuori e non riesce ad entrare per il tramite dell'evoluzione evolutiva, merita di stare fuori e non è pensabile che sia il giudice, clausole generali o meno, a modificare o a sovvertire la tavola dei valori costituzionali».

l'impianto complessivo per dare risposta a esigenze contingenti, diverse da quelle già prese in considerazione dal sistema e storicamente determinate. In questo senso può ben dirsi che il principio di uguaglianza sostanziale sia il cardine dell'intero impianto giuridico nella misura in cui l'indagine circa la compatibilità tra norma e sistema deve svolgersi secondo le dinamiche proprie dell'analogia assiologica, di modo tale che l'eguale trattamento degli eguali e il diverso trattamento dei diversi coincida con l'esito positivo o negativo del giudizio analogico sui valori implicati nella situazione di fatto di volta in volta presa in considerazione.

L'eventuale incoerenza di una norma rispetto al sistema implica, quindi, un giudizio negativo o di irricevibilità derivante dall'impossibilità di ricondurre la norma stessa all'interno della trama complessiva del dover essere giuridico che incide non tanto sul fatto-norma ma sull'attività-normativa (lato senso intesa, comprensiva, quindi, anche dell'attività interpretante) in cui risiede il valore. La sede in cui è possibile sindacare tale eventuale contraddittorietà è, per ovvie ragioni, quella interpretativa dal momento che il primo soggetto interpretante ossia il legislatore ben difficilmente potrà produrre egli stesso l'anomalia e rilevarne l'irricevibilità ed il secondo interprete ossia il giudice, qualora vi incappi, sarà sindacabile nel secondo o terzo grado di giudizio.

Così, per dirla in altri termini, nel momento in cui il legislatore dovesse produrre una norma a-sistemica perché non analogica rispetto alle *rationes* animanti la realtà giuridica quella stessa norma dovrebbe andare incontro a disapplicazione o interpretazioni abroganti perché posta in violazione del criterio di unitarietà o coerenza sistematica. L'unica via per modificare il complessivo impianto finalistico dell'ordinamento annullando i valori portati da uno o più principi è la riforma costituzionale: introducendo a monte del discorso giuridico valori nuovi o eliminandone di già esistenti si creano nuove somiglianze o se ne eliminano giustificando un trattamento che, in mancanza della suddetta modifica della premessa maggiore, violerebbe il principio di uguaglianza sostanziale esponendo la norma che di quello stesso trattamento si fa portatrice ad un giudizio di irricevibilità.

Diversamente, quando si rende necessaria una flessibilizzazione dei fini (salvo sempre il limite di non contraddittorietà appena declinato) il legislatore può operare mediante l'introduzione di clausole generali.

Queste conclusioni rappresentano la logica conseguenza dei ragionamenti sin'ora svolti su cosa debba intendersi per diritto: una volta metabolizzata l'idea del diritto come scienza pratica, asservita a ragioni di tipo utilitaristico, continuamente in movimento – esaurendosi il suo processo produttivo nell'attimo in cui il giudice dà applicazione alla norma, e vertendo principalmente la valutazione della norma sulla componente dinamica del ragionamento, ossia sul nesso di consequenzialità – è inevitabile ritenere che la giustizia o meno del ragionamento legislativo vada ricercata guardando alla sua utilità sociale e, quindi, alla condivisibilità dello stesso.

Ciò che è reso possibile da una pluralità di variabili argomentative, da sempre presenti nell'opera dell'interprete, che rendono il panorama dell'interpretazione giuridica assai più variegato rispetto a quello che risulterebbe dall'applicazione del noto schema sillogistico tanto caro ai formalisti (se A allora B; C è A; C è B) che, in realtà, ha un'utilità assai più scarsa rispetto a quella che normalmente si suole attribuirgli. In effetti, a ben vedere, l'argomento sillogistico – che già andrebbe distinto in base alla lettura giustificativa o derivativa data, al fatto che integri uno schema deduttivo (sillogismo applicativo, ragionamento per esclusione o ragionamento per assurdo) o induttivo (sillogismo statistico, argomento per abduzione)²¹⁸ – costituisce nulla più che la forma più semplice dell'argomentare ma non certo la più diffusa né la più utile in punto di costruzione sistematica. Questo è tanto più vero laddove si pensi che gli argomenti si collocano per c.d. fisiologicamente all'interno di un contesto composito e perciò si costruiscono secondo schemi variegati: vi sono argomenti che si rafforzano tra loro, composti a cascata²¹⁹ (quando la conclusione di uno

218 Cfr. Carcaterra, *Presupposti e strumenti* cit., cap. IV.

219 Carcaterra, *Presupposti e strumenti* cit., 133 ss. «La funzione dell'argomento superiore è quella di giustificare o rafforzare (motivare) una premessa dubbia o debole (...) dell'argomento inferiore. La cascata può essere costituita anche da una serie di due o più argomenti s ciascuno dei quali si innesta un argomento di giustificazione o di rinforzo. (...) L'argomentazione a cascata è assai frequente e praticamente sempre presente nel processo, poiché il fatto dedotto nel giudizio, la cui verità insieme alla norma è la

costituisce una delle premesse dell'altro) o convergenti²²⁰ (quando hanno premesse indipendenti tra loro ma insistono sulla stessa conclusione), argomenti contrapposti che confutano argomenti avversari attaccandone le premesse, la tesi o il nesso di consequenzialità oppure, alternativamente, all'uno o all'altro²²¹.

Se premesse e conclusioni integrano meri fatti la cui verità può essere accertata ricorrendo alle scienze di volta in volta competenti in base all'area tematica trattata, il nesso di consequenzialità che ci dice come verranno trattati questi fatti sotto il profilo giuridico e identifica, in ultima analisi, gli effetti che l'ordinamento vi riconnette, vive di una dimensione che non può esaurirsi nel campo scientifico né può definirsi squisitamente logica²²², riguardando problematiche di tipo assiologico ed essendo in ultima analisi strumentale ad accertare la giustezza della tensione performativa della norma di volta in volta in questione.

Se è vero (come è vero) che le forme della generalizzazione normativa accanto al fatto (che peraltro può mancare) comprendono sempre anche una generalizzazione assiologica (che c'è sempre), la priorità per l'interprete, in fase di qualificazione giuridica del fatto, deve essere innanzitutto quella della ricerca di

premessa del dispositivo finale, deve sempre a sua volta essere provata e cioè diventare conclusione di un argomento probatorio».

220 Carcaterra, *Presupposti e strumenti* cit., 134. «Anche la loro funzione è quella di rafforzare la conclusione facendo convergere su di essa il peso di diversi argomenti (...). Quando sulla stessa conclusione convergono argomenti diversi la conclusione ovviamente risulta più forte che se sostenuta da un solo argomento. Le premesse degli argomenti devono essere indipendenti, perché se le premesse di un argomento fossero contenute in quelle dell'altro, non avremmo più due argomenti ma uno solo».

221 Carcaterra, *Presupposti e strumenti* cit., 135 ss. «Il caso più frequente e meno complesso è l'attacco ad una premessa, di cui si nega la verità. Talvolta la premessa che può essere confutata non è esplicita nell'argomento testuale, e qui si rivela l'utilità dell'analisi e della ricostruzione strutturale che porta allo scoperto il bersaglio da colpire. (...) L'attacco al nesso di consequenzialità consiste nel mostrare che esso non sussiste o che è debole, è negare che le premesse sostengano sufficientemente la conclusione (la motivazione è insufficiente si dice, infatti, nel caso che quello che si attacca è il ragionamento di una sentenza). (...) Infine, ci può essere l'attacco diretto alla conclusione avversaria: si costruisce un argomento la cui conclusione è la negazione della conclusione dell'altra parte».

222 *Contra* Carcaterra, *Presupposti e strumenti* cit., 140 ss., il quale pur intuendo la profonda divergenza dell'accertamento relativo ad accertare la verità delle premesse e della conclusione rispetto a quello avente ad oggetto il nesso di consequenzialità (che risulta rafforzato dalla circostanza che solo quest'ultimo può essere oggetto di revisione in sede di giudizio di Cassazione) affida alla «logica in senso stretto» il compito di indagare i nessi di consequenzialità.

tale rispondenza valoriale tra fatto e norma per il tramite di un'operazione analogica.

6. L'interpretazione come procedimento analogico o di ricerca della rispondenza assiologica tra fatto e norma.

Innanzitutto una premessa. Mentre negli ordinamenti strutturati secondo lo schema della *case law* l'analogia è il modo comune di operare una giuridicizzazione del fatto e di creare la regola applicabile alla singola fattispecie, negli ordinamenti che – come il nostro – hanno prediletto la via della codificazione (intesa in senso ampio) l'analogia è un procedimento di risoluzione del caso concreto per c.d. “anomala”, tanto che da più parti se ne contesta addirittura l'opportunità.

In questa sede si tenterà di ricostruire il problema dell'analogia negli ordinamenti di diritto positivo, analizzandone il profilo strutturale – ai fini della verifica circa l'esistenza o meno di una distinzione tra analogia, interpretazione estensiva e applicazione dei principi generali del diritto – e quello funzionale, per applicare il *modus operandi* dell'analogia stessa al sistema giuridico e all'ermeneutica inquadrata alla luce del realismo.

Il concetto di analogia fa la sua comparsa nel nostro ordinamento in epoca relativamente recente, trovando eco nell'epoca dei glossatori come argomento a simili, che era uno dei modi attraverso cui avveniva l'interpretazione estensiva, a sua volta suddivisibile, secondo una certa dottrina²²³, in *similitudo facti* (antenata dell'odierna *analogia legis*) e *similitudo rationis* (oggi *analogia juris*).

La logica cui rispondeva originariamente lo strumento analogico non si esauriva nella mera opera di riempimento di lacune. Al contrario: l'analogia, intesa esclusivamente come *analogia juris*, era stata creata al fine di permettere (paradossalmente) la logica costruzione *ex post* dell'architettura giuridica, ossia l'organizzazione a sistema del diritto già posto. La sua utilità immediata, dunque, nulla aveva a che vedere con il successivo assurgere dell'analogia a strumento di

223 Cfr. B. Brugi, *Per la storia della Giurisprudenza italiana*, in Nuovi Saggi (Torino 1921), 42.

creazione della regola o *directum*, messo a disposizione dell'interprete e come tale attinente alla fase applicativa del diritto²²⁴.

Ovviamente, però, questa necessità di organizzazione e composizione gerarchica delle regole giuridiche sottintendeva il bisogno di una giustificazione complessiva delle stesse che fosse in grado di munire l'operatore giuridico di strumenti decisionali coerenti con il sistema stesso e, in ultima analisi, di colmarne le lacune.

Lo studioso cui si deve la maggiore indagine storica sul tema²²⁵ ha messo bene in luce tutta la problematicità di questa figura, che, in effetti, sin dagli esordi ha mostrato ampi profili di affinità con l'interpretazione estensiva. Prima dell'avvento dell'analogia, infatti, le norme astratte di legge ben potevano essere applicate al di là dei confini letterali e logici che a prima vista le caratterizzavano. Così, al caso non regolato poteva essere estesa in via interpretativa una fattispecie astratta al ricorrere di tre condizioni tra di loro in rapporto di alternatività: il caso non regolato rientrava implicitamente nei *verba* usati dal legislatore, oppure il caso non regolato presentava identità di *ratio* rispetto a quello regolato, o ancora il caso non regolato rispondeva a una *ratio* simile a quello regolato.

L'*extensio*, successivamente, assume una piega più articolata, venendo comunemente riportata alla categoria concettuale dell'interpretazione estensiva solo nel primo caso (quando, cioè, si fa questione della vaghezza fisiologica del linguaggio e dell'evoluzione dei concetti naturalistici), e divenendo *analogia* nel secondo e terzo caso (quando si ragiona per somiglianza o per differenza).

Il discrimine tra interpretazione estensiva e analogia diviene così meramente quantitativo, applicandosi la prima e non la seconda quando le fattispecie sono tra loro più simili o, meglio, quando la similitudine è di tipo logico-semantic, e la seconda quando la similitudine risiede nella sola logica o volontà del legislatore o dell'ordinamento.

A seconda della corrente di pensiero dominante, l'analogia (*juris*) è stata poi utilizzata come mezzo di interazione tra diritto positivo e diritto naturale, al fine

224 M.S. Giannini, *L'analogia giuridica*, in JUS, 1942, 516 ss.

225 N. Bobbio, *L'Analogia nella logica del diritto* (Torino 1938).

sia di asservire il primo al secondo, garantendone la “giustizia”, sia di colmare le lacune per il tramite dei principi di diritto naturale.

Subentrata la visione storicista, v. Savigny sostituisce al diritto naturale l'intima forza organica propria di ogni sistema giuridico storicamente vigente, autosufficiente, capace di auto riprodursi e dare risposta a qualsiasi esigenza del vivere sociale senza ricorrere a dati meta positivi.

Ferme le premesse, con la pandettistica si assesta, invece, una visione del tema che è ancora oggi predominante, operandosi una distinzione tra analogia e interpretazione estensiva essenzialmente fondata sulla diversa base di partenza delle due tecniche interpretative, ossia la lacuna (nel caso di analogia) e la norma regolante un caso simile (nell'interpretazione estensiva).

Stante i confini concettuali mobili dell'analogia e la sua duttilità rispetto agli scopi perseguiti di volta in volta dai suoi fautori, Bobbio (assieme ad altri)²²⁶ è infine giunto a teorizzare la sostanziale coincidenza tra analogia e interpretazione, la quale assume le vesti dell'interpretazione correttiva qualora ricorra identità di ratio o vaghezza linguistico-concettuale e dell'*extensio*, qualora sussista una *simil ratio*.

L'analogia sarebbe in quest'ottica non già un concetto giuridico dotato di una propria autonomia ma una figura di valore meramente tecnico che condivide con l'interpretazione la base logica, tale per cui se Q è P, S è simile a Q, S è P. L'analogia come strumento logico di estensione della norma passa per un giudizio di somiglianza tra S e Q secondo il modello del paradigma aristotelico presupponendo, quindi, la individuazione di un *quid* comune a entrambe le fattispecie (M) che, a sua volta, a seconda dei casi assume le vesti di causa comune a S e Q ovvero di genere di appartenenza di S e Q.

Tuttavia, si obietta²²⁷, pur se il paradigma aristotelico ben si presta ad essere posto a fondamento di un ragionamento strumentale alla decisione del caso non regolato, esso a ben vedere non fa altro che offrire all'interprete uno strumento argomentativo convincente ossia logicamente corretto, che dia una copertura giustificativa alla decisione. Ma non risolve il problema dell'analogia giuridica.

226 L. Gianformaggio, voce *Analogia*, in Dig. Disc. Priv., 321 ss.

227 Gianformaggio, *ibidem*.

«Tale problema, invero, sta tutto in ciò, che la norma espressa su cui si fonda l'analogia è "Q è P", mentre M non è nella legge e *va provato che è nel diritto*. Solo se questa prova riesce risulterà giustificata *in base al diritto* la decisione conclusiva»²²⁸. Considerando la giuridicità di M come già provata ovvero come elemento del procedimento analogico non bisognoso di prova in realtà non si fa che aggirare l'autentico problema dell'analogia giuridica riportando la questione sulle sponde ben più rassicuranti della mera interpretazione.

È chiaro, dunque, che una differenza qualitativa tra analogia e interpretazione esiste e va rintracciata in quel gradino tra il caso non regolato e il caso simile che, di fatto, non gode di alcuna copertura giuridica e, pertanto, non esiste nel diritto.

Una diversa dottrina²²⁹ coglie invece in M non già una vera e propria lacuna o un diverso stato dell'essere (intendendo perciò M semplicemente come fenomeno non giuridicizzato) ma un elemento implicitamente regolato da una regola che si colloca, però, ad un grado di normazione diverso e superiore. In quest'ottica l'analogia diviene un procedimento di integrazione normativa che parte da un giudizio di comparazione tra fatto (x) e fattispecie (y), ne identifica gli elementi comuni, ossia qualificabili giuridicamente allo stesso modo, riscontra l'insufficienza della fattispecie (x) a ricomprendere in sé il fatto(y) (nonostante l'*extensio*), ossia l'elemento M ($x = y + M$), e cerca ad un livello di normazione superiore quella norma-principio (z) che comprende sia la fattispecie da integrare (y) sia il fatto (x): $z = y + M$.

È bene precisare che per norma-principio questa dottrina intende una tipizzazione giuridica caratterizzata da un maggiore grado di generalità rispetto a quello della norma risultata insufficiente a seguito del giudizio di somiglianza e non, *sic et simpliciter*, un principio generale dell'ordinamento, tali essendo le norme-principio identificabili all'esito di un procedere logico che, dal particolare al generale, arriva sino all'apice dell'astrazione giuridica, tale per cui la ricerca di una forma di generalizzazione più ampia risulta impossibile, avendo l'indagine esaurito il campo del diritto.

228 Gianformaggio, *Analogia* cit., 324.

229 Giannini, *L'analogia giuridica* cit., 531-532.

Il procedimento di riconduzione della norma alla norma-principio avviene per il tramite di un'indagine sugli effetti (espressione infelice che probabilmente è da intendersi come "obiettivi") che entrambe mirano a produrre (ossia "realizzare") che non necessariamente devono coincidere, ben potendo la norma-principio avere un raggio di azione più esteso di quello della norma da integrare.

Così, le norme che possono fondare un procedimento analogico sono quelle norme che costituiscono applicazioni di specie *quoad effectum* di una norma-principio e le c.d. norme a contenuto indeterminato rispetto al sistema giuridico, riconducibili al principio *ex post* (come ad es. è accaduto per le obbligazioni solidali, analogicamente applicate anche alle obbligazioni tributarie).

Diversamente le norme a fattispecie esclusiva (che esauriscono in sé il principio che le ispira ossia lo scopo perseguito dall'ordinamento ossia, in ultima analisi, le c.d. norme eccezionali) e quelle a contenuto individualmente determinato (ad es. le norme sulle immunità dei parlamentari) non sono suscettibili di analogia.

In quest'ottica tra interpretazione estensiva e analogia sussisterebbe una diversità qualitativa di tipo però squisitamente metodologico. Entrambe, infatti, identificherebbero procedimenti di integrazione normativa a disposizione dell'interprete ma, mentre nell'interpretazione estensiva l'opera di ricerca e integrazione della norma si esaurisce a seguito di un'indagine sulla norma stessa da integrare, nell'analogia è necessario ai fini del completamento del fenomeno integrativo l'intervento in funzione comparativa di un terzo: ossia la forma della generalizzazione con un grado di astrazione superiore rispetto alla norma da integrare. Qualora manchi, invece, una fattispecie simile al fatto da regolare non si procederà per analogia ma si farà diretta applicazione dei principi secondo una tecnica integrativa più semplice dell'analogia in senso stretto perché limitata ad un'opera di comparazione a due.

Secondo questa dottrina, l'analogia, in ultima analisi, non sarebbe altro che un mezzo attraverso cui l'ordinamento si auto riproduce ed integra, non necessitando per il suo operare di sconfinare dall'ambito del giuridicamente rilevante.

Senonché, dove la ricostruzione di questa dottrina non convince è proprio nel suo voler ricondurre *tout court* l'analogia alla logica, identificandola con un argomento *ab exemplo* o paradigma, che sostanzialmente lascia coincidere l'indagine circa gli effetti o obiettivi che dir si voglia, con l'indagine circa la *ratio* dell'ordinamento o della norma, rendendo in buona sostanza indistinguibile l'interpretazione fondata sul criterio teleologico e l'analogia, posto che la *ratio* del legislatore o la "ragion sufficiente" della norma non può mai essere conosciuta in forza della norma singolarmente considerata ma, semmai, alla luce del sistema complessivamente inteso²³⁰.

Ma vi è di più. Proprio il tentativo di distinguere tra analogia in senso stretto e applicazione dei principi generali emerge la necessità di spostare la prospettiva dell'indagine da un ambito prettamente giuridico ad un ambito che sia comprensivo anche di ciò che giuridico non è, posto che il giudizio di comparazione qui si svolge direttamente tra la *ratio* del principio, da un lato, e la *ratio* del fatto, dall'altro lato, ossia, secondo il linguaggio di certi giuristi²³¹, tra *equitas constituta* e *equitas rudis*. Quest'ultima (*equitas in ipsis rebus*) sarebbe un principio oggettivo esprime la qualità normativa dei fatti stessi e la prima (*equitas constituta*) sarebbe la traduzione in diritto dell'*equitas rudis* per il tramite dell'opera del legislatore mossa dalla sua visione, soggettiva, di giustizia.

Senonché, la *ratio*, in quanto tale, è una qualità della norma piuttosto che del fatto e l'indagine circa l'identità o similarità della stessa lungi dall'essere il fondamento dell'analogia ne rappresenta la conseguenza, esaurendosi l'analogia in un procedimento di identificazione della qualità o sostanza normativa del fatto stesso²³².

230 Cfr. Gianformaggio, *Analogia* cit., 325.

231 E. Cortese, *Justitia e principio soggettivo nel pensiero civilistico medioevale*, in ASD, 3-4, 1960, 119 ss.

232 A. Baratta, *Note in tema di analogia giuridica*, in Studi in onore di Emilio Betti (Milano 1961), 581; cfr. F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*² (Napoli 2010), 12, ss, il quale distingue la conoscenza di ragione o razionale da quella secondo ragionevolezza: la prima riguarda i fatti intesi in senso ampio, comprensivo tanto dei fenomeni naturali quanto dei comportamenti umani; la seconda è applicabile solo a quella parte della realtà sottoponibile a giudizi di valore. Cfr. Nivarra, *Ragionevolezza e diritto privato* cit., 373 ss., il quale intende la ragionevolezza come criterio di valutazione delle condotte dei privati. «In altri termini, dato un certo comportamento individuato in astratto (...) attraverso il richiamo alla ragionevolezza viene stabilita quale condotta osservare in concreto sulla base di un parametro che abbina tipicità sociale ed equilibrata tutela dell'interesse

Convince di più, allora, l'impostazione di quella dottrina²³³ che vede nell'analogia uno strumento di regolazione del caso fondato sulla coerenza assiologica della singola massima di decisione rispetto al complessivo impianto ordinamentale.

«Tale intervento avviene ponendo la situazione sotto quel punto di vista assiologico che è dato dal principio normativo stesso, che è inferito dalla norma o dalle norme che disciplinano il caso o la materia a cui il fatto nuovo è assimilato. (...) Esso (il principio n.d.a.) costituisce il punto di vista assiologico, che permette di porre in evidenza il motivo giuridicamente rilevante fondamentale attorno a cui sono organizzati gli elementi del fatto sul livello della rilevanza giuridica. La comunanza (tra caso e norma n.d.a.) di motivo giuridico e il comune riferimento ad uno stesso principio normativo (*ratio*) costituiscono dunque due momenti indissolubilmente concatenati del procedimento di assimilazione analogica, non il dato da cui essa parte. In entrambi i due momenti il riferimento alla *ratio* rappresenta il risultato intermedio di un processo che si conclude con la creazione della massima di decisione per il caso non disciplinato e con la imputazione di questa a quella stessa *ratio*, ossia a quello stesso principio normativo».

L'analogia in quest'ottica è non già un argomento *ab exemplo* ma un argomento *a proportione*. «Perché l'analogia, nella sfera etica, intende essere un procedimento razionale di attribuzione di valore.» Parallelamente «l'analogia in diritto non è il paradigma e non fonda una probabilità. Analogia è proporzionalità»²³⁴.

Proprio questa sua caratterizzazione implica, secondo questa dottrina, l'impossibilità di svolgere il procedimento analogico in presenza di (o in relazione a) una sola norma. L'analogia presuppone, infatti, un sistema coerente e

creditorio. Da questo punto di vista la ragionevolezza si differenzia abbastanza nettamente dalla buona fede in funzione integrativa: difatti, mentre la seconda è fonte di obblighi, la prima, come abbiamo detto, è metro di valutazione delle condotte sotto il profilo dell'adeguatezza e della opportunità.

233 Cfr. Gianformaggio e Baratta, *opp. ult. cit.*

234 Gianformaggio, *Analogia* cit., 325; cfr. Modugno, *Ragione e ragionevolezza* cit., 76 ss., il quale parla di conoscenza formale e razionale, declinabile secondo la logica del vero-falso, e conoscenza ragionevole rispondente al canone della probabilità o verosimiglianza e implicante soluzioni sensibili al problema della controvertibilità e del bilanciamento.

consistente, fondato su valutazioni operate, in primo luogo, dal legislatore, dal quale desumere la regola di distribuzione dei meriti (in senso aristotelico)²³⁵, di modo tale che il non previsto in senso giuridico possa comunque essere regolato²³⁶.

Il metodo attraverso cui si trova la regola di distribuzione è, invero, composito. Date diverse fattispecie (F1, F2, F3) cui si riconnettono determinate conseguenze giuridiche (C1, C2, C3), le suddette fattispecie saranno prima confrontate tra di loro individuando le differenze rilevanti ai fini della produzione di una determinata conseguenza giuridica, poi il caso non regolato (F4) verrà confrontato con le fattispecie regolate alla luce delle divergenze emerse. Se si trova una fattispecie che non presenta rispetto al caso regolato divergenze rilevanti ai fini della produzione di una conseguenza giuridica si procederà a simili, altrimenti si procederà a contrario. Se, invece, si trova una fattispecie che presenta sì rispetto al caso non regolato differenze rilevanti, ma nel senso di far ritenere il caso non regolato ancora più “meritevole” di quella conseguenza giuridica si procederà a fortiori²³⁷.

«L’analogia così intesa, comprensiva dell’argomento a simili, dell’argomento a contrario e dell’argomento a fortiori, va considerata un procedimento logico formalmente valido? Evidentemente no, dal momento che i valori espressi dai rapporti da eguagliare sono valori qualitativi e non quantitativi

235 Aristotele, *Etica Nicomachea* cit., 20-29.

236 L’organizzazione a sistema delle regole giuridiche è, in primo luogo, un’organizzazione a sistema di giudizi di valore di modo tale che il diritto istituisce con la realtà un rapporto dialettico, fondato sulla condivisibilità dei risultati cui perviene ma non certo sulla loro giustezza in termini assoluti. «Non si dà cioè un *prius* (buone ragioni o consenso) e un *posterius* (consenso fondato su buone ragioni, ovvero buone ragioni risultati dal consenso), bensì un processo circolare fondato su presupposizioni o condizioni trascendentali che rendano possibile il dialogo e l’intesa (se si ottiene) tra i dialoganti». Modugno, *Ragione e ragionevolezza* cit., 119.

237 D’altronde già J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa (Roma-Bari 2013), 255 riteneva che il consenso sociale ossia la condivisibilità degli argomenti utilizzati per addivenire ad una determinata conclusione dipendesse dalla solidità degli argomenti usati, riguardata in un’ottica allargata, comprensiva anche della legittimità formale, e che non fosse mai possibile approdare ad un grado di incontrovertibilità tale da sottrarre la logica giuridica alle regole della verosimiglianza. «Questa teoria si fonda su un concetto “forte” di razionalità procedurale, un concetto cioè che vede nella validità della sentenza non soltanto la dimensione logico-semantiche della connessione argomentativa, ma anche la dimensione pragmatica dello stesso processo di fondazione».

e quindi sono sempre suscettibili di interpretazioni diverse e di discussione»²³⁸. Ma delle due l'una: o si ritiene che il diritto non è un dato ma un prodotto in continua evoluzione e frutto della collaborazione tra tutti gli operatori del diritto oppure lo si nega e in tal caso deve escludersi la possibilità stessa di un procedimento analogico nel diritto.

7. Analogia, natura della cosa e criterio di unità o coerenza assiologica dell'ordinamento giuridico.

Il punto critico di questa ricostruzione (espressamente ritenuto come tale da Baratta) è la sua apparente propensione verso il relativismo, a scapito della certezza del diritto. Ci si chiede, in altri termini, come si possa operare la scelta tra i vari principi che aleggiano nel discorso giuridico se non per il tramite di una decisione arbitraria, posto che la logica in questo caso non ci aiuta.

Mentre Gianformaggio fonda il discrimine tra i principi in forza del principio cardine di uguaglianza sostanziale, che legittima l'interprete a trattare in modo eguale gli eguali e diverso i diversi, Baratta chiama in soccorso la c.d. "natura del fatto" e il concetto di unità o coerenza dell'ordinamento giuridico in senso dinamico.

Quando si parla di "natura del fatto" ci si riferisce, in realtà, non tanto alla struttura oggettiva del fatto stesso, che di per sé è neutra, ma ai valori in esso necessariamente incorporati che, nella prospettiva del realismo giuridico, vanno intesi in senso oggettivo e sostanziale e si collocano sullo stesso piano dei bisogni.

Ogni fatto si muove sempre in compagnia di un valore e, dunque, presenta una sua propria normatività, la quale a sua volta è un concetto di tipo relazionale, emergendo solo nel momento in cui il fatto viene posto in relazione ad un sistema normativo dato, per verificare la perpetuabilità, in un dato contesto spazio-temporale, di un determinato schema o tipo ideale.

Il concetto di tipo ideale che identifica l'astratta norma di legge si muove, infatti, su due piani: un primo piano della generalizzazione strumentale a mettere in relazione il fatto ad uno schema di natura squisitamente descrittiva, un

²³⁸ Gianformaggio, *ibidem*.

secondo piano c.d. di essenzializzazione, in cui gli elementi del fatto vengono organizzati attorno ad un aspetto essenziale che ne esprime la rilevanza giuridica specifica (o motivo giuridico fondamentale). In questa seconda fase, la riconduzione del fatto alla norma avviene per il tramite di un'indagine di tipo assiologico, relativa alla funzione normativa della costruzione stessa. «Qui il termine di riferimento non è più un *genus*, ma una esigenza assiologica, un valore, che è dato dallo stesso principio normativo su cui poi si basa il reperimento della massima di decisione»²³⁹

Il fondamento di entrambe le fasi non è, di per sé, oggettivo e razionale, ma si basa su una visione propria dell'ermeneutica contemporanea che, abbandonata la logica del dualismo, ha compreso la natura del fenomeno giuridico come fenomeno essenzialmente dialettico, caratterizzato da una osmosi tra circostanze della vita e norme e, al tempo stesso, tra fatti e valori.

La positività, in quest'ottica, caratterizza il comando legislativo nel momento in cui esso si concretizza, ossia nel passaggio dalla norma in senso statico (o *jus*) alla norma in senso dinamico (il *directum*)²⁴⁰ ed è subordinata ad una verifica circa l'attuale correlazione funzionale tra il fatto da regolare e il tipo ideale, sia sotto il profilo descrittivo sia (soprattutto) sotto il profilo assiologico, quest'ultimo a sua volta contestualizzato rispetto alla totalità assiologica a cui è relativo (c.d. unità o coerenza dell'ordinamento giuridico in senso dinamico).

Non potrebbe esservi altro meccanismo utile a svolgere questa funzione dal momento in cui: 1) l'idea del valore come concetto a sé è ormai del tutto tramontata sostituendosi ad essa la consapevolezza circa l'inconoscibilità diretta dei valori stessi che, di conseguenza, reclamano il metodo analogico che non può operare se non per il tramite del dialogo; 2) la natura di scienza deduttiva della dogmatica include definitivamente il problema del diritto giusto tra i problemi metodologici del diritto e, precisamente, lo inquadra come il primo e più grande problema ermeneutico, suggerendo in ogni caso di declinare il momento

239 Baratta, *Note cit.*, 586-587, nota 30.

240 Cfr. Lipari, *Diritto e valori sociali: legalità condivisa e dignità della persona cit.*, 22 s. La prima identifica il dato giuridico inteso in senso squisitamente formale, che funge da modello d'azione; la seconda è riconducibile al concreto precetto d'azione come risultante all'esito di un'opera interpretativa nel corso della quale tra soggetto (interprete) e oggetto (*jus*) si instaura un circolo ermeneutico tale per cui ognuno partecipa dell'altro e contribuisce a comporne l'essenza.

applicativo della norma secondo logiche che consentano la verificabilità della razionalità dell'argomentazione sottesa alla decisione²⁴¹.

Di conseguenza, la “natura del fatto” assurge, come principio regolativo, a criterio razionale di costruzione del fatto stesso tanto al livello sociologico (o descrittivo) quanto a livello giuridico (o assiologico) e segna il discrimine tra ciò che è positivo in quanto storicamente adeguato al fatto e ciò che non lo è più, per sopravvenuta discrepanza assiologica tra il tipo ideale e l'ordine oggettivo di problemi che lo schema giuridico mirava a regolare²⁴².

«Ciò però significa che un “giusto diritto”, in generale, non sussiste come una entità o come un qualcosa che si possa trovare già pronto, ma, piuttosto, avviene, storicamente in un processo che non giunge mai a fine»²⁴³.

Poiché, in quest'ottica, l'attività valutativa precedente la decisione giudiziale deve necessariamente partire dall'essere o fatto storico da giudicare,²⁴⁴ per coglierne l'intima natura l'interprete dovrà calarsi sul piano della «effettività empirica» e conoscerne il linguaggio per poi stabilire un dialogo teleologico tra

241 Cfr. Mengoni, *La questione del “diritto giusto” nella società postliberale* cit., 60-61. L'a. così si esprime: i valori «possono essere conosciuti solo indirettamente, in via analogica, con l'ausilio del secondo metodo o tragitto indicato da Socrate a coloro i quali non è dato apprenderli direttamente grazie a una divina rivelazione: cioè il metodo del dialogo, con cui si mettono a confronto i vari punti di vista e i ragionamenti che da essi si conducono, procedendo “per prova e per errore” come dice Popper, ovvero, per ricordare un verso di Dante “provando e riprovando” e accogliendo infine il ragionamento che appaia il meno confutabile, e quindi il più verosimile. Per questa via la costruzione dell'etica viene concepita in termini dialogici (il dialogo è la forma più agile e flessibile di espressione), non fonologici, e così i conflitti sociali di interessi penetrano nella sfera dell'argomentazione morale articolandosi in questioni ragionate di procedura e di competenze. Il problema della fondazione delle decisioni applicative del diritto positivo non è un problema dogmatico, ma ermeneutico. L'interpretazione della legge deve integrarsi in un'ermeneutica che non si esaurisce all'interno della dimensione terminologica, ma si propone il compito ulteriore elaborare criteri che non solo rendano possibile una discussione razionale sui valori della giustizia, ma che siano idonei a far riconoscere la regola del giusto nella realtà sociale individuata dalla norma positiva come proprio ambito operativo».

242 Baratta, *Note* cit., 589, nota 30.

243 Così Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica* cit., 140-141.

244 Cfr. F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1192, il quale, parlando della ragionevolezza ritiene che essa conduca «all'elaborazione di regole estrapolando la normatività intrinseca alle circostanze concrete nelle quali il rapporto si svolge (corsivo aggiunto), nell'ottica del completamento del vincolo e, dunque, nel rispetto di una certa misura di coerenza e di compatibilità con quest'ultimo».

l'essere e il dover essere²⁴⁵. Così, se in una prospettiva giuspositivistica, l'interpretazione (estensiva o analogica) è un mero strumento tecnico volto a garantire la completezza di un sistema lacunoso, l'approccio (che definiremo) realista la rende mezzo di comunicazione e collegamento «tra le due categorie di ciò che è giuridicamente esistente ma non rilevante e ciò che è giuridicamente rilevante»²⁴⁶.

Ecco dunque che, rispetto ad impostazioni più tradizionali, il circolo ermeneutico cambia sembianze: il piano di partenza non è più quello giuridico ma quello del reale e l'opera dell'interprete consiste sempre in uno sforzo comparativo tra il fatto (*rectius*: l'atto) e il tipo ideale (inteso come *genus* accompagnato dal valore) e tra l'idea (il solo valore) e il sistema.

Il primo livello dell'indagine si risolve in una ricerca di corrispondenze generalmente descrittive tra il fatto-fatto e il fatto-*jus*. Quando, però, il fatto-*jus*

245 Di conseguenza, più che parlare di diversi gradi di urgenza con cui viene percepito il principio di solidarietà bisognerà stabilire e individuare il diverso grado di prevalenza dell'uno o dell'altro linguaggio; si pensi a titolo esemplare a quello giuridico, mercantile o amministrativo. Sul piano giuridico, il luogo in cui tali sistemi sembrano destinate a interagire naturalmente è quello delle clausole generali, la cui interpretazione non può non risentire dello "stato di salute" dei rapporti tra società, mercato e potere amministrativo. Esse, dunque, non si limitano a realizzare una parziale abdicazione da parte del legislatore in favore dell'interprete ma vanno ben oltre, divenendo mezzi di interazione e scambio tra il sistema giuridico e i sistemi che giuridici non sono. L'epoca odierna, in una prospettiva europeista, sembra caratterizzata da una rinuncia del potere amministrativo al controllo sul mercato che si traduce in una costruzione giuridica fortemente orientata a favore del potere giurisdizionale. I progetti di elaborazione colta di un codice civile europeo denunciano a chiare lettere questa tendenza, con la loro deliberata enfattizzazione della buona fede, con la rinuncia ad ogni pretesa di tutela di interessi ordinamentali, con l'introduzione di rimedi rimessi alla discrezionalità del singolo, con l'obliterazione della causa del contratto. Lo status quo è, dunque, quello di un sistema in cui l'Ordine Giuridico, da un lato, si interfaccia con un Potere Amministrativo dimesso – sintomatico (anche) della ritrosia degli Stati nazionali a rinunciare a porzioni della loro sovranità in favore di una nuova entità politica, l'Europa, potenzialmente capace di fagocitarli azzerandoli – e, dall'altro lato, si trova a fare i conti con un Mercato che, lasciato sciolto e libero di autodeterminarsi, reclama spazi di autonomia sempre più estesi.

246 Così Tasso, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto* cit., 254 s., secondo il quale l'interpretazione «ha proprio il compito di disvelare e rendere palese la giuridicità che pur essendo contenuta nel fatto non è giunta ad essere "illuminata" da una norma di legge. Ma il fatto è già, ha una sua vita, una sua realtà; ed è proprio per questo che (...) l'interpretazione viene sì a creare legge, nel senso di dar vita giuridicamente rilevante a un fatto che prima non l'aveva, ma lo fa semplicemente "indicando" una realtà giuridica già esistente e venendo a chiarire, a scoprire, a togliere il velo a qualcosa che già esiste e cioè il giuridico, che già esiste ed è vitale anche se non, lo ripetiamo, giuridicamente rilevante».

consiste in una forma della generalizzazione puramente assiologica (come nel caso delle clausole generali) l'indagine si svolge prendendo a riferimento direttamente la componente assiologica sia dell'uno (il fatto-fatto) sia dell'altro (il fatto-*jus*); il che equivale a dire che del fatto-fatto si indaga l'atto e del fatto-*jus* si indaga la funzionalità, genericamente ricavabile in base ad una lettura diacronica dell'istituto cui inerisce. Il secondo livello dell'indagine, invece, è strumentale a verificare la ragionevolezza (ossia giustizia) della decisione (o, meglio, del fatto-*decisum*) nella misura in cui il valore (o bisogno) soddisfatto per il tramite dell'applicazione della regola risulti attuale (ossia vigente) nel quadro sistematico complessivo a cui appartiene la regola ed effettivamente soddisfatto dalla produzione degli effetti ad essa connessi²⁴⁷.

Da ciò deriva che la totalità del diritto non va identificata con un'unità di norma ma con un'unità di rapporti, un'unità relazionale. «Unità relazionale, corrispondenza: ma questo significa analogia» e, dal momento in cui analogia

247 Cfr. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione* cit., 26, la quale così argomenta: «Parrebbe così assumere meno evanescenti contorni una nozione generalizzata e generalizzante di interpretazione, tale perché non limitata ad uno o ad altro dei settori cui appartiene l'entità sconosciuta che chiede di essere indagata; una nozione di interpretazione vista quale procedimento attraverso il quale pervenire non alla mera descrizione o alla piatta riproduzione o riproposizione (esegesi), ma appunto alla comprensione (ermeneusi) di un "fatto" tramite quel medio costituito da una conoscenza piena, tale perché ottenuta grazie all'impiego dei metodi sistematico e storico-evolutivo; di un'interpretazione che, quando abbia ad oggetto, per quel che qui particolarmente importa, la regola juris – legge, fatto-negozio, provvedimento amministrativo, sentenza, ecc. – dovrebbe funzionare in modo da attribuire a tale "fatto" il significato che un suo apprezzamento condotto appunto all'interno del sistema al quale esso appartiene, nel quadro dei principi regolatori della materia nella quale esso risulta inserito, dei dati contestuali e storici, delle condizioni ambientali in cui esso si è concretato, degli effetti che dovrebbero scaturirne, che ne sono scaturiti o che è ragionevole o probabile o prevedibile che ne scaturiscano, della funzione che tal "fatto" è deputato a svolgere sul piano sociale o su quello delle relazioni interprivate, dovrebbe consentire di raggiungere al di là di ciò che già ho indicato come mera descrizione tipologica della regola posta o del risultato ottenuto. Il che non può appunto non implicare l'accertamento della natura del "fatto" e la contemporanea determinazione della (o dei limiti di) rilevanza e pertanto del significato non meramente esteriore e formale, ma sostanziale e dunque della portata che quel "fatto" assume nell'ambito fenomenico nel quale è destinato ad inserirsi ed a funzionare: in definitiva, la valutazione finale (quale intimo apprezzamento) della portata obiettiva del "fatto" stesso per coglierne l'intimo valore ed in tal senso comprenderlo. Opera di comprensione attraverso la quale incidere, con apporto critico ed eventualmente "creativo" (modificativo, correttivo), sul "fatto" indagato. Che è poi, in qualche modo (solo in qualche modo), quanto si afferma quando si dice che l'ermeneutica "è il luogo in cui si esercita l'autoriflessione metodologica, in cui si stabiliscono le misure di razionalità, della giustificazione fondata sui motivi, in cui si esercita la fantasia dell'interprete" (De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione*, pag. 107)».

significa corrispondente secondo il *λογος*, la realtà del diritto si fonda su una corrispondenza e la conoscenza del diritto è sempre una conoscenza analogica.

L'analogia, quindi, lungi dal rappresentare un congegno eccezionale, da temere e non generalizzare in quanto sintomatico di arbitrio, si caratterizza in senso fortemente razionale ed è un passaggio ineliminabile nel divenire giuridico, nella transizione cioè, dalla possibilità del diritto al diritto in senso proprio oltre ad essere, al tempo stesso, il collante necessario alla sopravvivenza dell'idea di sistema giuridico.

Un elemento che rimane però irrisolto consiste nella indeterminatezza degli effetti giuridici che si riconnettono a queste forme della generalizzazione, da sempre mutevoli soprattutto sotto questo punto di vista. Si pensi alla buona fede e alla sua duttilità rispetto al contratto ma anche al rapporto obbligatorio.

Invero, la circostanza che vede nelle generalizzazioni che non assumono la veste di regole forme di astrazione puramente assiologiche induce a riflettere circa il rapporto tra una fattispecie astratta sfornita di fattispecie concreta ed effetto giuridico. In altri termini, vien naturale chiedersi se questa mancanza nei principi e nelle clausole della componente fattuale in fase di idealizzazione privi per ciò solo gli istituti in parola del carattere normativo.

Secondo una dottrina²⁴⁸, la costruzione giuridica ispirata alla natura delle cose permette di conciliare la tensione astrattizzante dei concetti giuridici e la dimensione storica e concreta del diritto come fenomeno sociale. In questa prospettiva, l'idealtipo creato dal diritto non costituisce un mero modello ideale, ma «uno schema essenziale di una realtà purificata dalle casualità individuali»²⁴⁹ ideato con logica coerente e, di conseguenza, adatto a prestarsi come termine di comparazione univoco. La logica della giuridificazione, riletta alla luce della natura della cosa, impone di ripensare ai concetti giuridici come a forme della generalizzazione a servizio non dell'universale ma del particolare e, perciò, realmente vincolanti solo in quanto al loro nucleo essenziale, che è il valore.

In altri termini: il diritto è un'idea, in quanto tale è pura forma, ma l'idea non ha senso se non trova una rispondenza nel mondo materiale poiché con

248 G. Radbruch, *La natura della cosa come forma giuridica del pensiero*, Riv. int. Fil. Dir., XIX, 145 ss.

249 L'idea è di M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it. a cura di P. Rossi (Torino 2003).

esso si trova in rapporto di costante relazionalità. Tale relazionalità avviene per il tramite della norma che serve a creare un contatto tra i concetti sociali di tipo pregiuridico (materia del diritto) e le idee del diritto²⁵⁰.

Anche Bobbio non nega la rilevanza della natura della cosa per «una migliore comprensione dell'opera del legislatore, del giudice e del giurista nella formulazione delle regole», pur reclamandone una concettualizzazione tecnica rigorosa²⁵¹.

In primo luogo è, dunque, opportuno precisare che la natura della cosa non può mai assurgere a fonte del diritto se non nel caso in cui il giudice sia chiamato a decidere secondo equità²⁵².

In secondo luogo è necessario riconoscere che la possibilità logica e semantica di trasformare proposizioni descrittive (giudizi di fatto) in proposizioni prescrittive e giudici di valore implica l'abbandono della distinzione tra *Sein* e *Sollen* che, secondo Bobbio, è connaturata all'idea stessa di sistema normativo.

Sul superamento del dualismo metodologico che caratterizza tale impostazione si è già accennato. Qui è opportuno ribadirlo ricordando che tale bipolarità vale solo con riferimento al diritto in quanto scienza logica mentre non ha senso alcuno se rapportato al diritto nella sua accezione filosofica²⁵³. Mentre il primo concetto riguarda il fenomeno giuridico come fatto astrattizzato dotato di una propria oggettività, governato da regole logiche e svincolato dall'attività del soggetto che lo pone in essere (di modo tale che ben può apprezzarsi la divergenza tra *Sein* e *Sollen*), il secondo interessa non la possibilità del diritto ma la sua concreta e storica validità. Nell'indagare il ruolo e la portata

250 G. Radbruch, *Idea del diritto e materia del diritto. Uno schizzo*, trad. it. a cura di G. Berno, A. Mazzei, in *Fondazione ontologica del diritto e "natura della cosa"*, a cura di A. Mazzei e T. Opocher (Milano 2011).

251 Cfr. N. Bobbio, *La natura delle cose*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, trad. it. (Milano 1965), 197 ss.

252 In questo senso M. Gutzwiller, *Sulla dottrina della "natura della cosa"*, in *Fondazione ontologica del diritto e "natura della cosa"* cit., 87 ss., spec. 101-102, il quale richiamando il modello della giurisprudenza romana, ritiene che «questo metodo dell'accertamento del diritto in caso di lacuna (dunque quando vengono a mancare tutti gli altri sussidi e prima che si eriga una regola "come legislatrice" – poiché essa, in quanto tale, esige un processo di generalizzazione (...) di un gran numero di casi con il più disparato coinvolgimento di interessi, sul quale raramente il giudice del singolo caso avrà mai il necessario sguardo d'insieme) si può chiamare con ragione una decisione secondo la "natura della cosa"».

253 Così già W. Cesarini Sforza, *Filosofia del diritto* (Milano 1949).

dell'ermeneutica nel procedimento di formazione e attuazione del diritto non ha senso ragionare sul diritto inteso come fatto storico, incastonato in una dimensione altra e indipendente da quella in cui si muovono i destinatari delle norme: «la validità concreta del diritto non sta nella sua possibilità, bensì nella sua attualità e cioè non nello “schema normativo”, che non può avere che la validità logica dell'astrazione, ma nella condotta del soggetto che pone e attua la norma»²⁵⁴.

Il sapere scientifico e cioè fenomenico passa per una conoscenza astratta ed empirica che non permette di attingere alla vera conoscenza, quella filosofica, a sua volta intesa come autocoscienza ossia come conoscenza della verità del mondo attraverso le modificazioni che il mondo stesso nella sua oggettività produce nella nostra mente²⁵⁵.

Ciò che occorre ora indagare è la portata giusnaturalistica o storicista della teoria della natura della cosa. Nella sua primigenia accezione la natura della cosa si pone senz'altro come una derivazione del giusnaturalismo, per lo meno nella misura in cui pretende di dover derivare il *Sollen* (dover-essere) dal *Sein* (essere) e non dal *Dasei* (esistente). In questo senso la teoria della natura della cosa ripropone il dualismo proprio del formalismo giuridico operando una netta distinzione tra l'atto o spirito come attività e il fatto o natura come risultato di tale attività trascendente rispetto al primo.

L'evoluzione storicista della *Natur der Sache* ha imposto un ripensamento dei termini della vicenda, inquadrando la natura della cosa come un qualcosa di mutevole e dipendente da variabili storico-sociali. La pandettistica tedesca e la moderna scienza ermeneutica, in particolare, hanno operato una fusione tra i

254 Così A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, Fondazione ontologica del diritto e “natura della cosa” cit., 121. «La considerazione oggettiva del diritto è quindi il momento astratto del sapere scientifico, per il quale il diritto è un complesso di problemi da risolvere in funzione pratica; nel momento concreto del sapere filosofico il diritto è visto nella sua vita, che è il continuo circolo soggetto-oggetto-soggetto e cioè il continuo essere posto ed essere superato dell'oggetto da parte del soggetto».

255 J. Locke, *Saggio sull'intelletto umano*, trad. it. a cura di Pellizzi (Bari 1972), III, 11, 121-122: «Ogni uomo ha una così inviolabile libertà di far che le parole stiano per le idee che a lui piacciono, che nessuno ha il potere di far sì che altri abbiano nella mente le stesse idee che ha lui, quando pur usino le stesse parole che egli usa. Di questo sono certo, che, in tutte le lingue, il significato delle parole dipendono in gran parte dai pensieri, nozioni ed idee di chi le usa, inevitabilmente sarà incertissimo anche per gente della stessa lingua e paese».

concetti di *naturalis ratio* e natura della cosa utilizzato quest'ultima come fonte di interpretazione integrativa del diritto²⁵⁶. Il passo successivo è consistito nell'impostare la questione in termini metodologici, inquadrando la natura della cosa nell'ottica di uno strumento interpretativo strumentale alla individuazione della massima di decisione a partire dalla concreta individualità del caso. A sua volta tale concetto, foriero della crisi del dogmatismo giuridico e della giurisprudenza concettuale, ha posto le basi su cui hanno edificato la Giurisprudenza degli interessi e lo stesso sistema di *common law*.

Al contrario di quanto *prima facie* appare, però, la dottrina della natura della cosa pur nella sua accezione più spiccatamente storicista e, *mutatis mutandis*, un certo realismo giuridico implicano una rilettura in termini maggiormente lusinghieri del diritto positivo rispetto a quanto imponeva il giusnaturalismo: il diritto positivo, in altri termini, non appare più subordinato al diritto naturale, non viene più misurato in base ad un criterio ideale di giustizia posto fuori e al di sopra di esso. La natura del fatto diviene strumento utile ad interpretare la norma, sussidiario rispetto agli altri, e limite tecnico per il legislatore, operante come tale nel momento genetico del diritto e sempre utile a sindacare del diritto non la giustizia (che è un concetto formale) ma la giustezza.

Secondo la dottrina che per prima ha portato alla ribalta la natura della cosa quest'ultima esprime nient'altro che il senso di un rapporto di vita riferito ad un'idea²⁵⁷. Il dualismo neo-kantiano che caratterizza tale impostazione ne segna anche l'inscindibile legame con un relativismo per c.d. scientifico, votato alla ricerca del valore o dell'idea a cui il fatto è ricollegato (ma da cui rimane sempre distinto) e che ne esprime il dover-essere. Così la generalizzazione giuridica è strumentale alla creazione di un tipo ideale per il tramite di un'operazione di utopizzazione del rapporto di vita che ne individui ciò che è rilevante per il diritto. «Le caratteristiche così ottenute vengono raccolte sotto un'idea giuridica in una struttura unitaria dotata di un senso, la quale, nella maggior parte dei casi, ma non sempre, sarà una struttura teleologica, un rapporto di scopi e mezzi giuridici»²⁵⁸.

256 Precursore, in tal senso, O. Justus Friedrich Runde, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts* (Göttingen 1975), 61 ss.

257 Radbruch, *La natura della cosa come forma giuridica del pensiero* cit., 159 s.

258 Radbruch, *La natura della cosa* cit., 162.

Evidente è come nel pensiero sopra esposto il cardine della costruzione giuridica sia l'elemento teleologico, in conformità con lo scopo del diritto già messo in luce dagli studi di Jhering e con la tensione performativa di Rubino. Ciò che permette, da un lato, di preservare l'esigenza di sicurezza giuridica e di giustizia (intesa in senso formale), dall'altro lato, di attribuire giuridica rilevanza al concetto di conformità allo scopo che non può non trovare il suo luogo naturale di emersione nel momento interpretativo della norma.

Tale ricostruzione implica un ripensamento del dualismo tra *Sein* e *Sollen* (divenendo l'essere una condizione del dover-essere) che rimane, però, insuperabile, dovendosi comunque risalire dal mondo del reale a quello dell'ideale per giungere alla comprensione della natura della cosa. Non solo: nella dottrina di Radbruch, per stessa ammissione dell'autore, nel processo di disvelamento del senso del rapporto giuridicizzato prevalente è l'ideale giuridico, poiché in ogni caso il risultato dell'operazione interpretativa non può porsi in contrasto con lo spirito della legge.

Il rapporto tra natura del fatto e ideale giuridico si articolerebbe, dunque, in tre variabili: i) rispetto al presente: di *conditio sine qua non*, nella misura in cui non ogni ideale giuridico può imporsi sulla realtà sociale, dovendo comunque essere accettato e condiviso da quest'ultima; ii) rispetto al passato: di compenetrazione sostanziale, poiché la natura della cosa rapportata temporalmente al momento genetico dell'ideal-tipo giuridico costituisce quel sostrato storico con cui bisogna necessariamente fare i conti per comprenderne l'intima ragione; iii) rispetto all'oggetto: di strumentalità condizionata, stante il legame indissolubile della generalizzazione giuridica riguardata in un'ottica prevalentemente teleologica con la materia che è destinata a regolare.

La teoria di Radbruch, che di fatto si è dimostrata assai poco insidiosa per quel positivismo che nelle premesse mirava a scardinare, è stata oggetto di revisione critica da parte di quanti ne hanno rintracciato un fondamento di arbitrarietà. «La postulazione di tre termini: realtà, pensiero, valore, non poteva permettere di fondare un rapporto tra l'azione umana nella realtà e i valori, che fosse immune da relativismo. La scelta del valore, infatti, o si esaurisce nella stessa apprensione della realtà, e in questo senso realtà e valore coincidono, e allora essa appare veramente necessaria, ma questo, si è visto, non è l'assunto di

Radbruch, né della scuola filosofica a cui egli appartiene; oppure ogni relazione, che si instaura tra i valori e la realtà, apparirà sempre in qualche misura incomprendibile»²⁵⁹.

Stante, quindi, l'assenza di un nesso di necessarietà tra i vertici del triangolo sopra descritto – che permetterebbe di mantenerne in vita la struttura senza temere che la decisione si trasformi in arbitrio – il superamento del relativismo e delle insidie che esso implica sul piano della sicurezza del diritto impone la riduzione dei termini del ragionamento a due. E tra realtà, pensiero e valore e quest'ultimo che appare sacrificabile, dovendosi includere o nell'uno o nell'altro.

Una dottrina successiva a Radbruch (c.d. del diritto naturale concreto) ha optato per la prima scelta, tentando di ricondurre il valore al fatto o, meglio, di dedurre l'essere (valore) dal dover-essere (fatto) e di elaborare una teoria ontologico-esistenziale del diritto in grado di sublimare il dualismo neo-kantiano²⁶⁰.

In quanto connaturata al fatto, la natura delle cose diviene essa stessa fonte del diritto e ne condiziona la validità in quanto prevalente rispetto alla legge positivo-formale. La natura del fatto assurge, così, a criterio concreto di giustizia materiale identificabile con il buon senso dell'uomo ragionevole (e non del giurista) vincolante tanto per il legislatore che per il giudice. L'essere umano si esplica sul piano dell'oggettività costituito da un intrecciarsi di relazioni strumentali tra gli elementi del mondo nel suo "essere-come" (*Als-sein*) ossia nel suo essere in determinati ruoli, che esprime l'autenticità dell'essere umano. L'ordine o l'essere situato in una situazione o in un ruolo, pur essendo qualcosa che avviene all'interno del soggetto, ha una dimensione oggettiva che emerge dalla tipicità dei ruoli reciproci intesi come forme di vita di relazione per c.d.

259 Così Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale* cit., 142. L'a. sottolinea come «l'azione umana, la scelta, l'atto del pensiero insomma, nel quale va ricercato il principio costitutivo del diritto rimane configurato come un precario e, in ultima analisi, sempre "arbitrario" (perché non necessario) ponte tra questi due piani: dovendo esso, una volta così concepito secondo la filosofia dei valori della scuola di Heidelberg, istituire una relazione tra la realtà e i valori. L'atto del pensiero, in quanto conoscenza, riporta quella a questi; in quanto volontà, cerca di realizzare questi nella realtà, trasformandola».

260 Cfr. W. Maihofer, *Die Natur der Sache*, Arch. Für Rechts u. Sozialphilosophie, II, 1958, 145 ss.; Id. *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie* (Frankfurt 1954); Id. *Vom Sinn menschlicher Ordnung* (Frankfurt 1956).

“ritornanti”. L’essere umano, quindi, non crea nulla e non ordina nulla ma «può solo ritrovare (*herausfinden*) ciò che egli, in quanto questo o quello, in quanto uomo o donna, ha propriamente da fare»²⁶¹. La tipicità dei ruoli e delle reciproche aspettative che le situazioni corrispondenti generano nei soggetti di volta in volta coinvolti fonda la oggettività concreta della norma, il cui rapporto con il tempo va inteso rispetto all’essere-come e non all’essere-se-stesso. L’eterno ritornare di ruoli e rapporti e, al tempo stesso, la loro intrinseca storicità permettono di ritrovare nella situazione concreta da regolare un significato univoco e normativo.

Il processo di risalimento dalla oggettività della norma a questo diritto naturale concreto avviene per il tramite della ragionevolezza, che è un modo di osservazione del mondo sovra-individuale grazie al quale è possibile l’operazione di disvelamento trascendentale che il soggetto empirico compie, appunto, grazie alla universalità che è in lui ossia per il tramite della sua soggettività razionale-noumenica. L’universalità che permette di ritrovare la natura della cosa è una universalità concreta, l’universalità dei ruoli tipici, che si manifesta nell’in-sé dell’essere-se-stesso nell’essere-come. Il diritto diviene, così, un diritto di ragione.

Il punto debole di questa ricostruzione è stato individuato da una dottrina nella riemersione del dualismo tra *homo phaenomenon* e *homo noumenon* che, sostanzialmente, finisce per far rientrare dalla finestra ciò che si voleva far uscire dalla porta: il terzo componente della triade ultroneo e diverso dal fatto e dall’atto. Solo che, nella articolata ricostruzione di Maihofer, quello che in Radbruch era il valore in qualche modo risiede nella ragionevolezza. «La normatività della natura del fatto, che diviene per Maihofer un “diritto naturale concreto”, sopraordinato in tutti i sensi al diritto positivo, non riesce a fondarsi che al di fuori delle strutture da cui il fatto è costituito, perché, in ultima analisi, il valore ed il dover-essere non si fondano su di esso, ma sulla razionalità del soggetto»²⁶².

261 Cfr. Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung* cit., 51.

262 Così Baratta, op. ult. cit., 155. «Tale sorta di “kantismo” si rivela nella maniera con la quale Maihofer, anche se non *ex professo*, pone e risolve il problema della pretesa e del diritto soggettivo. Nel considerare me stesso quale soggetto in sé, nell’atteggiarmi quale soggetto razionale, io trovo non solo la misura del mio dovere od obbligo, ma anche, corrispondentemente, quella del mio diritto: non solo, ma dalla impostazione del Maihofer si deduce che io trovo anche in tal modo la garanzia della naturale positività e

O si da per assunta l'immanenza di questa ragionevolezza nell'essere-come, capace di rendere l'universale relativo e di ritornare sempre uguale a sé stessa dotando l'atto e il fatto di una oggettività capace di contrastare il relativismo assoluto proprio di ogni soggettività puramente intesa oppure, di nuovo, si cade nell'obiezione di una fondamentale incomprendibilità del rapporto che lega l'uno (l'atto) all'altro (il fatto).

Una diversa impostazione tenta la riconduzione a dualità della triade per il tramite di una riconduzione del valore non al fatto ma all'atto.

La critica alla dottrina di Maihofer si fonda sulla sostanziale incapacità di quest'ultima di fondare la natura normativa del fatto nel fatto stesso. Il principio di normatività viene così fatto coincidere con la ragionevolezza, io noumenico, ente intrinseco all'essere umano che permette il ritorno dell'essere-in-sé nell'essere-come sempre uguale a sé stesso.

La ragione di questa fallacia viene individuata da Baratta nella considerazione del fatto nella sua astratta e già costituita oggettività e non «nel momento del suo farsi cioè nell'atto che lo pone»²⁶³. Al fine di eliminare ogni *tertium* e, quindi, ogni elemento capace di introdurre il problema dell'arbitrarietà nel discorso giuridico è necessario inquadrare il rapporto tra atto e fatto come un rapporto di genere a specie: detto in altri termini, la dimensione storica deve caratterizzare non già il fatto ma l'atto di cui il fatto costituisce il prodotto e il termine. «Pertanto, per il soggettivismo, il valore e la norma non esistono che entro l'atto della volontà che pone e che interpreta normativamente il fatto. E non esiste perciò nemmeno una differenza concettuale tra il diritto positivo e il diritto naturale, per quanto riguarda la capacità, sia del primo (le istituzioni positive) che del secondo (gli ideali di giustizia propri di una data cultura) di essere interpretati e rivissuti dal soggetto storico in modo da diventare di volta in volta la n o r m a del suo concreto agire. Anche il "diritto naturale concreto", le strutture sociologiche e le istituzioni del costume (a cui in fondo, entro la veste ontologica si riducono i *Bewandtnisse* e i ruoli di Maihofer) costituiscono, per il soggettivismo, dei fatti del mondo della cultura, delle o g g e t t i v i t à e, in

validità del mio diritto, cioè la certezza che alla mia pretesa corrisponda un concreto dovere o obbligo nella coscienza dell'altro, all'interno della situazione di reciprocità dei nostri ruoli rispettivi».

263 Così Baratta, *op. ult. cit.*, 157.

quanto offrono “regole” dell’agire o “schemi normativi”, sono dei prodotti dell’attività astrattiva del soggetto, risultato dell’astrazione delle azioni dalle volizioni, al pari delle norme del diritto positivo e di quelle del diritto naturale codificato»²⁶⁴.

La normatività del fatto, quindi, non risiede nel fatto stesso ma nell’attività del soggetto storico che lo pone in essere e ne ricrea il senso²⁶⁵.. Ciò non vuole significare che la libera scelta del soggetto agente nel fatto si sostituisce al diritto positivo come fonte di regole giuridiche: il procedimento di formazione della regola giuridica è uno e uno soltanto e passa attraverso la generalizzazione della realtà ad opera del soggetto a ciò preposto, ossia il legislatore, salvo i casi in cui lo stesso diritto positivo demanda al giudice la costruzione della regola ossia nelle ipotesi di giudizio secondo equità nelle quali, semplicemente, si prende atto di una lacuna assiologica, dell’imprevisto, del nuovo interesse non ancora

264 Ibidem, 158.

²⁶⁵ V. Omaggio - G. Carlizzi, *Ermenutica e interpretazione giuridica*, (Torino 2010), 47 e ss.: così argomentano: «la normatività non appartiene agli enunciati prescrittivi, intesi come dati in sé conchiusi, ma al loro significato. Tale significato si esprime nel processo interpretativo/applicativo in cui si individua la norma, interpretando il testo (e non la norma, giacché questa è a sua volta un significato). La norma, a differenza del testo, non è una premessa già data, ma tra norma e caso vitale si stabilisce una corrispondenza e presupposizione reciproca; tra questione di diritto e questione di fatto c’è un rapporto dinamico. Per Karl Engisch, uno dei maestri della scienza metodologica tedesca del dopoguerra, l’impressione che il principio desumibile dalla legge sia chiaro e ben determinato è senz’altro errata. La premessa maggiore è “a sua volta il risultato di una penetrante attività di pensiero giuridico”, anzi, “ciò che di solito si chiama metodologia giuridica ha per oggetto in primo luogo il reperimento della premessa maggiore del sillogismo” [ovvero della norma dall’enunciato precettivo]. Josef Esser, richiamando ed approfondendo le premesse metodologiche di Engisch, percepisce acutamente che la correttezza della sussunzione dipende dalla formulazione delle premesse (*Zurechnung der Prämissen*) e dall’apprezzamento delle circostanze di fatto, elementi eminentemente valutativi, non offerti dal legislatore. Tra la fattispecie astratta (*Tatbestand*) e quella concreta prende corpo un terzo termine specifico *Sachverhalt*, ossia la circostanza di fatto giuridicamente rilevante, che svolge un compito di collegamento tra i fatti e le norme e attiva un procedimento circolare e non più lineare, non basato sulla priorità logica della fattispecie astratta, ma su un’interazione: a partire da un esame della fattispecie concreta si selezionano in essa gli elementi giuridicamente significativi da porre in rapporto con il testo, che sono chiaramente il frutto di una prima comprensione (*Vorverständnis*) di questo, che mette così in moto il dialogo tra l’interprete e il testo. Il complesso degli atti valutativi presenti in questo procedimento rappresentano la sua “precomprensione”, il modo corretto di impostare il caso, taciuto dalla teoria tradizionale. Gustav Radbruch e Arthur Kaufmann avevano descritto questo movimento di consultazione del testo e di contestuale verifica del fatto come un “andare a tastoni” dal *Sein* al *Sollen*, alla ricerca di una corrispondenza tra essere e dover essere; Karl Engisch vi aveva ravvisato un “andare avanti ed indietro dello sguardo” tra norma e circostanza di fatto (*Hin und Herwandern des Blickes*)».

oggettivizzato (o oggettivizzabile) in valore. Allo stesso modo, la critica al giusnaturalismo concreto appena tratteggiata non scalza ma conferma la convinzione propria di un certo realismo giuridico che rimette la positività del diritto è rimessa al soggetto preposto alla applicazione della regola, ossia l'interprete, sia esso istituzionalmente preposto a tal fine ovvero il semplice destinatario della norma. Tale fenomeno si realizza non solo per il tramite delle rivoluzioni «ma soprattutto nel lento corrompersi della validità delle regole del diritto legale attraverso la *d e s u e t u d i n e*, e nel lento affermarsi, attraverso la consuetudine e la prassi giurisprudenziale, di principi ideali o di principi che si esprimono dagli stessi rapporti sociali, entro la vita stessa del diritto statuale o legale»²⁶⁶. Il fatto, di per sé, non può avere quell'attitudine modificativa della realtà che spetta solo alla politica del diritto. Il ruolo del fatto è, dunque, un altro: quello di rendere evidente attraverso la sua storica concretezza il valore che ha spinto il soggetto ad agire, consentendo così all'interprete giuridicamente educato di percepire anche il c.d. diritto del laico, facendosi solo allora portatore dell'istanza di buon senso dell'uomo ragionevole.

Tale è il compito ultimo del diritto, giacché la generalizzazione operata nel momento genetico dello stesso è anch'essa ricerca della normalità o regolarità o razionalità di un fatto per poterne astrarre e generalizzare gli elementi caratterizzanti. Il momento interpretativo è, poi, strumentale a verificare la permanenza di questa normalità generalizzata nella storica attualità del fatto per sindacare della regola non l'esistenza né la giustizia ma la giustezza.

Questa verifica non è prescindibile: «la vita del diritto e, se si vuole, l'esperienza giuridica, diventa incomprensibile o meglio un mero gioco di formule astratte, se la si isola, nell'illusione di una irraggiungibile purezza, di una inesistente autosufficienza, da quel concreto mondo metagiuridico che è troppo comodo liquidare con l'equivoca etichetta dell'ideologia o attraverso il non meno equivoco dogma della separazione del diritto dalla morale. Sotto questo aspetto il

266 Ibidem, 160. Cfr. anche W. Cesarini Sforza, *Ex facto ius oritur*, Studi in onore di G. Del Vecchio (Modena 1930), Vol. I, 97, per il quale «Nel fenomeno giuridico concreto il momento della formazione e quello dell'attuazione della norma si convertono l'uno nell'altro. Un taglio netto tra loro è possibile se invece della norma si considera la formula normativa; questa deriva da un atto logico, da un'astrazione, quella esprime una volontà sempre identica a sé stessa, cioè sempre concreta, sia volontà normativa o sia volontà normalizzata».

diritto come valore appartiene a tutto il processo di oggettivizzazione della libertà, vale a dire all'intera esperienza umana. E vi appartiene proprio in quanto accerta e riconosce, nel positivo come nel negativo, i fini dell'azione»²⁶⁷.

8. Una sintesi del secondo capitolo: i quattro *tipi* delle *forme* della generalizzazione normativa.

Possiamo dire che la generalizzazione normativa opera su una serie più o meno ampia di fatti nei quali ricorrente è il medesimo valore o bisogno. Prioritaria, nell'opera dell'interprete, è la ricerca della rispondenza assiologica tra fatto e fattispecie, che presuppone un'operazione analogica orientata alla ricerca della rispondenza del valore (o bisogno) reso evidente dal fatto (e portato dall'atto, che del fatto rappresenta il momento dinamico) con quello generalizzato dalla e nella norma (per imprinting legislativo) sulla base del logos.

Questa rispondenza sussiste nel momento in cui l'interprete giuridicamente educato è in grado di inquadrare il fatto in modo coerente all'interno di un sistema di regole tutte assiologicamente orientate; quando, cioè, l'interprete trova la risposta al bisogno e tale risposta è in linea con le *rationes* di un determinato sistema, sia esso giuridico oppure (nel caso in cui la fattispecie reale rientri nell'alveo di una clausola generale) extra-giuridico.

Solo assicurando tale rispondenza il diritto può assolvere la sua funzione che, abbiamo detto più volte, consiste nella soddisfazione di esigenze storicamente determinate.

Il momento della qualificazione giuridica del fatto, pertanto, non segue le regole della logica deduttiva muovendosi sul piano dei valori in senso reale ed oggettivo ossia dei bisogni. Tuttavia, quando l'interprete ha a che fare con una fattispecie il sillogismo può essere da solo sufficiente a trovare la corrispondenza assiologica e descrittiva tra fatto e fattispecie. Creando la fattispecie, il legislatore per il tramite della descrizione degli elementi giuridicamente idonei a comporre la

²⁶⁷ Così E. Opocher, *Considerazioni su alcuni equivoci inerenti al significato assiologico di "natura della cosa"*, in *Fondazione ontologica del diritto e "natura della cosa"* cit., 174. «Non per nulla il diritto nasce in funzione del processo e quindi dell'esigenza del giudizio. E come negare che il ricorso alla natura della cosa si inserisca in questa prospettiva traendone il suo più profondo significato?».

fattispecie stessa opera una trasposizione sul piano giuridico del bisogno portato dai fatti così generalizzati a cui ricollega determinati effetti giuridici. La mera riconduzione ad unità del *Sein* e del *Sollen* dal punto di vista descrittivo dovrebbe normalmente soddisfare a livello implicito anche l'indagine assiologica proprio grazie alla completezza dal punto di vista performativo della fattispecie ossia la sua comprensione degli effetti giuridici riconnessi al fatto. L'adeguatezza degli effetti al fatto soddisfa implicitamente anche l'esigenza di provare la rispondenza assiologica del fatto alla fattispecie, testando la giustizia del diritto rispetto al caso concreto ossia la condivisibilità della reazione giuridica al fatto.

Il diritto, in altri termini, costruito logicamente a sistema, è normalmente in grado di saltare uno dei passaggi normalmente imprescindibili nella elaborazione di un ragionamento: le *ragioni o premesse* ossia le proposizioni a sostegno di una determinata *tesi o conclusione* a questa legate per il tramite di un *nesso di consequenzialità*²⁶⁸. La capacità della norma di collegare una premessa ad una tesi senza la necessità di dimostrare alcuna consequenzialità di tipo fondativo, cioè, a convincere della giustizia della tesi, regge nella misura in cui venga rispettato il criterio ermeneutico primario di unità o coerenza assiologica che sottintende la rintracciabilità della ratio normativa altrove nel sistema che è normativo in quanto normalmente rispondente al canone di condivisibilità delle premesse, della prevedibilità della conclusione e della ragionevolezza del nesso di consequenzialità. Diciamo normalmente perché il patto sociale che *ab origine* ci sottopone tutti alle valutazioni del legislatore vale come indicazione di massima circa la condivisione delle sue statuizioni ma non può certo spingersi fino a giustificare, di per sé solo, una norma che non soddisfa le esigenze della collettività a cui si rivolge e rispetto alle quali è funzionalmente subordinata.

Così la struttura del ragionamento legislativo (che normalmente è nascosta per ragioni di opportunità ed eleganza linguistica) ben può essere messa in luce

268 Carcaterra, *Presupposti e strumenti* cit., 125 ss. Secondo l'a. queste tre componenti esauriscono la struttura di ogni ragionamento. Un ragionamento espresso linguisticamente (in modo espresso o tacito) integra l'argomento e, ove il linguaggio utilizzato sia di tipo giuridico, siamo in presenza di un argomento giuridico. «Tutto ciò premesso veniamo ai compiti della logica. Essa cerca di rispondere fondamentalmente a due domande: a) dato un ragionamento (nostro che vogliamo sostenere, o di altri che vogliamo confutare) qual è la sua struttura? e b) data la sua struttura, esso è un buon ragionamento?». Per rispondere a queste domande è necessario analizzare e valutare la struttura del ragionamento.

da un'analisi sistematica della norma; la sua valutazione, invece – finalizzata a verificare la bontà del ragionamento stesso –, non può prescindere da un confronto con il reale ossia con i bisogni che, in concreto, si annidano nei fatti da regolare.

Questa indagine in concreto non è necessaria solo nel caso in cui il performare della norma sia per c.d. introflesso ossia nel caso in cui la norma sia destinata a modificare non la realtà circostante ma lo stesso ordinamento giuridico cui inerisce. È il caso, esemplarmente, dei principi giuridici che, proprio in quanto diretti a declamare intenzioni o obiettivi di massima cui il sistema deve tendere non si inseriscono in alcun rapporto causale essendo svincolati da qualsivoglia effetto giuridico. I principi sono, in altri termini, norme incondizionate e, in quanto tali, di tipo performativo-costitutive con l'unica precisazione che la *performance* attesa non vede protagonisti i consociati ma l'ordinamento stesso. Con ciò non si vuol dire che qualsiasi principio può essere giuridicizzato: essi rappresentano pur sempre la formalizzazione giuridica di una necessità condivisa dai consociati ma, essendo privi di un'immediata efficacia precettiva, effettivamente nell'atto del dire realizzano il detto nella sua interezza ossia completo del fatto ma il fatto è un fatto giuridico: contribuendo a comporre “dall'alto” il sistema giuridico performano il sistema stesso e la contrarietà rispetto ad essi determina (o dovrebbe determinare) l'irricevibilità della norma sul piano giuridico²⁶⁹.

269 È il caso, recentemente tornato alla ribalta, dell'anatocismo bancario. La vicenda si colloca nel centro di un crocevia, interessando sia il problematico rapporto tra gli articoli 1283 e 1224 c.c. – nel senso per cui applicando il divieto di anatocismo agli interessi corrispettivi si finisce per derogare al principio di naturale fruttuosità del denaro, privando l'aspettativa del creditore di un'adeguata tutela – sia il più ampio problema dei rapporti tra potere politico e classe giudicante – nella misura in cui proprio sul campo dell'anatocismo bancario giudici e legislatore si sono dati battaglia sino alla recente riforma dell'art 120 TUB (da tempo caldamente auspicata dai più) che ha definitivamente eliminato l'istituto.

Il tema ha assunto dimensioni storiche a partire dal ben noto *revirement* del '99, anno in cui la Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle clausole bancarie di capitalizzazione periodica degli interessi, con quattro sentenze ne dichiara la nullità, allo stesso modo dequalificando gli usi bancari a usi non normativi e individuando nel contratto di conto corrente bancario un contratto unitario di durata (Cfr. Cass. 16-3-1999, n. 2374, Giust. Civ., 1999, I, 1301; Cass. 30-3-1999, n. 3096, Corr. Giur., 1999, 561 s.; Cass. 17-4-1999, n. 3845, Banca Borsa e Titoli di credito, 2000, II, 257 s.; Cass. 11-11-1999, n. 12507, Foro it., 2000, I, 451 s.).

A seguito di tale rivoluzionaria pronuncia immediata è stata la risposta legislativa: il d.lgs. 4 agosto 1999 n. 342, rubricato “Modifiche al d.lgs. 1.9.1993 n. 385, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”, emanato in forza di delega recuperata ad hoc dalla legge comunitaria 24.4.1998 n. 128, ha introdotto nel Tub, all’art. 120, un secondo comma, delegando il C.I.C.R. (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio) a stabilire modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi nelle operazioni poste in essere nell’esercizio dell’attività bancaria. La delibera C.I.C.R. del 9 febbraio 2000 ha autorizzato la produzione di interessi anatocistici limitatamente ai rapporti di conto corrente, alle operazioni di raccolta e quelle di finanziamento con piano di rimborso rateale, sempre che tra banca e cliente intercorra apposita pattuizione e che la medesima periodicità caratterizzi tanto gli interessi passivi quanto gli interessi attivi.

Salva sempre la ricorrenza di tali presupposti, dunque, a seguito della descritta modifica normativa, la produzione di interessi sugli interessi in materia bancaria e creditizia non soggiaceva più ai limiti di cui all’art. 1283 c.c. ed, anzi, proprio la fonte dell’obbligo di corrispondere gli interessi anatocistici (ossia l’autonomia privata) li includeva ab origine all’interno del piano obbligatorio rendendoli parte integrante del corrispettivo dovuto alla banca. Si assottigliava, in tal modo, la differenza da sempre ritenuta insuperabile tra conto corrente ordinario e conto corrente bancario.

In ogni caso, dopo l’emanazione della delibera C.I.C.R., la questione relativa agli interessi sugli interessi nei conti correnti bancari sembrava risolta una volta per tutte.

In questo caso, però, si è dimostrato vero in senso letterale il detto «fatta la legge, trovato l’inganno». La Corte costituzionale con sentenza n. 425 del 17 ottobre 2000 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, per violazione dell’art. 176 Cost., della norma transitoria di cui all’art. 25, 3 co., d. lgs. n. 342 del 1999, rilevando un eccesso di delega nella retroattività legislativamente imposta alla disciplina.

In effetti, l’azzardo del legislatore era stato evidente nella misura in cui non solo aveva sanato de imperio le clausole autorizzative di interessi anatocistici contenute in contratti stipulati anteriormente alla data in vigore della delibera C.I.C.R. ma aveva anche delegato allo stesso Comitato la predisposizione di tempi e modalità per l’adeguamento dei suddetti contratti. La disciplina dettata a tal proposito dal C.I.C.R. (art. 7 della delibera) appariva, in effetti, frutto di un arbitrario esercizio di potere, prevedendo un generale obbligo di rinegoziazione, “alleggerito” dalla possibilità di una comunicazione al pubblico per il tramite della mera pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale qualora le nuove condizioni contrattuali non comportassero un peggioramento della posizione del cliente.

Nel lasciare insoddisfatti quanti avevano auspicato una presa di posizione netta della Consulta sul tema, la declaratoria di illegittimità ha sostanzialmente ripristinato lo status quo ante, dando modo a giurisprudenza e dottrina di ribadire la propria netta contrarietà all’anatocismo bancario, pur se limitatamente ai contratti stipulati prima dell’entrata in vigore della suddetta delibera.

Tale lo stato del panorama giuridico al momento del penultimo intervento legislativo in materia di anatocismo bancario. L’art. 2, comma 61, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (c.d. Milleproroghe), convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10 (comma aggiunto dalla legge di conversione) ha nuovamente cambiato le carte in tavola, questa volta tentando di rimuovere il problema dei contratti conclusi prima della delibera C.I.C.R. 2000 muovendo dal regime prescrizione degli stessi. Così, nella suddetta disposizione di legge è dato leggere che «In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l’articolo 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall’annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell’annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione d’importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

La Corte costituzionale (Corte cost. 5-4-2012, n. 78, in www.cortecostituzionale.it) investita della questione di legittimità si è pronunciata in senso sfavorevole alla riforma normativa, schivando ancora una volta il confronto diretto con la difficile tematica dell'anatocismo bancario per ancorare l'illegittimità della norma al principio di ragionevolezza sottostante all'istituto dell'interpretazione autentica e, in particolare, agli articoli 3 e 117 co. 1 Cost.

L'art. 2, co. 61, del decreto Milleproroghe, in effetti, nell'auto-qualificarsi come norma di interpretazione manipola l'art. 2935 del codice civile «in assenza di una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, perché, in materia di decorrenza del termine di prescrizione relativo alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, a parte un indirizzo del tutto minoritario della giurisprudenza di merito, si era ormai formato un orientamento maggioritario in detta giurisprudenza, che aveva trovato riscontro in sede di legittimità ed aveva condotto ad individuare nella chiusura del rapporto contrattuale o nel pagamento solutorio il *dies a quo* per il decorso del suddetto termine. Inoltre, la soluzione fatta propria dal legislatore con la norma denunciata non può sotto alcun profilo essere considerata una possibile variante di senso del testo originario della norma oggetto d'interpretazione» e, di conseguenza, «lungi dall'esprimere una soluzione ermeneutica rientrante tra i significati ascrivibili al citato art. 2935 cod. civ., ad esso nettamente deroga, innovando rispetto al testo previgente, peraltro senza alcuna ragionevole giustificazione». Infatti, «l'efficacia retroattiva della deroga finisce per ridurre irragionevolmente l'arco temporale disponibile per l'esercizio dei diritti nascenti dal rapporto stesso, in particolare pregiudicando la posizione giuridica dei correntisti». Ciò che introduce il secondo motivo di illegittimità, fondato sul combinato disposto degli art. 117, co. 1, Cost. e 6 CEDU, nella misura in cui la modifica retroattiva dell'amministrazione della giustizia non risulta giustificata da motivi imperativi di interesse generale.

La Corte non si è poi ulteriormente pronunciata sul secondo periodo dell'art. 2 in base al quale «In ogni caso non si fa luogo alla restituzione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto legge» ritenendolo automaticamente travolto dalla declaratoria di illegittimità del primo.

La questione è esemplare su come il potere normativo asservito a logiche a-sistemiche possa tradursi esso sì in arbitrio se non adeguatamente controllato e contenuto.

Ecco allora che il test di ragionevolezza alla cui stregua vagliare la legittimità dell'esegesi legislativa è funzionale al contenimento del potere politico entro i limiti suoi propri e risponde ad esigenze di tipo ordinamentale piuttosto che di giustizia sostanziale. Non a caso arbitro dei conflitti così individuati è la Corte Costituzionale, cui in ultima analisi è demandato vigilare sulla salute dello Stato.

La Consulta, tuttavia, proclamando l'illegittimità della norma impugnata solo sotto il profilo più squisitamente formale, ha evitato di intromettersi nel merito della questione, implicitamente confermando la distinzione tra conto corrente ordinario e conto corrente bancario, come voluta dal legislatore del '42.

Come è noto, la disciplina degli interessi nel conto corrente ordinario è ricavabile dal combinato disposto degli articoli 1823, 2 co., 1825 e 1831 c.c. Il primo statuisce che il saldo del conto si considera quale rimessa di un nuovo conto, da intendersi rinnovato a tempo indeterminato, a meno che non ne sia espressamente richiesto il pagamento. Il secondo prevede che sulle rimesse decorrano gli interessi nella misura stabilita dal contratto o dagli usi ovvero, in mancanza, di quella legale. Il terzo dispone che la chiusura del conto con la liquidazione del saldo sia fatta alle scadenze stabilite dal contratto o dagli usi e, in mancanza, al termine di ogni semestre, a partire dalla data del contratto. Le suddette norme autorizzano un fenomeno simulatorio, operabile per il tramite della capitalizzazione degli interessi al momento della chiusura del conto.

Tale meccanismo non opera sul conto corrente bancario, il cui carattere unitario si ricava pur se indirettamente dal dettato legislativo. Parte della dottrina ha poi tentato di

Questa conclusione è la logica conseguenza dei ragionamenti sin'ora svolti su cosa debba intendersi per diritto: una volta metabolizzata l'idea del diritto come scienza pratica, asservita a ragioni di tipo utilitaristico, continuamente in

fondare sulla diversità di effetti giuridici riconnessi ai due istituti la diversità di ratio degli stessi, secondo un meccanismo non divisibile che finisce per rendere le conseguenze premesse e viceversa. Così, si è ritenuto che il mancato richiamo da opera del legislatore nell'art. 1857 c.c. della disciplina contenuta nell'art. 1831 c.c., denunci la diversa ratio sottesa ai due contratti di conto corrente ordinario e bancario: mentre nel primo vale la regola dell'indisponibilità e inesigibilità dei crediti vantati reciprocamente fino alla scadenza pattuita, «nel conto corrente bancario il credito del cliente verso la banca è in qualsiasi momento disponibile ed esigibile, come stabilito dalla norma fondamentale in materia (art. 1852 c.c.)». Da ciò deriva che, al contrario del conto corrente ordinario, nel conto corrente bancario «il rapporto di piena disponibilità da parte del cliente si svolge ininterrottamente prima e dopo la cosiddetta chiusura periodica del conto» che «segna solo ed esclusivamente la contabilizzazione di interessi a debito o credito del cliente» senza che da ciò derivi l'esigibilità di una somma (B. Inzitari, *Diversa funzione della chiusura nel conto corrente ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*, Banca borsa e titoli di credito, 2003, II, 468) a meno che, ovviamente, le parti non abbiano diversamente pattuito.

Da ultimo, la modifica dell'art. 120 Tub ha definitivamente eliminato l'oggetto del contendere, impedendo l'anatocismo anche nei rapporti di conto corrente bancario. Tale ultimo esito è perfettamente divisibile e, a parere di chi scrive, rappresenta una doverosa correzione di rotta rispetto a logiche di tipo lobbistico assolutamente incompatibili con l'idea stessa del diritto. Resta da rilevare come, prima di tale ultimo intervento normativo, il nostro sistema contenesse in sé una norma incompatibile con le sue rationes, non giustificata da una diversità assiologica capace di sostenere argomentazioni ragionevoli a conforto della diversità di effetti somministrata alle due analoghe situazioni di fatto da parte del diritto positivo.

In tale stato di cose si osservava: «Non si può tacere l'illogicità strutturale sottesa ad un meccanismo che, in buona sostanza, smembra un'obbligazione originariamente unitaria (quella del cliente nei confronti della banca) per autorizzare l'autoriproduzione del segmento corrispondente al (solo) pagamento del corrispettivo (che moltiplicare l'intero forse pareva sintomatico di ingordigia!), secondo uno schema tipicamente riconnesso ad un momento patologico del rapporto obbligatorio (la mora) che, invece, nel caso di specie non solo non è presupposta ma, anzi, categoricamente esclusa.

Resta, poi, da chiedersi come conciliare un simile impianto con la ratio protettiva dichiaratamente sottesa a tutti gli interventi legislativi degli ultimi anni, che hanno stravolto il sistema stesso delle fonti nel perseguimento di un modello contrattuale in cui è bandita ogni asimmetria di potere contrattuale, anche nella sua forma più latente di asimmetria informativa.

In un sistema in cui la trasparenza e la *disclosure* delle informazioni in fase precontrattuale sono obiettivi primari, funzionali al corretto svolgersi dei rapporti contrattuali nell'ottica di un mercato salubre – tanto che persino la volontà individuale diviene sacrificabile sull'altare della concorrenza – l'anatocismo sembra nulla più che una concessione alle *lobbies* bancarie, un'anomalia ingiustificabile del sistema (F. Forcellini, *Note a margine di Corte cost. 5 aprile 2012 n. 78 in tema di anatocismo bancario e interpretazione autentica*, in Giureta, Riv. diritto dell'economia dei trasporti e dell'ambiente, 2013, 251 ss.». Ecco: è in tali situazioni che il criterio di unitarietà o coerenza sistematica dovrebbe soccorrere l'interprete, dotandolo di uno strumento a portata generale utile a sindacare la coerenza o razionalità della norma rispetto al sistema per contenere le devianze patologiche del sistema politico.

movimento, esaurendosi il suo processo produttivo nell'attimo in cui il giudice dà applicazione alla norma, e vertendo principalmente la valutazione della norma sulla componente dinamica del ragionamento, ossia sul nesso di consequenzialità, è inevitabile ritenere che la giustizia o meno del ragionamento legislativo vada ricercata guardando alla sua utilità sociale e, quindi, alla condivisibilità dello stesso.

Non necessitando di un raffronto con la materialità circostante per assumere un senso compiuto il principio impone all'interprete di prendere atto del senso che la formula linguistica assume nel corrispondente sistema, operando un'analogia tra due entità ideali. Detto in altri termini, l'idea retrostante il principio è *in re ipsa* essendo il principio una derivazione della morale, ossia di un sistema puramente ideale. Proprio questa loro autonomia concettuale li esonera da quel rapporto simbiotico con la realtà che abbiamo visto essere generalmente strumentale alla "sostanzializzazione" di ogni concetto giuridico.

Anche con riferimento alle clausole generali la generalizzazione normativa assume un carattere estremamente vago ma di una vaghezza non di tipo concettuale – non riguardano né le premesse né la tesi del ragionamento normativo ad essa sotteso – bensì sostanziale – rimanendo opaco il nesso di consequenzialità e, quindi, la giustificazione della tensione performativa della norma contenente la clausola. All'interprete competerà riempire di senso la disposizione normativa non (solo) attraverso una riconduzione ad unità dei due poli fatto e fattispecie ma (anche) per il tramite di una comprensione del senso del bisogno da esse generalizzato. Inoltre, poiché la comprensione dell'interprete in quanto necessariamente oggettiva è sempre un ri-conoscimento e dal momento in cui l'atto di ri-conoscere in base alla corrispondenza al logos implica sempre una triade (interprete, incognita e ideal-tipo), non potendosi rintracciare il terzo ideale del valore nella realtà giuridica bisognerà cercarlo altrove, in sistemi diversi da quello giuridico ma dotati anch'essi di un proprio apparato virtuale: la morale, la cultura, l'economia, etc.. Quando assume questa forma, la generalizzazione normativa assicura al diritto la sua innata tensione performativa (essendo le clausole per loro stessa natura estroflesse) ma in una forma debole, nella misura in cui, da un lato, è il diritto che determina gli effetti giuridici riconnessi alla violazione di una regola contenente una clausola generale,

dall'altro lato, la vaghezza della clausola generale non solo è esplicita ma lo è sia sotto il profilo descrittivo che assiologico, imponendo una verifica a priori e imprescindibile della giustezza della norma laddove nel caso della fattispecie la verifica è a posteriori e meramente eventuale.

Né, a ben vedere, potrebbe essere altrimenti poiché: 1) le clausole generali (al pari dei principi) sono frammenti di norme in cui ad essere generalizzato è il valore nella sua nudità; 2) il valore è comprensibile ossia acquista senso solo se calato in un fatto e, pertanto, non è conoscibile in via diretta ma solo in via indiretta o analogica²⁷⁰ (ad esempio noi sappiamo che vestirsi in modo succinto per visitare luoghi religiosi o istituti particolarmente formali è una condotta contraria a buon costume mentre sarebbe difficile dare una definizione sensata e completa del concetto di buon costume in sé essendo, per l'appunto, un valore di matrice extra-sistemica innestato nel sistema morale-culturale); 3) la compatibilità o meno tra un fatto e un determinato valore, nel caso di clausole generali, è operazione demandata all'interprete (così, ad esempio, decidere se un contratto concluso per ottenere favori sessuali sia o meno contrario al buon costume implica un giudizio di valore che è superfluo nelle generalizzazioni normative costruite a fattispecie nelle quali, ad esempio, accertato il "ritardo nell'adempimento" non vi sono ulteriori passaggi per l'inquadramento giuridico del fatto nell'alveo della fattispecie "mora"); 4) di conseguenza, l'operazione ermeneutica è più complessa, dovendo il giudice: i) rintracciare il valore (o bisogno) annidato nel fatto (*rectius*: l'interesse o scopo che ha spinto ciascun soggetto ad agire); ii) verificare che tale valore sia quello incorporato dalla clausola generale; iii) rintracciare il sistema da cui origina il valore; iv) giudicare circa la compatibilità tra fatto e valore; v) dare il via alla produzione degli effetti giuridici che l'ordinamento ha associato a quella forma della generalizzazione.

Un discorso a parte vale per la buona fede. Questa particolarissima clausola generale, non solo è vaga sotto il profilo assiologico ma neppure è inserita all'interno di una fattispecie: essa stessa esaurisce la norma. Più in

270 Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali* cit. (Riv. crit. dir. priv., 1986), 15 ss., parla di conoscenza «mediata dalle idee di valore che si formano nello spirito umano, selezionate in base al riscontro in figure tipiche, e quindi esemplari, di comportamento». Cfr. anche Nogler, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, cit., 65 ss. e L. Nivarra, *Clausole generali e principi del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 432 ss.

particolare, non solo nelle norme (maggiormente significative sotto il profilo giuridico) contenenti riferimenti alla buona fede (in senso oggettivo) non vi è alcuna descrizione di tipo fattuale ma non sono neppure determinati gli effetti che ad essa si riconnettono. Ragione, quest'ultima, che, da un lato, ha autorizzato la dottrina a ricostruire essa stessa la tensione performativa della buona fede, associandole gli effetti giuridici che, dal punto di vista sistematico (*rectius*: dogmatico), apparivano più consoni, dall'altro lato, ha incitato la stessa dottrina ad attribuire alla buona fede compiti e funzionalità di volta in volta nuovi e diversi, alcuni dei quali veramente dirompenti all'interno del tradizionale impianto dogmatico, strumentali non tanto a soddisfare immediatamente bisogni di tipo concreto e materiale ma a manipolare gli istituti giuridici riconnessi alla buona fede stessa a seconda delle emergenti esigenze storiche e sociali. Come i principi, pertanto, possiamo dire che la buona fede è una forma della generalizzazione puramente assiologica ma a tendenza estroflessa non solo sotto il profilo ricostruttivo del giudizio di valore ma anche delle risposte ai bisogni che le si riconnettono per il tramite dei fatti.

Il sistema, scegliendo di generalizzare secondo la forma della buona fede, denuncia in partenza la sua intenzione di demandare al giudice il completamento della fattispecie secondo una modalità tale che, si può dire, rimette all'interprete non solo il giudizio di valore ma anche la determinazione della *performance* attesa dal diritto nel caso concreto, rispondendo (rispettivamente) alle domande: questo bisogno rientra nell'alveo della buona fede? come il diritto può soddisfare questo bisogno?

Mentre alla prima domanda il giudice risponde secondo il metodo proprio di qualsiasi clausola generale [partendo dal fatto (che si muove a cavallo di due o più sistemi) per risalire prima agli effetti giuridici riconnessi ad ogni norma contenente una clausola generale, poi al valore da essa di volta in volta idealizzato (rintracciato dopo aver analogicamente ricondotto ad unità fatto e norma) infine alla determinazione descrittiva della clausola stessa] nel rispondere alla seconda un ruolo fondamentale lo gioca la dogmatica giuridica, che segna il limite di flessibilità performativa dell'istituto cui la buona fede inerisce: l'obbligazione o il contratto.

In linea di prima approssimazione, possiamo limitarci a constatare come la buona fede sia senz'altro strumentale a dirigere quello che tradizionalmente costituisce la base giustificativa del diritto (privato senz'altro ma anche del diritto in generale) ossia il rapporto obbligatorio quale forma essenziale della cooperazione per il raggiungimento di fini individuali. Proprio tale circostanza – l'essere la buona fede strumentale a quella forma basilare di cooperazione che, pur nel perseguimento di fini individuali, è necessaria per assicurare il fine comune ossia il buon esito del piano obbligatorio – fa della buona fede *l'essenza o sintesi esemplificativa del concetto di performance*. La buona fede è, in altri termini, la norma a tensione performativa per eccellenza.

Sotto il profilo della reazione giuridica al fatto, invece, il suo orientamento estroflesso la rende sensibile alle esigenze esterne mediate “solo” dalla sua strumentalità necessaria all'obbligazione (o al contratto) in uno con la dogmatica giuridica nella sua accezione più moderna ossia neoistituzionale. L'interprete, quindi, dopo aver risposto alle domande già viste più sopra con riferimento alle clausole generali, maneggiando la buona fede dovrà anche chiedersi: quale *performance* avrebbe soddisfatto il requisito della utilità oggettiva o razionale qualificandosi, pertanto, come giuridicamente conforme?

Così, per sintetizzare, potremmo dire che *la buona fede pur performando la realtà circostante è da questa integrata sotto il profilo costitutivo e, quindi, si presenta particolarmente duttile in punto di produzione di effetti giuridici*.

Dei limiti di questa elasticità costitutiva, dell'eterogenesi funzionale della buona fede e della sua diversa attitudine a seconda che venga riferita all'obbligazione o al contratto parleremo più avanti. Ciò che qui interessa mettere in evidenza è come, a ben vedere, questo tipo di forma della generalizzazione normativa non sia sconosciuto al panorama giuridico contemporaneo, anche se siamo abituati a ragionarci sopra con riferimento alla sola produzione legislativa europea. Il riferimento è, chiaramente, ai rimedi o al c.d. piano mobile di tutele poste non già all'interno di un rapporto di causalità comprensivo della fattispecie ma a stretto ridosso dei bisogni. La buona fede, pertanto, si atteggia a rimedio nella misura in cui piega la dogmatica alle esigenze che l'evoluzione della società e il passare del tempo continuamente creano e questa attitudine rimediale, a ben

vedere, è sempre stata propria della buona fede anche prima e prescindere dell'Unione Europea.

In conclusione, dagli elementi sin'ora rintracciati, è possibile distinguere quattro tipi di generalizzazione legislativa:

le regole: la *normalità* rappresentata dalla *regola* si sostanzia nella circostanza che vede un'automatica rispondenza assiologico-descrittiva tra fatto e norma, senza che sia necessario distinguere tra le due componenti della generalizzazione stessa. Siamo, quindi, in presenza di *norme di tipo performativo*.

i principi: in questo caso la disposizione normativa contenente il principio assume le vesti di un'opera di generalizzazione puramente assiologica. Essendo, peraltro, norme estroflesse orientate però sul piano degli effetti in senso squisitamente introflesso, i principi sono *norme di tipo performativo-costitutivo* laddove, però, la *performance* è attesa non tanto da parte dei consociati ma dello stesso ordinamento giuridico.

le clausole generali: qui la generalizzazione normativa assume un carattere vago sia sotto il profilo concettuale che assiologico, non essendo neppure immediatamente chiaro a quale sistema debba attingersi per recuperare il senso del valore che esse generalizzano. Prioritaria è, in questo caso, la ricerca della "natura della cosa" che implica una particolare elasticità gnoseologica, potendo richiedere la padronanza del linguaggio economico, culturale, morale, religioso, etc. Siamo in presenza di *norme di tipo performativo in senso debole*, laddove la debolezza deriva dalla opacità del nesso di consequenzialità dell'argomento giuridico che esse implicitamente rappresentano.

la buona fede: simile ai principi, nell'essere una forma della generalizzazione puramente assiologica la buona fede ha però una tendenza estroflessa. Osservando il concreto atteggiarsi della buona fede ci si avvede, infatti, di come, rispetto ai principi, risultino *parzialmente invertiti i poli della vicenda performativo-costitutiva*: sotto il primo profilo, il diritto mantiene la sua tensione performativa (imponendo ai consociati di comportarsi secondo buona fede) ed anzi la buona fede incarna il concetto di *performance* per la sua strumentalità al buon esito di ciò che dell'obbligazione rappresenta l'essenza ossia la cooperazione; tuttavia, sotto il profilo costitutivo, non è il diritto che performa la realtà ma è la realtà, il valore portato dal fatto, a performare il diritto, reclamando a seconda del momento

storico e dei bisogni emergenti questa piuttosto che quell'altra reazione nei limiti di compatibilità fissati dalla dogmatica giuridica.

A questo atteggiamento rimediabile della buona fede e alle sue diverse incarnazioni sarà dedicato il prossimo capitolo.

Oltre a queste quattro forme della generalizzazione vi sono poi due altre entità giuridiche che, in realtà, non generalizzano proprio nulla ma si atteggianno l'una a meccanismo di risoluzione per c.d. emergenziale dei conflitti, l'altra a strumento di comunicazione diretta tra i bisogni e la giuridicità. Il riferimento è, ovviamente, all'equità e alla consuetudine.

Nel caso dell'*equità* manca del diritto la componente essenziale ossia la tensione performativa mentre è presupposta una lacuna assiologica.. È come se il diritto, preso atto della impossibilità di tutto performare avesse lasciato spazi vuoti rispetto ai quali ha solo scelto di prevedere una modalità di bilanciamento degli interessi e di risoluzione del conflitto *ex post* affidata al "mero" giudizio di opportunità del giudice, capace così di dare rilevanza a bisogni concreti a prescindere dalla loro oggettivizzazione in valori ossia della loro inclusione all'interno di una logica sistematica (sia pure extrasistemica). Questo strumento normativo esemplifica l'immanenza nel nostro ordinamento del principio di uguaglianza sostanziale, nella misura in cui è destinato a dare risposte a interessi non solo nuovi ma *diversi* al punto tale da non essere oggettivizzati o oggettivizzabili, neppure in forza di un'interpretazione evolutiva, nel sistema di appartenenza del fatto. L'equità rappresenta, in altri termini, l'unico caso in cui la natura della cosa può assurgere a fonte del diritto.

La *consuetudine*, invece, lo si è già accennato, è una fonte materiale del diritto il cui meccanismo operativo non fa che comprovare le conclusioni a cui siamo giunti con riferimento al rapporto tra valore e norma e al fisiologico asservimento del diritto ai bisogni della collettività cui si rivolge, nella misura in cui un fatto assurge a norma (per il tramite della consuetudine) qualora rappresentativo di una sintesi *necessaria* di bisogni che rappresenta, nella economia sociale (in senso lato), la *migliore delle soluzioni possibili*, direttamente riconosciuta come tale dai diretti interessati, senza il medio del legislatore.

Cap. III
LA BUONA FEDE OGGETTIVA COME NORMA AD
ATTITUDINE RIMEDIALE

1. Introduzione: la buona fede secondo il codice civile.

Seguendo la categorizzazione proposta da Emilio Betti²⁷¹ è possibile ordinare le norme relative alla buona fede in quattro gruppi:

1) le norme in cui la buona fede viene considerata come atteggiamento della coscienza consistente nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto, oggetto di interpretazione psicologica, la quale non è fine a se stessa ma è soggetta ad una valutazione normativa del comportamento da condursi secondo il criterio della correttezza (artt. 128, 251, 536, 936 co. 2, 937 co. 3, 938, 535, 1147 ss., 1192, 1479, 1794 co. 2, 2033, 2038, 2576 co. 2 c.c.). In questi casi il soggetto si trova nello stato psicologico di ignorare incolpevolmente una circostanza che, se conosciuta, determinerebbe l'illiceità della condotta che pone in essere²⁷².

2) le norme in cui la buona fede viene considerata come credenza nell'apparenza di un rapporto qualificante che legittima la controparte a disporre del diritto di cui nel negozio si tratti (artt. 23, 534 co. 2, 1153, 1155, 1159, 1162, 1189, 1415, 1416, 2652, 2901 c.c. e 742 c.p.c.). Anche in questo caso l'erronea credenza generata da apparenze esteriori che giustificano oggettivamente l'insorgere di una legittima aspettativa segna il discrimine tra ciò che è corretto in concreto, pur non essendolo in astratto, e ciò che non lo è.

3) le norme in cui la buona fede è intesa come lealtà nella conclusione del contratto e correttezza del contegno tenuto a contratto concluso (artt. 1337,

271 E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni* (Milano, 1953), I, 69 ss.

272 Per buona fede soggettiva si intende l'“ignoranza di ledere l'altrui diritto” e quindi la positiva convinzione di comportarsi jure, frutto di ignoranza o di un'erronea rappresentanza della realtà. L. Bigliazzi Geri, *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in AA. VV. *Il Principio di buona fede cit.*, 53 ss. Il giudizio psicologico avente ad oggetto l'accertamento della buona fede soggettiva può, in certi casi, esaurirsi in una presunzione implicita, frutto dell'abitudine di «onestà generalmente osservata dal soggetto». Essa può inoltre consistere in uno stato puramente negativo del pensiero ovvero essere integrata da un errore che sia l'aspetto secondario o consequenziale dell'ignoranza. Così L. Mengoni, *Gli acquisti “a non domino”* (Milano 1994), 320 ss.

1338, 1398, 1428, 1431, 1439, 1440, 1447, 1448, 1487, 1490, 1491, 1529 co. 2, 1578, 1579, 1667, 1812, 1821, 1892, 1893, 2226 c.c.).

4) le norme in cui la buona fede viene usata come criterio ermeneutico, alla stregua del quale deve essere interpretato il contratto, e come regola di condotta, vincolante nell'adempimento delle obbligazioni in generale, a prescindere dalla loro fonte (artt. 1337 e 1366 c.c., da un lato, art. 1375 c.c., dall'altro lato).

Della distinzione canonica tra buona fede oggettiva e buona fede soggettiva e delle varie estrinsecazioni che tale dicotomia ha assunto nella dottrina non si darà, in questa sede, una sintesi approfondita²⁷³.

Cardine a cui ancorarsi nella costruzione di un discorso attorno alla buona fede è, però, la consapevolezza che se nella sua veste soggettiva essa rileva in quanto fatto – ossia componente necessaria della fattispecie al fine del prodursi di determinati effetti giuridici – mentre nella sua dimensione oggettiva²⁷⁴ si carica di una normatività propria solo delle forme della generalizzazione giuridica assurgendo alla veste di regola²⁷⁵.

Ciò che vale a giustificare la distinzione fondamentale tra le due categorie (della buona fede soggettiva e di quella oggettiva): è innegabile, in effetti, che anche la buona fede soggettiva presenta dei caratteri di oggettività, dal momento in cui la valutazione circa la scusabilità dell'errore o l'incolpevolezza dell'ignoranza comporta una valutazione comparativa tra il procedimento di formazione della convinzione in concreto verificatosi nella psiche del soggetto e quello che *normalmente* ci si potrebbe attendere da un uomo mediamente assennato, ma tale oggettività discende dalla natura generalizzatrice dell'operazione legislativa ed è per c.d. connaturata a qualsiasi disposizione

273 Cfr. *ex plurimis* le osservazioni di G. Giampiccolo, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, Riv. dir. comm., 1965, I, 335 ss.; A. Levi, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo* (Genova 1912); U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, 28 ss.; Betti, *Teoria generale delle obbligazioni* cit.; R. Sacco, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato* (Torino 1949); S. Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*, Foro pad., 1964, I, c. 1284. Sostenitori della tesi unitaria A. Montel, *Buona fede*, in *Novissimo Dig. it.*, II, (Torino 1958), 599 ss.; Salv. Romano, *Buona fede (diritto privato)*, in *Enc. dir.* (Milano 1959), 677 ss.

274 Intesa sostanzialmente come condotta sintomatica di correttezza. Cfr. L. Nivarra, *Lineamenti di diritto delle obbligazioni* (Torino 2011), 13-14.

275 Ciò che induce parte della dottrina a svalutare la dimensione ontica in favore di quella deontica. Cfr. F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo, Introduzione*, monografia in corso di pubblicazione.

normativa. Tutti i fatti o, meglio, gli elementi di fatto descritti dalla norma e componenti la fattispecie giuridica sono gioco-forza dotati di una certa carica di oggettività essendo nient'altro che modelli a prototipo. La soggettività della buona fede, allora, sta in ciò: nella sua autonomia concettuale rispetto all'istituto giuridico cui inerisce e rispetto al quale diviene componente fattuale del prototipo, in quanto tale strumentale al prodursi di effetti giuridici. Diversamente la buona fede oggettiva non solo non è un fatto ma una norma, non solo implica necessariamente una operazione ermeneutica *ex ante* al fine di riempirla di senso, ma la sua fisiologica attinenza al rapporto obbligatorio da un lato ne esalta la doverosità dall'altro lato ne caratterizza la funzionalità. Ciò che giustifica e spiega la locuzione "oggettiva".

«È dalla riaffermazione della coppia buona fede soggettiva e buona fede oggettiva che bisogna dunque ripartire: la prima situazione psicologica, secondo la tradizione, di ignoranza dell'altrui lesione e invece, in una lettura più moderna, di convinzione di agire *iure* (es.: l'art.1147 c.c.); la seconda precetto, fonte di un reticolo di obblighi, di oneri, di divieti, posti in capo a chi intreccia rapporti giuridici patrimoniali (artt.1175, 1337, 1358, 1366, 1375, 1460)»²⁷⁶.

Ciò che rileva, ai fini della presente trattazione, è dunque comprendere se e come il complesso rapporto tra correttezza, diligenza e buona fede, nei diversi ambiti in cui questa si estrinseca, sia in grado di influenzarne la qualificazione giuridica.

La distinzione tra buona fede oggettiva e diligenza, come è noto, incide sulla capacità della prima di farsi produttrice di obblighi accessori a quello principale di prestazione delegando alla diligenza il diverso ruolo definitorio dei mezzi dedotti nel rapporto obbligatorio, a sua volta strumentale a sindacare la condotta tenuta dalle parti ai fini dell'imputabilità dell'inadempimento secondo un modello non dissimile (nella sostanza ma non nella procedimentalizzazione) al giudizio di imputazione per colpa²⁷⁷.

276 Così Piraino, *La buona fede in senso oggettivo* cit.

277 Tra gli illustri a. contrari alla funzione integrativa della buona fede si annoverano, in particolare, U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Trattato di diritto civile e commerciale a cura di Cicu-Messineo, XVI, t. 2 (Milano 1984); L. Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in Dig. Disc. Priv., Sez. civile, IV, 1988, 170 s.; U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio* (Milano 1968). In parte diversa è la lettura di Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit. e S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del*

Da più parti è stata avanzata l'idea che la buona fede in realtà non svolga alcuna funzione integrativa, di arricchimento del contenuto della relazione obbligatoria, non potendo mai assumere la forma di obbligo conoscibile a priori. La buona fede, in effetti, non potendosi per sua natura sottrarre a tale meccanismo di concretizzazione *ex post* in quanto clausola generale, parrebbe inadatta a partecipare a quel momento di edificazione del rapporto obbligatorio che, dai più, viene collocato in un ambito temporale antecedente alla fase di attuazione del rapporto stesso²⁷⁸.

Senonché, dalle riflessioni svolte nei capitoli precedenti si è potuto apprezzare il relativismo proprio di un'idea della normatività ancorata a "luoghi temporali" determinati. La normatività appartiene al momento dell'applicazione della regola ed è, quindi, attributo dinamico della stessa. Tale la sintesi esplicativa

contratto (Milano 2004). Favorevoli ad un generale riconoscimento della funzione integrativa della buona fede L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale* (dir. vig.), in Enc. dir., XXXIX, (Milano 1988), 1092 ss.; S. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in Europa dir. priv., 2003; Id., *Il mobbing* (Milano 2004); C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, in Enc. giur., XXI (Roma 1990); Id., *La responsabilità precontrattuale*, in Manuale dir. priv. eur., a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, II (Milano 2007), 325 ss.; di Majò, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 320-321; F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale* (Napoli 2011); Id., *La buona fede in senso oggettivo* cit.

²⁷⁸ Sulla questione ampiamente Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio* cit., passim, il quale, però, finisce per far rientrare dalle finestre ciò che prima era uscito dalla porta nell'attribuire il ruolo edificante del rapporto alla diligenza. La divergenza maggiore tra le due impostazioni – di cui l'una riconduce a Ugo Natoli e l'altra, nella nostra tradizione di scuola, a Luigi Mengoni – si apprezza sul piano del danno non patrimoniale contrattuale che, implicando una tensione etero integrativa rispetto alla volontà (sia pure implicita delle parti del rapporto contrattuale) viene dai primi esclusa, non riconoscendosi una portata così ampia della diligenza e dai secondi ammessa, in forza della caratterizzazione assiologica della buona fede intesa, primariamente, come strumento di emersione e tutela della persona nelle dinamiche private, siano esse incorporate in un contratto o ancora allo stadio primitivo della trattativa. La prima impostazione risente ancora delle eco volontaristiche di fine ottocento; la seconda, invece, ne ha abbracciato pienamente il superamento ed è andata oltre, individuando uno strumento giuridico di compenetrazione assiologica tra l'ordinamento normativo primario (diritto) e quello secondario (contratto) utile ad allinearli non solo dal punto di vista formale ma anche sostanziale permettendo all'interprete di sindacare sotto il profilo della illegittimità le condotte pur formalmente lecite delle parti. Sul tema del superamento del volontarismo cfr. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., 60 e ss.; C. Scognamiglio, *Lezioni sul negozio giuridico* (Bari 1962), 76 e ss.; P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico* (Milano, 1962), 79 e ss.; M. Allara, *Teoria generale del contratto* (Torino 1955), 128 e ss.; L. Ferri, *L'autonomia privata* (Milano 1959), 138; G. Gorla, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto (Dal diritto romano-comune alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio del 1963)*, in Riv. Dir. Civ., 1966, 255 s., 272 e ss.

della c.d. positività ermeneutica che, abbiamo visto, caratterizza qualsiasi interpretazione normativa a prescindere dalla forma assunta dalla norma in fase di generalizzazione. Il che equivale a dire che tutte le disposizioni normative necessitano (almeno in potenza) di un'opera di concretizzazione. Ciononostante, una differenza dipendente dalla forma assunta dalla generalizzazione vi è ma incide sul momento cognitivo dell'interpretazione ossia sul modo attraverso cui l'interprete è chiamato a ri-conoscere il fatto. Le regole rispondono, normalmente, ai meccanismi propri della sussunzione e sono, pertanto, riconoscibili in via immediata ma ben possono subire modificazioni in fase applicativa quando il modello comportamentale generalizzato non esaurisce o non copre più la corrispondente (implicita) componente valoriale. A tale necessità soccorre unitariamente al criterio ermeneutico sistematico quello teleologico inteso in chiave evolutiva che può portare ad un allargamento ovvero ad un restringimento della portata della norma o, in casi estremi, alla sua desuetudine applicativa.

Le clausole generali impongono sempre un'operazione cognitiva più complessa così sintetizzabile: (1) partendo dall'analisi del fatto (2) si prende in considerazione l'atto (3) se ne estrapola quella condizione d'esistenza positiva che determinato il soggetto ad agire ossia l'interesse (4) si verifica la rispondenza dell'interesse a un valore inteso come forma ideale e oggettiva che l'interesse assume una volta selezionato come interesse condiviso e ricompreso all'interno di un sistema e, qualora il tentativo abbia portato ad un esito favorevole, (5) si verifica la rispondenza di quel valore a quello generalizzato dalla clausola e, infine, (6) tenendo conto degli effetti riconnessi alla clausola, si verifica la "giustizia" o condivisibilità o ragionevolezza dell'operazione siffatta.

Nel caso della buona fede tale ultimo passaggio manca o, per meglio dire, implica una verifica più complessa di compatibilità tra l'effetto che a quel valore viene riconnesso nel sistema originario di appartenenza e il complessivo impianto dogmatico retrostante il sistema giuridico.

Ad ogni modo, che la buona fede si distingua dalle altre forme della generalizzazione è assodato; così come di immediata evidenza sia la sua riferibilità ad un istituto che del dinamismo si fa portatore ossia il rapporto obbligatorio. Non condivisibile è l'assunto di partenza della dottrina in esame in

base al quale le altre norme si rapportino con il dato temporale in modo diverso tanto da giustificare una differenziazione funzionale tra integrazione della condotta dovuta e valutazione della stessa.

Diversamente, può condividersi l'opinione di chi, forte dell'analogia tra processi cognitivi, affianca alla funzione integrativa quella valutativa reclamando un ridimensionamento della tradizionale distinzione tra le due categorie concettuali²⁷⁹. Altrettanto coerente con l'impianto appena delineato è la posizione di quanti, riconosciuta la buona fede come fonte di obblighi, invoca il più pieno svolgimento di questa funzionalità riconnettendo a tali obblighi tutto il complesso rimediale tipicamente (o, meglio, dogmaticamente) posto a presidio degli stessi, ben al di là, quindi, del solo rimedio risarcitorio²⁸⁰.

Poste queste premesse, in primo luogo, si tenterà di meglio argomentare come la funzione valutativa della buona fede non giustifichi una sua estensione generalizzata a tutte le norme componenti il sistema giuridico sì da fondare l'istituto *dell'exceptio doli* o, più modernamente, dell'abuso del diritto a prescindere dal metodo cognitivo che la forma della norma impone; in secondo luogo, si

279 Cfr. A. D'Angelo, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, v. 4, Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, XIII (Torino 2004), 38.

280 Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento* cit., 653, il quale ritiene che la componente "vivente" del diritto, intesa come elaborazione giurisprudenziale, colmi il gap informativo apparentemente connesso ad un'opera di concretizzazione *ex post* degli obblighi accessori nati dalla buona fede. «Il "diritto vivente" e l'opera di razionalizzazione e tipizzazione del materiale giurisprudenziale forniscono ormai ai soggetti del rapporto obbligatorio un ampio ventaglio di direttive atte ad orientare la loro condotta in chiave di protezione della sfera giuridica di controparte ancor prima che il giudice intervenga *ex post* a stabilire ciò che si sarebbe dovuto fare e non è stato fatto». Aggiungeremmo noi che: né il diritto in generale si occupa di verificare l'effettiva conoscenza da parte dei consociati delle norme ma, al contrario, la presuppone in forza di una finzione necessaria a fondare il diritto sulla volontà e, in ultima analisi, a riconoscergli una natura pratica (v. retro cap. I); né l'esito dell'integrazione è poi così sconosciuto alla parte del rapporto obbligatorio poiché, abbiamo detto, l'integrazione avviene per il tramite di un'indagine circa la compatibilità assiologica del fatto con il sistema cui tale componente appartiene ed è, pertanto, prevedibile da parte del soggetto (ragionevole) che, agendo, l'ha posta in essere. Cfr. L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, Riv. crit. Dir. priv., 1984, 510; Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., 6, con riferimento ai rimedi sinallagmatici; L. Nivarra, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in Eur. dir. priv., 2012, 484, il quale rileva la derivazione concettuale dell'obbligo di protezione dal principio dell'*alterum non laedere* «calato nella dimensione relazionale e, quindi, cosa ben diversa dall'obbligo di prestazione, finalizzato a procurare al creditore una nuova utilità: (...) Ciò non toglie, tuttavia, che l'*alterum non laedere* vestito dei panni dell'obbligo partecipi del dinamismo di quest'ultimo e possa avvalersi dei medesimi rimedi, al di là del risarcimento del danno».

tenterà di dimostrare come il rapporto di causalità necessaria rispetto al piano obbligatorio in cui si inserisce la buona fede oggettiva, da un lato, contribuisca in modo determinante a sostanzializzarne l'eterogenesi finalistica, dall'altro lato, ne giustifichi l'attitudine rimediale.

2. Buona fede in funzione valutativa: dell'eccezione di dolo generico come rimedio obbligatorio e della sinonimia tra l'abuso del diritto come principio generale e il criterio di unità o coerenza assiologica.

Quando si ragiona di buona fede in funzione valutativa – nella sua veste di eccezione di dolo generico ovvero come ragione giustificatrice della paralisi del rapporto obbligatorio per sopravvenuta inesigibilità della prestazione – ci si trova di fronte a reazioni ordinamentali cucite addosso alla mera condotta scorretta che sembrano contraddire le conclusioni cui siamo approdati all'esito del secondo capitolo in merito alla capacità meramente ricettiva della buona fede in punto di *performance*.

In questo caso la sola violazione della buona fede produce effetti giuridici, pur se solo virtualmente, legittimando la controparte ad agire o, meglio, resistere al fine di paralizzare la pretesa altrui nella misura in cui risulti condizionata da valutazioni di tipo opportunistico. Vi è chi riconduce tale circostanza alla strumentalità della regola di buona fede rispetto alla tutela processuale accordata alla parte diligente²⁸¹, ciò che, in effetti, appare alquanto suggestivo specie se

281 Cfr. Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile* cit., 156-157. L'a. rintraccia la ragione di ciò nella connessione tra buona fede e processo dal punto di vista funzionale, così ricostruendo il passaggio dalla "fides" alla "bona fides": «con il nascere e l'evolversi del *jus gentium* e grazie all'intervento del pretore peregrino, i rapporti con gli stranieri prima, tra cittadini poi, vengono ad essere dominati da un criterio oggettivo (ed etico) di *fides* divenuta ormai *bona* e, dunque, dalla cosiddetta correttezza commerciale e che i *bona fidei judicia* – sintetizzati nell'antica formula "*quidquid ob eam rem* (N. Negidium A. Agerio) *dare facere oportere ex fide bona*" (Gaio, Inst., 4, 47) – costituiscono la risposta, sul piano processuale, alla violazione del *vinculum* derivante da negozi e rapporti costruiti sulla base di una regola avente portata normativa e, in quanto tale, successivamente assorbita nel *jus* civile. L'aspetto più rilevante di tutto ciò si traduce, da un lato, nella possibilità per il convenuto di far sempre valere le sue difese in giudizio tramite, quanto meno, l'*exceptio doli*; dall'altro nella bilateralità che caratterizza i giudizi in questione, nei quali la formula usata consente al giudice di tenere conto non solo delle pretese dell'attore verso il convenuto, ma anche – salvo alcune, del resto dubbie, eccezioni – di quelle del secondo nei confronti del primo. E potrebbe essere già in Cicerone (...) il riferimento a ciò che, con moderna espressione, si suole indicare come inesigibilità della prestazione (ad Att.,

rapportato alla circostanza in forza della quale si tratta pur sempre di una “resistenza” a pretese altrui *contra naturalem aequitatem*, pur se formalmente legittime, fondata su ragioni di giustizia sostanziale²⁸². Altri, addirittura, ne contestano l’ammissibilità, se non nei casi espressamente previsti dalla legge, ritenendo troppo evanescenti le tracce (pur incontestabili) di diritto positivo al fine di dimostrare l’immanenza nel nostro ordinamento di un tale principio²⁸³.

La questione è gigantesca e, in questa sede, se ne farà solo cenno perché ai nostri fini ciò che rileva è non tanto prendere posizione con riferimento all’istituto in parola ma testare la validità di una ricostruzione della buona fede come norma performatrice a tendenza rimediale rispetto a funzioni che indubbiamente le sono proprie e che sfuggono all’idea della mancanza di autonomia effettuale della sola buona fede.

Si impone, a questo punto, una precisazione: quando si parla di eccezione di dolo generico si fa riferimento, in realtà, piuttosto che alla buona fede come istituto dogmatico a un rimedio posto a ridosso dell’esigenza di una giustizia che vada al di là del dato meramente formale, connesso alla funzione di limite della buona fede stessa. Così l’*exceptio doli* sta alla buona fede in funzione valutativa (o di limite) come il risarcimento del danno non patrimoniale sta alla buona fede in funzione integrativa. Lo stesso può dirsi con riferimento all’istituto della inesigibilità (su cui meglio nel prosieguo) che, al pari dell’*exceptio* non è deputato a comporre l’obbligazione ma a limitarne l’efficacia giuridica in presenza di un bisogno che, nel caso concreto, ne reclaims il ridimensionamento. Diversamente però dall’*exceptio doli* – che, in quanto eccezione trova la sua naturale collocazione sul piano processuale, in fase di accertata patologia del rapporto – l’inesigibilità si può dire che operi secondo il dinamismo e le tempistiche proprie dell’autotutela, consentendo al debitore di non adempiere.

6, 1, 15: “*extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bona*”)» Per una ricostruzione più analitica cfr. AA.VV., *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo (Padova 2006), passim.

282 Cfr. Romano, voce *Buona fede* cit., 677 ss.; A. Burdese, *Exceptio doli* (diritto romano), in *Novissimo dig. it.*, IV (Torino 1960), 1072 ss.; L. Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *L’attuazione* (Milano 1946), 10 ss.; Natoli, *L’attuazione del rapporto obbligatorio* cit., spec. *Il comportamento del creditore*, 38-39; di Majò, *Delle obbligazioni in generale* cit., 312 ss.

283 A. Torrente, *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV (Milano 1965), 220 ss.; F. Galgano, *La società per azioni*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell’ec.*, VII (Padova 1984), 258.

Tale attitudine della buona fede in funzione valutativa ne svela meglio di ogni altra l'attitudine rimediabile, intesa nel senso più classico di effettività della tutela (ossia "prossimità al bisogno") e tendenza all'antiformalismo (decostruzione dogmatica della coppia fattispecie più effetto). Ossia, nella specie: prossimità al bisogno di tutela della persona e decostruzione dell'endiadi prestazione-pretesa. Tuttavia, la generalizzata ammissione della funzione limitatrice della buona fede rispetto all'autonomia privata non supportata da un'adeguata razionalizzazione sistematica offre il fianco a critiche fin troppo prevedibili.

È chiaro che, nel vasto dinamismo del rapporto obbligatorio, esiste uno spazio in cui la doverosità promanante dal rapporto medesimo risponde alla logica sincronica e, di conseguenza, non è determinabile prima e a prescindere dalle circostanze di fatto che ne determinano i confini.

D'altronde, «i criteri della diligenza e della buona fede sono appunto sintomi di quell'impossibilità, implicitamente e rettamente sottolineata dal legislatore, di una definizione aprioristica dell'obbligo». Essi «consentono, dunque, di fissare definitivamente, nell'unica maniera possibile, e cioè *a posteriori* e in relazione al fatto, l'estensione esatta dell'obbligo (operando, se necessario, una restrizione o un ampliamento dei contegni deducibili *a priori in obligatione*)»²⁸⁴.

Che tale sia l'effetto della buona fede e della diligenza con riferimento al primo impatto definitorio dei rapporti tra autonomia privata, contratto e giudice *nulla quaestio*: tale è la sintesi tra performare e costituire che, secondo modalità (invero di molto) diverse, buona fede e diligenza incarnano rispetto al rapporto obbligatorio secondo il patrimonio concettuale che la nostra tradizione giuridica ci permette di considerare come acquisita²⁸⁵.

284 Così Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio* cit., 88 ss.

285 L. Nivarra, *Le frontiere mobili della responsabilità contrattuale*, relazione al Convegno del 16 aprile 2015 presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi Roma Tre, ricostruisce «il superamento che, a questo punto, può considerarsi definitivo (se non nel senso di una sua piena accettazione da parte di giudici e dottori, quantomeno nel senso di un completo distacco, almeno sul piano della modellistica dottrinale, dal paradigma originario) dell'idea che il rapporto obbligatorio sia esaurito dalla prestazione e dal nesso privilegiato che essa intrattiene con il correlativo interesse in conformità allo schema elementare descritto dall'art. 1174 c.c. (...) qui è dato assistere ad un processo che si sviluppa in modo non lineare attraverso quasi un sessantennio: un lasso di tempo per delimitare il quale possiamo assumere, come *terminus a quo*, il saggio di Mengoni su "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi" (1954) e come *terminus ad quem* quello

In questa ricostruzione latente è però il rischio di una strumentalizzazione della buona fede in funzione valutativa che ben può rivelarsi uno strumento argomentativo utile a vestire di dignità normativa interessi di mero fatto, così traducendosi in una mera opera di bilanciamento giudiziale. Sfornite di alcun ulteriore aggancio dogmatico, le condotte sottoponibili al giudizio valutativo che rendono la pretesa del creditore paralizzabile in sede processuale non sono né determinate a priori (dalle parti) né determinabili a posteriori (dal giudice) sotto la scorta di un giudizio di conformità e adeguatezza rispetto all'assetto di interessi cristallizzato nel regolamento contrattuale²⁸⁶.

È, quindi, necessario un filtro ulteriore diverso dalla “ragionevolezza” del giudice, a sua volta intesa come mera giustificazione argomentativa fondata su logiche socialmente condivisibili, valida nella misura in cui si rende necessaria per adeguare la norma al fatto ma non fondativa, in sé, della categoria della illegittimità. Questa conclusione, infatti, applicata a situazioni in cui la pretesa fatta valere è conforme (in senso stretto) alle strutture giuridiche per divergerne “solo” in punto sostanziale, aprirebbe le porte all'interpretazione *contra ius* o, detto altrimenti, alla tutela giudiziale del c.d. diritto di disobbedire alle leggi ingiuste. Ora, se può porsi in dubbio l'esistenza di un tale diritto (fondato sulla forza bruta della disobbedienza civile), del tutto illogico rispetto alla funzione e alla struttura del sistema giuridico è il riconoscimento di una sua tutelabilità in sede giudiziaria che, è bene sottolinearlo, implicherebbe lo scardinamento del meccanismo descritto nel paragrafo dedicato alla positività ermeneutica e si tradurrebbe in un equivoco svilente rispetto alla funzione del giudice.

di Castronovo su “La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale” (2011). (...) il vettore di questa parabola, il cui punto di caduta è rappresentato appunto dalla “relazione” come categoria più ampia ed inclusiva dell'obbligazione, deve ravvisarsi nella clausola generale della buona fede».

286 Scrive Piraino, *La buona fede oggettiva* cit., 220 «Sul fronte della giustificazione razionale della decisione assunta, queste caratteristiche della buona fede in funzione di limite si traducono in una sostanziale semplificazione perché non si rivela necessario ipotizzare l'introduzione di obblighi aggiuntivi e accessori, spiegare le ragioni della loro insorgenza e argomentare sulla coerenza complessiva della costruzione che ne emerge, anche alla luce delle proposte dogmatiche della dottrina e degli orientamenti giurisprudenziali. Il giudice che fonda la propria decisione sulla buona fede come criterio di valutazione delle condotte di secondo grado si limita a motivare in maniera più scarna e sulla scorta di meri apprezzamenti di fatto, invocando nudi interessi, circostanze concrete, esigenze di contenimento etc.».

La discrezionalità del giudice che – abbiamo detto più volte – non deve essere demonizzata ma accettata come componente fisiologica del procedimento interpretativo, reclama qui meccanismi di contenimento²⁸⁷. Essi si rendono in questo caso senz'altro necessari vista la portata dirompente che la mancata razionalizzazione della funzione valutativa della buona fede comporta.

L'aiuto ci è offerto dall'istituto dell'abuso del diritto²⁸⁸, in uno con la natura di clausola generale (e non di principio) della buona fede. Sotto il primo profilo, l'istituto dell'abuso descrive criteri sufficienti a contenere le derive antisistemiche della funzione valutativa nella sua nudità. È così possibile ancorare la valutazione della condotta tenuta dai privati a giudizi finalistici, di conformità delle utilità ottenute ai *desiderata* del sistema²⁸⁹, al pari di quanto accade per la meritevolezza degli interessi di cui all'art. 1322 c.c. (su cui meglio *infra*).

Sotto il secondo profilo, l'orientamento tutto sommato circoscritto della buona fede, intesa come norma di condotta per eccellenza e, dunque, come canone necessario di relazionalità tra individui, ne limita la portata a tutti quegli ambiti in cui della relazionalità sia rintracciabile il nucleo minimo indispensabile ossia il *coordinamento* di azioni individuali che, da un lato, rende doverose tutte quelle azioni necessarie al fine di ottenere l'obiettivo comune, dall'altro lato, sottintende la necessità di mantenere il massimo grado di indipendenza degli individui coinvolti nella relazione²⁹⁰.

287 L'opera di bilanciamento giudiziale è, in effetti, «insuscettibile di determinazione aprioristica, ma destinata a precisarsi, di volta in volta, secondo le caratteristiche particolari di ogni singola vicenda nel quadro complessivo delle circostanze anche sopravvenute del caso concreto». La buona fede in funzione valutativa è, in quest'ottica, «un criterio tipicamente bilaterale e qualitativo: perché implicante un giudizio di relazione, dove ciò che è destinato a prevalere non è, sempre e comunque, l'interesse astrattamente privilegiato da una norma, ed attento, altresì, alla qualità degli interessi coinvolti». Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile* cit., 172.

288 In tal senso già F.D. Busnelli-E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato III. L'abuso del diritto*, a cura di G. Furguele (Padova 1997), passim, i quali predicano, però, la portata generalizzata dell'istituto coerentemente con la ricostruzione della buona fede come principio generale.

289 Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano* cit.; C. Salvi, *Abuso del diritto I* *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, I (Roma 1998); più di recente P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Corr. giur.*, 2008; Id., *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2011.

290 Così N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (Bari 2007), 106.

Il che equivale a dire che tutto ciò che non è doveroso secondo il criterio relazionale di strumentalità necessaria rispetto al raggiungimento dell'utilità reciproca cade nell'alveo della libertà o arbitrarietà, che dir si voglia (salvo in ogni caso il minimo performativo giuridico della protezione della persona su cui meglio più avanti).

Ora, tirando le fila del discorso, potremmo concludere dicendo che: a) la buona fede in funzione valutativa implica un giudizio di rispondenza finalistica tra la condotta del privato e gli scopi del diritto; b) lo stesso giudizio riguarda solo quelle condotte caratterizzate da una doverosità ricavabile *a contrario* dal concetto di relazione come sopra descritto.

Questo duplice “imbrigliamento” del giudizio valutativo consente di mantenere intatta la precettività tipicamente rimediale della buona fede senza consentirle di prevalere sulla volontà individuale.

Diversamente, la generalizzata applicazione della categoria dell'abuso sembrerebbe praticabile solo a patto di equiparare il giudizio che tale categoria introduce a quell'indagine teleologica in chiave sistematico-evolutiva che altrove abbiamo chiamato criterio ermeneutico primario di unità o coerenza sistematica (dal punto di vista assiologico) e che, come ci insegna Emilio Betti, altro non è se non un passaggio necessario di ogni operazione ermeneutica ma che non può mai tradursi nel sovvertimento dei termini del bilanciamento legislativo al fine di dotare interessi di mero fatto di una rilevanza addirittura prevalente rispetto a quella di cui formalmente sono dotati quelli giuridici.

Mutatis mutandis, a conclusioni parzialmente diverse dovrebbe giungersi nel ragionare della diversa categoria del *divieto di venire contra factum proprium*²⁹¹. Sebbene fondato sulla medesima base normativa del divieto d'abuso – ossia la buona fede intesa, però, quale principio generale e non clausola – questo istituto sottintende un bilanciamento tra i contrapposti interessi individuali delle parti coinvolte nel conflitto ossia l'interesse a far valere un proprio diritto, da un lato, e l'interesse a finalizzare il proprio affidamento, dall'altro lato. Proprio quest'ultimo interesse, che può ben dirsi di mero fatto rispetto a quello

291 Cfr. F. Astone, *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati* (Napoli 2006); F. Festi, *Il divieto di «venire contro il fatto proprio»* (Milano 2007).

dell'effettività della tutela, a sua volta implicito in ogni situazione giuridica soggettiva attiva, nasce a seguito di un giudizio di contraddittorietà tra due comportamenti riconducibili al medesimo soggetto, titolare della situazione giuridica fatta valere. Esso sottace, dunque, la generica meritevolezza dell'interesse individuale a fare affidamento circa il futuro contegno di un soggetto a cui l'ordinamento riconnette determinati effetti quando tale affidamento appaia ragionevole ossia oggettivamente giustificabile in forza di condotte implicanti e incluso in una relazione caratterizzata dalla tensione verso un fine²⁹².

E, in effetti, la generalizzazione di questo istituto non farebbe che riprodurre il ragionamento già svolto più sopra circa la tensione performativa del diritto. Se scopo ultimo del diritto è quello di indirizzare la volontà dei consociati influenzandola sotto il profilo causalistico degli effetti derivanti dalle loro condotte, il divieto di *venire contra factum proprium* altro non sarebbe che il corollario della proiezione del concetto su scala collettiva. In altri termini: questo istituto nell'ottica del diritto performativo implica un concetto di *suitas* oggettivizzato in quanto indotto dalla generica consapevolezza circa gli effetti giuridici di un determinato comportamento a prescindere dalla loro riferibilità ai *desiderata* del soggetto agente. Il che, d'altronde, sarebbe compatibile con l'indifferenza dell'ordinamento rispetto all'effettiva conoscenza della legge da parte del soggetto agente che (abbiamo già detto) è sintomatica di una finzione sottesa all'apparato ricostruttivo del diritto performativo che incide proprio sull'elemento soggettivo della volontà.

292 Cfr. sul punto F. Ranieri, *Il principio di buona fede*, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo- S. Mazzamuto (Milano 2007), II, cap. XXVI; S. Patti, voce *Verwirkung*, Digesto disc. Priv., sez. civ., XIX, 722 ss. L'a. avverte, però, che la questione non riguarda tutti quei comportamenti giuridicamente qualificabili come atti di rinuncia al diritto. «È certo infatti che il comportamento possa assumere, in alcune ipotesi, l'obiettivo significato di un negozio di rinuncia. In questi casi l'atto di disposizione negoziale produce la perdita del diritto. Ma, a ben vede, il soggetto che pretendesse di agire come se non avesse disposto del diritto realizzerebbe un comportamento che soltanto genericamente può essere definito contraddittorio; cioè, soltanto nel senso che egli non terrebbe conto del suo agire (negoziale) precedente, che avrebbe determinato una modificazione della situazione giuridica preesistente. Chi rinuncia al diritto, o comunque compie un atto di disposizione che lo prova della titolarità del diritto, non può successivamente pretendere di agire come se egli fosse ancora il titolare, perché si è già privato della titolarità del diritto. (...) La formula latina deve essere invece intesa, a nostro avviso, nel suo senso strettamente letterale, cioè *venire contra factum (non negotium) proprium*».

Tuttavia, tale ricostruzione non può spingersi sino a fondare una nuova causa di estinzione delle situazioni giuridiche soggettive attive (accanto alla prescrizione e alla decadenza) fondata sulla forza bruta dei fatti. E ciò per le medesime ragioni già viste con riferimento alla necessità del dire da parte del legislatore al fine della creazione e della demolizione di categorie squisitamente giuridiche come la nullità, la rescissione, la personalità giuridica e, ovviamente, fonti di attribuzione e cause di estinzione delle situazioni giuridiche soggettive.

Pertanto, la tutela dell'affidamento ingenerato da una condotta poi contraddetta non può che trovare spazio all'interno del calderone della buona fede in funzione valutativa nei limiti in cui «*venire contra factum proprium* di per sé non è affatto deprecabile, ma lo diviene quando, a causa delle circostanze in cui matura e delle concrete modalità di attuazione, si rivela frutto di un abuso. La prospettiva va, quindi, capovolta: non è la contraddizione a integrare per antonomasia una violazione della buona fede, ma la violazione della buona fede a costituire la condizione in presenza della quale la contraddizione va contrastata»²⁹³.

3. Il (presunto) superamento della distinzione tra regole di condotta e regole di validità e la (insuperabile) distinzione tra norme costitutive e norme performative.

Negli ultimi anni il diritto privato europeo e l'emersione del rimedio hanno imposto una riflessione sulle strutture dogmatiche tradizionali che rischiano di venire travolte e scomparire se non riconcettualizzate alla luce delle recenti profonde mutazioni.

Il riferimento è alla tematica ben nota della nullità virtuale e della dicotomia tra regole di validità e regole di responsabilità²⁹⁴. In particolare, sul

293 Così Piraino, *La buona fede in senso oggettivo* cit., 335.

294 Su tutti G. D'Amico, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto (Napoli 1996), 101 s.; G. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile* (Napoli 1981), 171 s.; Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 1 s. Più di recente A. Gentili, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici del contratto*, in Riv. Dir. priv., 2009, n. 3, 34 s.; Id., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in Riv. Dir. Priv., 2010, n. 3, 25 s. Con sfumature diverse C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, n. 6, 412 s.

terreno della responsabilità dell'intermediario finanziario, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate circa l'opportunità di scardinare il dogma proprio di ogni ipotesi invalidatoria, che lega il prodursi di patologie negoziali alla inattuazione di una fattispecie composta da elementi intrinseci del negozio giuridico. Mentre ad oggi la giurisprudenza sul punto esprime un pressoché unanime parere negativo²⁹⁵, la dottrina si divide tra quanti, rispettosi della tradizionale dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento, preferiscono guardare ad altri rimedi²⁹⁶, e quanti, invece, non rinunciano all'idea che un consenso «disinformato» implichi, di per sé, la non vincolatività del contratto²⁹⁷.

La tesi negativa prende le mosse dall'incompatibilità tra un sistema di invalidità negoziali necessariamente formale e prestabilito e regole di comportamento per loro stessa natura elastiche, poiché desunte dal principio generale di buona fede il cui contenuto non è né determinato né determinabile. In tale ottica, mentre solo le regole di validità possono stabilire le condizioni alle quali l'atto deve corrispondere per essere vincolante, quelle di comportamento (o di buona fede) sono dirette ad assicurare la correttezza e la moralità delle contrattazioni e quindi conducono, qualora violate, a mere conseguenze risarcitorie²⁹⁸. Ne consegue che se rispetto alle regole di validità, operanti su un

295 Cfr., con riguardo alla vicenda dell'intermediazione finanziaria, Cass. s. u., 19-12-, n. 26724, in Foro it., 2008, I, 784 s.

296 Cfr. D'Amico, "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto cit., 101 s.; Id, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in Riv. dir. civ., n. 1, 2002, 40 s.

297 Cfr. Gentili, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici del contratto* cit., 34 s.; A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto* (Padova 2008), 152. Con sfumature diverse Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità* cit., 412 s.; C. Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obb. Contr.*, 2007, 780 s.

298 Cfr. spec. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto* cit., 43. L'A. ritiene che questa innata «vaghezza» del principio di buona fede derivi dai criteri valutativi extralegali cui il principio stesso rinvia. Diversa l'opinione di Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit.. Nell'ottica dell'a. da ultimo citato, la buona fede «non è destinata ad introdurre istanze etiche o solidaristiche destinate a sovrapporsi ai valori dell'ordinamento ma è intesa a preservare le ragioni del sistema giuridico, traendo da esso stesso le direttive di composizione dei conflitti che è chiamata a dirimere. (...) Siffatta comprensione dei principali concetti-valvola implica, già, il superamento della loro tradizionale spiegazione giusnaturalistica e, insieme, la loro fuoriuscita dalla rigida, e perciò scientificamente improduttiva, categoria neopositivistica dei c.d. criteri-non-regole e della mera discrezionalità».

piano riservato alla valutazione esclusiva dell'ordinamento, si rende necessaria una costruzione di carattere logico-formale²⁹⁹, tale esigenza viene meno con riferimento alle regole di condotta, la cui concreta determinazione è demandata al potere giudiziale. Ecco allora che l'invalidità dell'atto non può discendere da un comportamento qualificabile come «scorretto» alla luce dei mutevoli criteri valutativi extralegali cui rimanda la regola di buona fede³⁰⁰.

La tesi positiva denuncia, invece, l'ipocrisia di una ricostruzione apparentemente ignara del fatto che una «contaminazione tra generi» esiste già ed è magistralmente rappresentata dal rimedio dell'annullamento. Non si può, infatti, negare che l'induzione in errore della controparte ovvero l'estorsione del consenso con violenza o dolo rappresentino violazioni di una regola di comportamento, né che l'angusto recinto dei tradizionali vizi del consenso ha da sempre sollecitato l'interprete a fornire interpretazioni estremamente late delle figure tipizzate dal legislatore³⁰¹.

L'ideologica dicotomia tra regole di condotta e regole di validità, in questa prospettiva, ha un senso solo se confinata entro l'ambito del teorico, poiché funzionale all'analisi del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti, ma non può mai assurgere a regola di giudizio³⁰².

Del pari, la presunta specialità delle nullità di protezione o a legittimazione relativa potrebbe superarsi riducendo l'ambito teleologico dell'art. 1421 c.c. ogni volta che l'interesse particolare alla cui tutela risulta preposto il rimedio invalidante abbia natura indisponibile³⁰³.

299 Cfr. V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico* (Padova 1990), 156 s.

300 Cfr. A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I (Milano 1999), 397 s. Sull'interpretazione degli enunciati normativi come strategia di natura auto poetica consistente non già nell'importazione dall'esterno di criteri di soluzione di complessità preesistenti o nuove ma nell'espansione della stessa regolazione normativa guidata dal medesimo sistema giuridico cfr. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., passim.

301 Cfr. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto* cit., 17 s.

302 Cfr. A. Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2010, n. 4, 397 s.; L. Di Nella, *Le pratiche commerciali "aggressive"*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro (Torino 2008), 374 s.

303 Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto* cit., 85 ss., ritiene così che «per integrare la fattispecie prevista dall'art. 1418, co. 1, c.c. non è sufficiente la violazione di un qualsiasi divieto legale, ma occorre dimostrare che la norma violata, anche se tutela l'interesse di uno dei contraenti, in ragione della sua appartenenza a una

D'altronde, non si può negare che, con particolare riferimento ai doveri di *disclosure* di matrice comunitaria, la rilevanza della impermeabilità tra regole di comportamento e regole di validità perde inevitabilmente di pregio. In presenza di obblighi di condotta sufficientemente dettagliati, l'eventuale applicazione di un rimedio invalidatorio non arreca *vulnus* alcuno al principio della certezza del diritto poiché la condizione minima di ricevibilità giuridica dell'atto negoziale può ben pregiarsi del requisito della predeterminazione legislativa³⁰⁴.

Aderendo a questa prospettiva, pur condivisibile sotto il profilo della opportunità, per ciò che in questa sede maggiormente interessa, è da notare come da una stessa forma della generalizzazione (la buona fede) il diritto vivente tenti di far discendere effetti giuridici talmente tanto differenti da mettere addirittura in discussione un dogma. Il ché non è da aborrire o escludere a priori ma non risulta coerente con il discorso sin ora svolto.

Come già detto più sopra, è fisiologico per il diritto come scienza pratica tentare di dare risposta ai bisogni dei consociati. Il meccanismo attraverso cui questo tentativo prende corpo è, abbiamo visto, molto complesso stante la diversa realtà dimensionale in cui vivono i consociati, esseri dinamici nello spazio e nel tempo, e il sistema giuridico, di per sé materia inerte. Il diritto, infatti, si serve dell'interprete e della sua precomprensione per mantenere una dinamicità che sola gli consente di preservare il suo valore ultimo ossia l'utilità.

Il diritto è però anche un prodotto del linguaggio: al linguaggio è asservito – con ciò determinandosi il suo rapporto simbiotico con la realtà – e del linguaggio si serve – per assumere ora una ora l'altra delle possibili declinazioni della sua innata tensione performativa. Il suo non dire ciò che debba intendersi per buona fede significa mantenere della buona fede l'aspetto originario, naturale, reale; il suo non dire ciò che accade quando la buona fede è violata

categoria astrattamente determinata, denota un particolare e qualificato atteggiamento dell'ordinamento che ne esige la soddisfazione in contrasto con le scelte che le parti hanno volontariamente compiuto». Cfr. V. Scalisi, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in Riv. dir. civ., 2011, I, 400-401. Diversamente G. D'Amico, *Nullità virtuale - nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in Contratti, 2009, 739 ss., ritiene che l'inciso dell'art. 1421 c.c., «salvo diverse disposizioni di legge» potrebbe essere inteso come un rinvio a norme di legge inclusive di logiche diverse da quelle proprie della nullità a legittimazione assoluta.

304 Cfr. R. Natoli, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini (Torino 2010), 4.

implica la tacita indifferenza dell'ordinamento rispetto a questo genere di condotte che assumono rilevanza giuridica innescando il meccanismo performativo del diritto solo quando vi si associa un danno. Viceversa rispetto alle regole di validità è da subito prevista una tutela che, si dice tradizionalmente non a torto, è posta a presidio di interessi collettivi.

Di conseguenza, anche se le ragioni di politica del diritto che stavano alla base della dicotomia (come originariamente pensata) sono oggi non più valide – avendo assunto le regole di condotta una forma talmente particolareggiata da non mettere più in pericolo la certezza del diritto e la prevedibilità degli effetti di una determinata condotta – è la stessa tensione performativo-costitutiva del rimedio che si vuole applicare (nullità, annullabilità o inefficacia) a richiedere una previsione esplicita da parte del legislatore. Viceversa, si finirebbe per autorizzare l'assurdo: dotare il diritto di un linguaggio magico (“capace di fare e disfare le cose per il solo fatto di dirle”) anche quando esso rimane (volutamente) muto.

E questo è troppo poiché significherebbe manovrare gli istituti giuridici come il burattinaio fa con le marionette snaturando il diritto nella sua struttura più essenziale: non più manifestazione della socialità umana ma mero discorso.

Tolta questa limitazione, la buona fede – che assume ora le sembianze di una regola di fattispecie strumentale all'azionabilità del rimedio risarcitorio, ora quelle di uno strumento utile a paralizzare temporaneamente le pretese creditorie inesigibili, ora quelle dell'abuso del diritto – è un rimedio a tutti gli effetti, nella misura in cui dota l'interprete di uno strumento utile a manipolare la struttura dell'obbligazione, da intendersi come categoria minima ed essenziale del diritto stesso. Il valore portato dalla buona fede, infatti, non può più dirsi il nucleo assiologico di una norma che, qualora violata, porta a conseguenze meramente risarcitorie³⁰⁵ ma, pur conservando tale carattere generale, suggerisce la necessità di un'indagine caso per caso al fine di stabilire l'effetto giuridico maggiormente

305 Come è noto, tradizionalmente la buona fede viene vista come una traduzione del principio del *neminem laedere* che predica il rispetto dell'altrui sfera giuridica e per questo è posta dal legislatore come primo e invalicabile limite all'autonomia privata nell'ambito contrattuale. Cfr. P. Rescigno, *Notazioni sul principio di buona fede*, in *Il principio di buona fede*, cit.; C. M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 207; G. Spoto, *Il contratto e il potere correttivo del giudice* (Torino 2007), spec. 140 ss.

coerente con il valore portato dalla fattispecie reale, tenuto sempre conto della coerenza complessiva del sistema giuridico.

Ciò che, come già accennato, deriva da due circostanze concomitanti: da un lato l'essenzialità della buona fede come sintesi della relazionalità per il perseguimento di fini individuali, dall'altro lato la suggestione che la logica della buona fede (sempre più spesso) esercita sulla fattispecie in conseguenza dell'aumentare della tensione eteronoma del contratto.

4. Le grandi dicotomie: un parallelismo. Il rapporto tra buona fede e neoformalismo di protezione

In generale può comunque affermarsi che le teorie dell'interesse hanno segnato una svolta nella comprensione del fenomeno giuridico in senso funzionale e non più meramente strutturale, determinando il passaggio dalla visione kelseniana del diritto come ordinamento coattivo a quella hieringhiana del c.d. diritto promozionale. Il cambiamento non è di poco conto perché sposta il fondamento del diritto dal concetto di forza, associata alla sanzione, a quello di volontà, associata all'incentivo, contemporaneamente mutando il concetto di Stato da Stato protezionista a Stato programmatore³⁰⁶.

Le ragioni del cambiamento sono molteplici e tutte si fondano su mutamenti non già del diritto (che resterebbe sempre uguale a sé stesso se fosse in grado di impermeabilizzarsi) ma della società. Il che ancora una volta vale a dimostrare quanto profonda e innegabile sia la connessione tra scienza giuridica

306 Osserva Bobbio, *Dalla struttura alla funzione* cit., 64, «Se pure con una prima approssimazione, si può dire che la funzione promozionale del diritto può essere esercitata con due tipi diversi di espedienti: gli incentivi e i premi. Intendo per “incentivi” misure che servono per facilitare l'esercizio di una determinata attività economica, per “premi”, invece, misure che mirano a dare una soddisfazione a coloro che abbiano già compiuto una determinata attività. L'incentivo accompagna l'attività nel suo formarsi; il premio la segue, cioè viene assegnato quando l'attività è già stata svolta. Per quanto non sia sempre facile distinguere nel caso concreto un premio da un incentivo, la distinzione è concettualmente significativa perché soltanto i premi rientrano a rigore nella categoria delle sanzioni positive (qualora non si voglia allargare troppo il concetto di sanzione e si tenga presente, per definire “sanzione positiva”, l'estensione l'intenzione del concetto, ben più elaborato di sanzione negativa). Il contrario di premio è pena, cioè il caso più tipico di sanzione negativa (...) In questo senso premio e incentivo sono (...) le due forme tipiche attraverso cui si manifesta la funzione promozionale del diritto».

e sociologismo e come reciproca sia la interferenza di entrambi questi distinti sotto-sistemi ossia diritto e società.

Senz'altro, posta la funzione prima ed ineliminabile del diritto, consistente nell'assicurare quella pace strumentale al vivere sociale, il diritto di per sé non è un fine ma un mezzo per raggiungere svariati fini che vengono perseguiti in parte attraverso l'uso della forza, associata alle sanzioni negative, in parte attraverso il potere economico, che si esplica per il tramite del possesso degli strumenti di produzione, in parte per via del potere ideologico, appartenente a colui che gestisce gli strumenti di formazione delle idee³⁰⁷.

La norma, quindi, non fa che assumere le sembianze ora della pena, ora del premio, ora dell'incentivo, ora del disincentivo per (rispettivamente) punire, premiare, incoraggiare o scoraggiare determinate condotte umane. In ciò sta la tensione performativa del diritto e il suo nocciolo fondamentale: nel rapporto di causalità che permette di ricondurre ad una causa, descritta nella fattispecie, un determinato effetto giuridico, premiale o deterrente.

Resta da distinguere i fini che il diritto persegue che, secondo la c.d. dottrina delle grandi dicotomie si distinguono in fini individuali e fini collettivi, perseguiti gli uni per mezzo di norme di condotta, gli altri per mezzo di norme di organizzazione³⁰⁸. In una società aperta le prime prevalgono nettamente sulle seconde; viceversa, più la società è chiusa maggiormente prevalenti sono le norme di organizzazione.

Questa dicotomia non va confusa e identificata con la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, giacché (a titolo esemplificativo) sono norme di

307 Cfr. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione* cit., 67.

308 Hayek utilizza la suddetta dicotomia per fondare la distinzione tra Stato liberale e Stato assistenziale. Cfr. A. Hayek, *The principles of a liberal social order*, in *Il Politico*, XXXI, 1966, 609: «Una caratteristica della società liberale è che il cittadino può essere costretto ad obbedire solo alle norme di diritto privato e penale; la progressiva contaminazione del diritto privato con il diritto pubblico durante gli ultimi ottocento anni, cioè la progressiva sostituzione di norme di comportamento con norme di organizzazione, è uno dei modi principali in cui si è compiuta la distruzione dell'ordinamento liberale». Id., *Ordinamento giuridico e ordine sociale*, in *Il Politico*, XXXIII, 1968, 718 ss., «Il punto di partenza e il punto di arrivo dello sviluppo che conduce al superamento graduale dell'ordine spontaneo a una forma organizzativa completamente diversa corrispondono rispettivamente allo stato liberale e allo stato totalitario. Generalmente non ci si accorge che questo processo di trasformazione si riflette sul terreno giuridico della espansione del diritto pubblico ai danni del diritto privato e, quindi, nella sostituzione delle regole di comportamento mediante regole di organizzazione».

condotta anche quelle di diritto penale che indubbiamente appartengono alla sfera pubblicistica del fenomeno giuridico. Neppure corretto è l'appiattimento di questa distinzione su quella, diversa, tra norme negative (o divieti) e norme positive (o comandi), poiché le norme di condotta sono destinate a regolare tanto le condotte omissive che quelle commissive. Infine, non è semplice l'attribuzione alle une piuttosto che alle altre del carattere dell'astrattezza in contrapposizione con quello della concretezza che, invero, sembrano caratterizzare (in gradi diversi e a seconda dei casi) entrambe.

Sembra, invece, che la dicotomia tra norme di comportamento e norme di organizzazione rispecchi in qualche misura quella tra regole spontanee e regole artificiali ossia quella tra diritto consuetudinario (che serve a rappresentare il fenomeno della c.d. razionalità spontanea) e diritto statutario; pur tuttavia, la consuetudine oltre ad essere una fonte non formale nel campo del diritto privato è ormai riconosciuta come tale anche nel diritto pubblico³⁰⁹.

Vi è da dire, però, che un certo grado di artificialità nel diritto statutario esiste ed è incontestabile che la stessa comunanza del fine perseguito dai consociati imponga una interazione non più tra due individualità ma tra tre entità: individuo-Stato-individuo, laddove lo Stato serve a mediare e generalizzare il fine risultante dalla somma ideale delle soggettività che lo compongono.

«L'importanza della distinzione in esame sta in ciò, che essa meglio di ogni altra serve a individuare le due funzioni che tradizionalmente vengono attribuite ad un ordinamento giuridico: la funzione di rendere possibile la *convivenza* di individui (o gruppi) perseguiti ciascuno *fini singoli*, e la funzione di rendere possibile la *cooperazione* di individui o gruppi perseguiti un *fine comune*. Sono norme di condotta quelle che, limitando la propria opera al *coordinamento* di azioni individuali, stabiliscono le condizioni per l'attuazione del massimo di *indipendenza* di individui conviventi. Sono norme di organizzazione quelle che, mediante un'opera di *convergenza* (forzata) di azioni sociali stabiliscono le condizioni per attuare il minimo di *dipendenza* necessario ad individui cooperanti»³¹⁰.

Un'altra dicotomia che chiama il raffronto con quest'ultima è quella proposta da Hart tra norme primarie, che impongono obblighi, e norme

309 Cfr. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione* cit., 104-105.

310 Così Bobbio, *Dalla struttura alla funzione* cit., 106.

secondarie, che attribuiscono poteri³¹¹. Più elevato è il livello di sofisticazione della struttura sociale più diffuse sono le norme secondarie e viceversa, al punto tale che un ordinamento giuridico primitivo ben potrebbe sopravvivere semplicemente fissando i limiti di autonomia dei privati e, quindi, stabilendo i confini delle sfere di libertà individuali senza predisporre strumenti utili al raggiungimento di fini collettivi.

Il parallelismo con la dicotomia tra regole di validità e regole di condotta vien da sé e, d'altronde, già altri sostenitori di questo ragionamento bipolare hanno messo in luce come a differenti tipologie di norme, riguardate sotto il profilo funzionale, corrispondono diverse funzioni del diritto, una di tipo promozionale-premiale l'altra di tipo dissuasivo-repressiva³¹².

A parte l'ormai abusata distinzione fondata, come è noto, sulla riferibilità delle norme di condotta all'agire umano e sull'oggetto delle regole di validità ossia elementi intrinseci della fattispecie, ciò che indubbiamente balza all'evidenza, rispetto alle osservazioni appena sopra svolte, è la dimensione dinamica delle prime, contrapposta a quella statica delle seconde e, al tempo stesso, alla funzionalità promozionale delle regole di condotta rispetto a quella repressiva delle regole di validità.

Sotto il primo profilo, la distinzione è utile a ragionare in termini di rapporto (obbligatorio) piuttosto che di istituto (contrattuale, in senso ampio n.d.a.) giuridico e, quindi, richiama alla mente un qualcosa in divenire piuttosto che il momento della cristallizzazione in una determinata forma di una determinata volontà. Pur tuttavia, vi è da rilevare come le recenti tendenze in materia di causa in senso concreto, nullità sopravvenuta e procedimentalizzazione formale del contratto abbiano in qualche modo reso sfumata tale distinzione e sminuito il tradizionale ruolo del contratto come fonte

311 Cfr. Hart, *Il concetto del diritto*, cit.

312 Il riferimento è a F. Tönnies, *Comunità e società* (Milano 1963), il quale vede la società come un tutto organico di tipo artificiale prodotto dalla volontà arbitraria degli individui che la compongono. Ciò nonostante, all'interno dello stesso fenomeno giuridico vi è spazio per una ulteriore differenziazione tra norme che regolano una qualche forma sociale di tipo naturale (come la famiglia) e norme che regolano prodotti sociali di tipo squisitamente artificiale (come l'obbligazione). In ogni caso, ciò che è interessante notare è l'inversione della prospettiva di Tönnies rispetto a quella di alcuni suoi predecessori: per l'a., infatti, l'artificialità caratterizza l'incontro tra individualità mentre è naturale ciò che si caratterizza come forma di una volontà collettiva.

di un rapporto obbligatorio rispetto a quest'ultimo che, di fatto, risulta oggi preponderante nella concreta determinazione delle vicende contrattuali.

Ancora in auge risulta, invece, il secondo dei rilievi sopra esposti che fa della buona fede, come regola madre delle regole di condotta, una norma di tipo promozionale, strumentale a provocare comportamenti virtuosi e identificabili come tali nella misura in cui non risultino fisiologicamente dannosi rispetto al buon esito del programma obbligatorio. I comportamenti secondo buona fede, in altri termini sono comportamenti che risultano indifferenti per l'ordinamento giuridico e rispetto ai quali l'ordinamento mantiene un atteggiamento di serafica approvazione; viceversa, l'agire contro la buona fede implica che la relativa condotta varchi la soglia dell'indifferenza ordinamentale mettendo in allarme il sistema di sicurezza o di tutela predisposto al fine di evitare il fallimento della tensione performativa del diritto. Il che si traduce, qualora alla condotta contraria alla buona fede si accompagni un danno, nella più blanda delle reazioni accorpate nel sistema delle tutele obbligatorie, di tipo meramente compensativo e mai punitivo, ossia il risarcimento del danno.

Molto diversamente si atteggiavano, invece, le regole di validità che, non solo si associano a sanzioni negative o pene, rappresentate da tutto l'apparato delle tutele di tipo invalidatorio, ma scatenano la reazione ordinamentale a prescindere da qualsiasi danno e, dunque, a prescindere dalla loro attitudine a mutare in negativo la realtà fattuale in cui operano. L'incidenza negativa di condotte poste in essere in violazione di regole di validità, infatti, si esaurisce nell'ambito del giuridico senza scendere in campo nel mondo reale; proprio da ciò discende, *in primis*, la loro capacità di ledere interessi collettivi e non individuali – quelli virtualmente generalizzati nella fattispecie – e, di conseguenza, l'assertorietà delle reazioni punitive che l'ordinamento vi associa.

Si può dire, dunque, che l'incondizionatezza delle regole di validità è maggiore rispetto a quella delle regole di condotta, talmente più vicine al fatto da non poter accedere alla tutela rispetto ad esse prevista senza che nel fatto si sia verificato un mutamento *in peius*. E non è cosa da poco: come già detto nel capitolo precedente, infatti, carattere ultimo ed ineliminabile del diritto è la sua tensione performativa cioè, in ultima analisi, la vicinanza tra causa ed effetto, l'irresistibile richiamo della prima sul secondo tale per cui in presenza di

entrambi necessariamente si produce il relativo rapporto di causalità che fonda e giustifica la norma.

Ebbene, questo rapporto di causalità – che in qualche modo identifica ed esaurisce l'aspetto performante del diritto – è più articolato e, quindi, finalisticamente più lasso quando in gioco ci sono regole di condotta rispetto a quello che può dirsi, invece, ragionando in termini di regole di validità. Non a caso nessuno ha mai dubitato della natura di clausola generale della buona fede e di quella, inversa, delle regole di fattispecie. Nel primo caso, infatti, il rimedio di tipo risarcitorio (che pure rientra nell'ambito del performare giuridico) piuttosto che alla condotta contraria a buona fede si ricollega al danno; o, meglio, entrambi gli elementi sono necessari ai fini dell'azionabilità della tutela giuridica di tipo risarcitorio e, quindi, al prodursi dei relativi effetti ma, in un ordine logico-temporale, la sola violazione della buona fede non produce effetto alcuno risultando prodromica alla eventuale e successiva reazione ordinamentale nel caso in cui dalla medesima condotta discenda un'alterazione dannosa della realtà sottostante il rapporto obbligatorio.

Il che equivale a dire che, nel transitare dalla fattispecie alla condotta, il diritto dismette la sua veste costitutivo-performatrice – che abbiamo visto già caratterizzare i principi ma che vale anche con riferimento alle regole di validità – per conservare solo una tendenza performatrice-promozionale. Detto in altri termini: ragionando su quello che abbiamo individuato quale nucleo duro della norma giuridica la regola della buona fede non è autonoma necessitando del danno per essere una norma in senso proprio ossia produttiva di effetti. Viceversa, le regole di validità sono norme costitutivo-performative in senso proprio³¹³ realizzando ciò che enunciano per il solo fatto di enunciarlo.

Il che trova implicita conferma nel rapporto moderno tra buona fede, obblighi di informazione e forma contrattuale, nella nuova prospettiva sposata dal legislatore europeo.

Come è noto, la policy legislativa europea si ispira a logiche protezioniste della parte contrattualmente più debole (in primo luogo il consumatore e, secondariamente, la piccola o media impresa) che trovano nello strumento dell'obbligo di informazione un volano privilegiato. Ciò che è valso a qualificare

313 Cfr. *supra* cap. II.

come obiettivo primario dell'interventismo unitario la correzione dell'asimmetria informativa che caratterizza tutti i rapporti contrattuali in cui a una parte erogatrice del servizio (*insider*) se ne contrappone un'altra (*outsider*) fisiologicamente affetta da un *gap* informativo³¹⁴. Gli obblighi di informazione di cui il legislatore europeo ha farcito ogni fattispecie tipica – e posto a presidio dello strumento di autotutela per eccellenza tra quelli unitari, ossia il recesso di pentimento – non caratterizzano più solo la fase precontrattuale, ma spesso entrano a far parte del contenuto stesso del contratto, identificandone i requisiti minimi (ed inderogabili) di validità. Il ruolo che prima competeva all'informazione, intesa come strumento di programmazione del futuro piano negoziale, oggi viene svolto direttamente da un elemento di fattispecie: la “forma che informa” predisposta dal legislatore e non più dalle parti, in linea con l'aumentare dell'eteronomia contrattuale³¹⁵.

Si assiste, così, ad un fenomeno di contrattualizzazione delle informazioni precontrattuali e, al tempo stesso, di predisposizione legislativa del contenuto del contratto, che avviene per il tramite dello strumento formale. La *ratio* di una simile strumentalizzazione della forma è chiara, sottintendendo logiche di regolamentazione del mercato operato “dal basso” o per il tramite di un

314 Circostanza, questa, che è posta a fondamento della dottrina del contratto asimmetrico inteso come modello contrattuale a vocazione generalizzata da affiancare a quello di diritto comune e in grado di abbracciare tutti quei rapporti in cui le due parti si trovano per c.d. naturalmente in situazioni di asimmetria di potere contrattuale. Antitetica alla dottrina del contratto asimmetrico è quella del terzo contratto che predica la necessità della creazione accanto al primo (quello del codice civile) e al secondo contratto di un terzo modello, idealmente ricavabile dalle normative di settore dedicate ai rapporti contrattuali B2B in cui una parte si trova in posizione di debolezza o asimmetria informativa. La prima è una teoria più spiccatamente ispirata a logiche unitarie, di riconduzione a sistema, ma sconta la scarsa assimilabilità del consumatore persona fisica a soggetti esercenti attività professionale per di più spesso aventi le sembianze dell'impresa; la seconda, invece, pur implicando un'ulteriore frammentazione delle fonti, sottintende una maggiore specializzazione del modello di riferimento rispetto alle logiche che governano i rapporti tra imprese e sembra sempre di più ricevere l'implicito plaggio del legislatore unitario e nazionale. Cfr. sul tema S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, seconda edizione (Torino 2015), cap. V. A favore del contratto asimmetrico come paradigma generale V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, Riv. dir. priv., 2007, 669 s.; *contra* e, dunque, a favore del terzo contratto C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, Europa dir. priv., 2008, 831 s.

315 Cfr. G. Grisi, *Gli obblighi di informazione*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele* (Torino 2002), 144 ss.; Id., *Informazione (Obblighi di)*, in Enc. giur. Treccani, 2006; A. Albanese, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali* (Tricase 2014), spec. 11 ss.

interventismo apparentemente *low profile* in quanto incentrato sul contratto e non dichiaratamente orientato al perseguimento di obiettivi macroeconomici³¹⁶.

Quando tali informazioni sono assistite dal rimedio della nullità di protezione la metamorfosi della forma è completa: l'attività precedente e successiva alla conclusione del contratto – che noi sapevamo o governata dalla regola della buona fede e, pertanto, assistita dal solo rimedio risarcitorio oppure rientrando nell'alveo dell'annullabilità e, quindi, rimessa all'arbitrio del singolo – assume rilievo ai fini del perfezionamento della fattispecie per espressa volontà legislativa. Il che significa che la forma è ormai uno strumento legislativo di controllo di una attività prima appaltata all'interprete sia sotto il profilo dell'accertamento della rilevanza giuridica della condotta delle parti sia sotto il profilo della sua capacità di incidere o meno sulla fattispecie (qualora integrante i requisiti dell'errore, della violenza o del dolo) ovvero di determinare l'insorgenza in capo al soggetto “negligente” di un obbligo risarcitorio.

Diametralmente opposta rispetto alla tendenza appena esaminata è quella di richiamare direttamente la buona fede con riferimento ad ipotesi di invalidità del contratto, senza passare per il medio degli obblighi di informazione e, quindi, della forma. Il primo impiego della buona fede in funzione lato senso invalidante si è avuto con la disciplina sulle clausole abusive del codice del consumo che lega il giudizio di abusività al duplice presupposto del significativo squilibrio di diritti e degli obblighi e della contrarietà alla buona fede della condotta del professionista. Tale circostanza, dalla portata astrattamente dirompente considerando l'orientamento orizzontale della disciplina in esame, è stata ridimensionata in punto di applicazione giurisprudenziale, laddove il sindacato di vessatorietà ha finito per essere imperniato o sull'automatismo della sussunzione nell'elenco normativo o sull'esclusiva verifica dello squilibrio di poteri e facoltà.

316 Chiara è la diversità tra gli obblighi di informazione “europei” e quelli di cui alla nostrana tradizione giuridica. Cfr. G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione* (Napoli 1990), 45 ss.: ragionando secondo gli schemi concettuali che ci sono più familiari l'informazione è lo strumento attraverso cui si esplica la fase antecedente alla formazione del contratto, strumentale ad una corretta cristallizzazione della volontà delle parti: «trattare è discutere, parlare, comunicare: è porsi consapevolmente in relazione con uno o più soggetti determinati; è scambio reciproco di idee e proponimenti e valutazione delle altrui pretese e/o ragioni, in ordine alla progettazione dell'affare di cui si sta trattando».

Altri esempi di commistione tra buona fede e nullità sono rinvenibili nella disciplina sui ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali – da ultimo modificata a seguito del recepimento della dir. 16 febbraio 2011, n. 7 con il decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192³¹⁷ – e in quella degli accordi frutto di un abuso di dipendenza economica.

Il che impone un ulteriore considerazione: la tecnica degli obblighi di informazione ha comportato una drastica riduzione dello spazio tradizionalmente riservato alla buona fede in funzione integrativa intesa come attitudine della buona fede ad arricchire il contenuto del rapporto obbligatorio affiancando alla prestazione obblighi accessori ovvero, nella fase precontrattuale, dando vita alla ormai nota figura dell'obbligazione senza prestazione. Ciò che, secondo una certa dottrina, ha comportato l'espansione dell'altra funzione della buona fede ossia quella valutativa che, com'è noto, tramite la «struttura dogmatica assiologicamente orientata» del divieto di abuso del diritto, sfoga tensioni ordinali di tipo risarcitorio e, soprattutto, è idonea a fondare il rimedio dell'*exceptio doli generalis*³¹⁸.

Ora, è chiaro che l'esito generalizzante di questa tendenza, traducendosi in un ampliamento della funzione valutativa oltre gli ambiti propri della buona fede, si rivela non solo fallace dal punto di vista dogmatico ma anche dannoso in punto di politica del diritto (per le ragioni di cui si è già detto) ed è, perciò, da scansare.

Altrettanto vero è, però, che nonostante le commistioni tra ambiti di pertinenza giudiziali e legislativi, ogni volta che la buona fede fa capolino in situazioni cui l'ordinamento commina rimedi lato senso sanzionatori ossia di tipo

317 Il punto 2 del nuovo art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, come modificato dal decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192 di recepimento della dir. del 16-2-2011, n. 7 così recita: «Il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero».

318 Cfr. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo* cit., cap. V, par. 7.5. Casi eclatanti, ma anche controversi, di questa linea di intervento della buona fede sono: la sentenza sul recesso *ad nutum* dal contratto di concessione di vendita di autoveicoli (Cass. 20106/2009) e l'orientamento sul ricorso al divieto di abuso in materia di imposte armonizzate al fine di colpire i casi di elusione fiscale (Cass. 25374/2008 e le altre successive).

invalidatorio essa non è mai da sola sufficiente a giustificare la caducazione del contratto.

«Le fattispecie di nullità più o meno apertamente collegate alla clausola generale non costituiscono mai il frutto della mera violazione del precetto di azione che da essa, caso per caso, è possibile ricavare, ma scaturiscono dall'accertamento di oggettivi sbilanciamenti del contenuto del contratto a favore della parte che è, in forza del proprio posizionamento, in grado di accaparrarsi tali vantaggi. La buona fede è per lo più invocata per fissare la misura dello squilibrio rilevante, così da evitare una predeterminazione legale, sul modello della lesione *ultra dimidium* nella rescissione di cui all'art. 1448, comma 2, c.c., ed accedere ad un modello più arioso e adattabile, che chiama in causa l'opera di concretizzazione del giudice»³¹⁹.

Tuttavia, secondo una recente prospettiva, la ri-concettualizzazione della causa del contratto come scopo economico-individuale delle parti in uno con il binomio “meritevolezza degli interessi-utilità del contratto” potrebbe giustificare una lettura diversa, inducendo a ritenere che la violazione del canone di buona fede in presenza di un contratto si traduca nella nullità dello stesso per mancanza (originaria o sopravvenuta) di causa³²⁰.

Ebbene, che vi possa essere *in determinati casi* questa coincidenza tra giudizi (*ex fide bona* e causale) a parere di chi scrive convince³²¹; ciò che non convince è il

319 Così Mazzamuto, *ibidem*.

320 M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza* (Padova 2015).

321 Il che esemplificando in termini bruti si traduce nella seguente domanda: facendo riferimento alla maggior parte degli operatori del sistema mercato finanziario, individuati gli interessi in concreto perseguiti dalle parti, che cosa si sarebbe disposti a sacrificare pur di creare e mantenere in vita una stabile relazione? Qual è la condotta preferibile in quel dato contesto? Qual è, quindi, il valore? A domanda rispondo: in un contesto di operatori del sistema mercato finanziario, nello specifico (ad esempio) di un contratto di finanziamento con finalità di investimento, l'interesse in concreto perseguito dalle parti è il medesimo ossia il guadagno; l'investitore a basso rischio è disposto a subire una perdita solo in ipotesi eccezionali, il finanziatore che esercita attività di impresa è disposto a rilasciare il finanziamento sotto la scorta di adeguate garanzie di solvibilità; la condotta preferibile è, per l'investitore, quella di fornire informazioni veritiere sul proprio stato di “salute patrimoniale”, per il finanziatore, di indicare la forma di investimento adeguata al profilo di rischio dell'investitore. Il valore tutelato è la correttezza in sé dell'operazione intesa, primariamente, come trasparenza ed adeguatezza delle condotte poste in essere dalle parti.

In questo caso, in effetti, buona fede e causa contrattuale (come funzione economico-individuale) sembrano coincidere – tant'è che la causa in riferimento al contratto ben può qualificarsi come “la natura della cosa” – ma non sempre è così.

corollario che tale generalizzata assimilazione (a patto che la si voglia generalizzare) reca con sé: ossia la ricevibilità giuridica della fattispecie della nullità sopravvenuta.

Ma questa è un'altra storia³²².

Altro esempio: facendo riferimento alla maggior parte degli operatori del sistema sanitario, individuati gli interessi in concreto perseguiti dalle parti, che cosa si sarebbe disposti a sacrificare pur di creare e mantenere in vita una stabile relazione? Qual è la condotta preferibile in quel dato contesto? Qual è, quindi, il valore? A domanda rispondo: nel sistema sanitario, nella specie nel settore chirurgico, gli interessi in concreto perseguiti dalle parti non coincidono: l'interesse perseguito dal chirurgo è quello di effettuare una prestazione lavorativa con finalità di lucro; l'interesse perseguito dal paziente è quello di guarire; il chirurgo sarà disposto a rischiare la propria responsabilità nei limiti in cui il rischio della stessa sia stato esattamente individuato prima della prestazione grazie alle informazioni rese dal paziente ed il paziente sarà disposto a rischiare il fallimento dell'operazione nei limiti di rischio prospettati dal chirurgo; la condotta preferibile da parte del chirurgo è quella di rendere il paziente edotto dei rischi e di effettuare l'operazione in modo da ottenere il risultato atteso; la condotta preferibile dal paziente è quella di mettere il chirurgo nella condizione di poter adempiere esattamente, in primo luogo fornendogli tutte le informazioni necessarie; il valore tutelato è la salute perché, pur rilevando l'interesse individuale del chirurgo in connessione con il valore-lavoro, il criterio di preferibilità della condotta riferibile alla comunità di appartenenza è cucito addosso all'oggettivizzazione dell'interesse individuale del paziente ossia, per l'appunto, la salute; diversamente il valore-lavoro rileva solo nella misura in cui il paziente abbia posto in essere condotte tali da rendere impossibile l'esatta esecuzione della prestazione lavorativa stessa.

In queste ipotesi alcuni parlerebbero di due valori potenzialmente contrastanti (salute e lavoro) che la buona fede è chiamata a "bilanciare" ma così non è: il valore rilevante in forza della buona fede è uno solo ossia quello da cui ci ricaviamo il criterio di preferibilità delle condotte e non quello utile ad escludere la responsabilità del debitore secondo il meccanismo dell'art. 1218 c.c.

In questa ipotesi la causa del contratto è il miglioramento delle condizioni del paziente, il che coincide con il valore ricavato all'esito di una indagine *ex fide bona* ma non necessariamente coincide, in assenza e a prescindere dal contratto, con il criterio di preferibilità della condotta delle parti utile a distinguere le condotte poste in violazione della buona fede da quelle conformi.

La logica incrementativa del contratto, infatti, non è propria dell'obbligazione in senso stretto ossia dell'obbligazione priva del corredo prestazionale avente quindi mera finalità (vincolante) di protezione. Ragione per cui in assenza di un contratto il valore salute deve ritenersi tutelato tutte le volte in cui, pur non essendo stato raggiunto lo scopo del miglioramento, non si sia verificato un peggioramento dello stesso.

322 Su cui v. ampiamente Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto* cit., il quale ritiene che la nullità sopravvenuta debba comunque rispondere a scelte legislative esplicite e, in quanto tale, si configuri per sua natura come una nullità testuale. Inoltre, ritiene l'a., la nullità *ratione temporis* «incorre nel (...) vizio logico di utilizzare una qualificazione propria della fattispecie negoziale per descrivere un fenomeno che invece riguarda esclusivamente (parte de) i suoi effetti» (176). Id., *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2012. Cfr. R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico* (Napoli 1969), 368; G. Spoto, *Le invalidità contrattuali* (Napoli 2012).

5. Buona fede in funzione integrativa, obbligazione senza prestazione e contratto come ordinamento secondario: della differenza tra art. 1175 e art. 1375 c.c.

Un'ulteriore commistione tra buona fede e contratto si ha con la buona fede in funzione integrativa, almeno quando l'integrazione stessa passa per il medio del negozio e genera obblighi accessori rispetto alla prestazione dedotta dalle parti nell'accordo.

Tuttavia a differenza di quanto può dirsi per la buona fede introitata nei meccanismi propri della forma, la buona fede integrativa non può mai spingersi sino a privare la fattispecie cui inerisce della validità che l'ordinamento pur solo astrattamente gli riconosce. E ciò per due ragioni: in primo luogo, per l'assenza di quello che più sopra abbiamo definito "linguaggio della magia"³²³, *conditio sine qua non* degli effetti invalidanti in quanto concetti squisitamente giuridici; in secondo luogo, per la naturale tensione rafforzativa (e non distruttiva) che la buona fede in funzione integrativa svolge rispetto al contratto ma anche rispetto alla relazione giuridicamente rilevante in quanto norma primaria di condotta, secondo la nota definizione di Bobbio³²⁴.

Invero, la buona fede integrativa è strumentale a potenziare ora il contratto ora la relazione sotto il profilo funzionale e ciò basterebbe ad escludere qualsiasi connessione logica con il sistema rimediabile delle invalidità³²⁵. Ciò che non

323 Cfr. Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà* cit., passim.

324 Bobbio, *Dalla struttura alla funzione* cit., 106: «L'importanza della distinzione in esame sta in ciò, che essa meglio di ogni altra serve a individuare le due funzioni che tradizionalmente vengono attribuite ad un ordinamento giuridico: la funzione di rendere possibile la convivenza di individui (o gruppi) perseguiti ciascuno fini singoli, e la funzione di rendere possibile la cooperazione di individui o gruppi perseguiti un fine comune. Sono norme di condotta quelle che, limitando la propria opera al coordinamento di azioni individuali, stabiliscono le condizioni per l'attuazione del massimo di indipendenza di individui conviventi. Sono norme di organizzazione quelle che, mediante un'opera di convergenza (forzata) di azioni sociali stabiliscono le condizioni per attuare il minimo di dipendenza necessario ad individui cooperanti».

325 Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., 96 ss.: «attraverso la disciplina delle invalidità l'ordinamento, in linea di massima, si limita a circoscrivere il campo entro il quale i contraenti possono giocare la loro partita (artt. 1418-1343) ed a fissare le regole alle quali nel corso di essa debbono reciprocamente attenersi (artt. 1425 ss. e 1447 ss.), giacché un gioco scorretto impedirebbe la soggezione dello scambio alla logica economica e falserebbe il mercato; entro questo campo ed osservate queste regole, l'ordinamento si disinteressa della congruità dello scambio e dell'equilibrio della parte

esclude la rilevanza di alcuni valori pur incorporati implicitamente nella buona fede in punto di ricevibilità giuridica della fattispecie: tuttavia questi valori valgono a comporre l'elemento assiologico di altre forme della generalizzazione, prime tra tutte l'ordine pubblico e il buon costume cui è demandato, per l'appunto, il vaglio di validità³²⁶.

Quando si parla di buona fede integrativa è necessario, poi, fare ordine distinguendo tra integrazione del contratto e "integrazione" della relazione derivante da contatto sociale. Solo nel primo caso la buona fede svolge una funzione *integrativa* in senso proprio; nel secondo caso si assiste, piuttosto, ad un fenomeno di giuridicizzazione di taluni interessi di mero fatto, peraltro nella forma assai precettiva dell'obbligo, strumentale ad una loro sottomissione alle regole generali in tema di obbligazione.

Tale ultimo fenomeno, come è noto, riguarda i soli obblighi di protezione³²⁷ che trovano nella buona fede la propria fonte e si giustificano alla luce della moderna concezione circolare (o a tensione reciproca) e complessa dell'obbligazione.³²⁸ In Italia, la diffusione e lo sviluppo della figura (sulla quale

normativa del contratto, giacché solo un gioco libero consente che lo scambio sia unicamente retto dalla congiuntura economica e che così il mercato assolva alle funzioni che il sistema gli ha demandato». Cfr. anche R. Lanzillo, *Regole del mercato e congruità dello scambio*, in *Contr. e impresa*, 1985, 309 ss.

326 Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., 99, dopo aver riconosciuto la derogabilità degli artt. 1374 e 1375 c.c. sottolinea che «Tutto questo, ovviamente, non significa che non si possa in astratto pensare (salvo a provarlo) che taluni valori o principi di sistema possano contribuire a determinare il contenuto di taluni usi o di talune concretizzazioni dell'equità e della buona fede. Ma è evidente che in tali casi questi valori e principi contribuirebbero ancor prima a determinare il contenuto di ordine pubblico e buon costume e che, perciò, l'effetto invalidante andrebbe correttamente riferito in via diretta ad ordine pubblico e buon costume piuttosto che ad equità e buona fede; a queste ultime, sempreché ricorrano le condizioni previste dall'art. 1419, comma 1, spetterebbe solo di colmare in senso conforme ai valori e ai principi di sistema quelle clausole private che per essere ad essi contrarie siano state previamente invalidate (Cass. n. 6600/84)».

327 Per la prima volta compiutamente elaborate da H. Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in 136 AcP, 1932, 257 ss.

328 «Il rapporto obbligatorio presenta, infatti, un assetto a pianta circolare, al centro del quale si colloca l'obbligo primario di prestazione (*Hauptleistungspflicht*), contornato da una gamma di obblighi accessori (*Nebenpflichten*), positivi (*Verhaltenspflichten*) o negativi (*Unterlassungspflichten*), la cui funzione complessiva è quella di pilotare il rapporto obbligatorio verso quel risultato al cui conseguimento esso è preordinato. Dal momento che l'utilità connessa a tale risultato riguarda non soltanto il creditore ma anche il debitore, ne consegue che gli obblighi accessori, in quanto sorti in funzione del conseguimento pieno del risultato, incombono su entrambi i soggetti del rapporto

non è possibile qui soffermarsi) si deve prima a Mengoni³²⁹ e poi a Castronovo³³⁰.

La buona fede di cui all'art. 1375 c.c. – integrativa di un rapporto obbligatorio nascente da contratto – e la buona fede di cui all'art. 1175 c.c. – come fonte della c.d. obbligazione senza prestazione – presentano affinità strutturali e logiche diverse: entrambe vengono tradizionalmente ricondotte nell'alveo della buona fede in funzione integrativa poiché arricchiscono la relazione di obblighi che essa in origine non comprendeva ma, a ben vedere, la *ratio* cui rispondono è profondamente diversa, risultandone *de relato* parzialmente diverso anche l'aspetto funzionale e, non ultima, la resistenza rispetto alla forza bruta dei fatti ossia la derogabilità.

Nel primo caso la buona fede amplia l'ambito oggettivo del contratto per il tramite della creazione di obblighi ulteriori rispetto a quello principale di prestazione. L'integrazione, però, non opera indistintamente rispetto a tutti quegli interessi (patrimoniali e non patrimoniali) che emergono nel corso dello svolgimento del rapporto. Esistono dei criteri selettivi ricavabili dalla prossimità dell'obbligo accessorio alla prestazione principale e, quindi, in ultima analisi dal contratto stesso. Detto altrimenti, l'innesto degli obblighi di protezione «deve avvenire nel rispetto della logica propria del rapporto obbligatorio, il quale non è

obbligatorio, perché, se è vero che il creditore ha interesse al conseguimento della prestazione, è altrettanto vero che il debitore ha interesse all'estinzione del *vinculum iuris* o addirittura può avere un interesse più specifico legato alla propria reputazione nelle relazioni sociali ed economiche». Così Piraino, *La buona fede oggettiva* cit. ma cfr. anche J. Esser, *Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil* (Karlsruhe 1960), 99 ss., suddivide gli obblighi accessori rispetto a quello principale di prestazione in quattro gruppi: 1. gli obblighi strumentali all'esatto adempimento della prestazione (*Nebenleistungspflichten*); 2. gli obblighi di protezione, funzionali a ripartire l'alea del rischio contrattuale tra le parti del rapporto (*Schutzpflichten*); 3. gli obblighi necessari al fine di mantenere inalterata nel tempo la funzionalità originaria del contratto nel rispetto delle esigenze reciproche (*Rücksichtspflichten*); 4. gli obblighi che impongono una cooperazione reciproca mediata dalla necessità di rispettare il contratto con il minor aggravio individuale possibile (*Mitwirkungspflichten*).

329 L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (*Studio critico*), in Riv. dir. comm., 1954, I, 368 ss.

330 Castronovo, *Obblighi di protezione* cit.; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in Europa dir. priv., 2009; Id., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in Europa dir. priv., 2011.

un mero contenitore, ma una vera e propria struttura normativa agglutinata attorno alla coppia prestazione-interesse»³³¹.

Accanto alla prestazione per il tramite della buona fede sorgono obblighi accessori strumentali o alla migliore ed effettiva realizzazione del piano contrattuale o a tutelare gli interessi indirettamente coinvolti nella fattispecie reale o ad evitare che il rischio generato dal contratto si concretizzi in danno. La forza attrattiva del contratto rispetto a vicende che normalmente gli rimarrebbero estranee è giustificabile alla luce di esigenze pratiche che impongono la comunanza delle sorti di una pluralità di fatti tra loro prossimi e, di conseguenza, suggeriscono la loro assoggettabilità alla medesima disciplina normativa, quella contrattuale. Del pari, la spartizione dell'alea generata dal contratto tra le parti del medesimo deve ritenersi nient'altro che la logica conseguenza di un principio immanente nell'ordinamento giuridico (che ovunque si occupa anche della predisposizione di congegni di gestione dei rischi) tale per cui, non trovando applicazione la regola del *res perit domino* – dal momento che il contratto tratta della proprietà nel suo farsi e, dunque, in senso dinamico – il rischio va ripartito in parti uguali.

Quando, invece, la buona fede in funzione integrativa opera a prescindere dal contratto e (di conseguenza) dalla prestazione, non c'è nessun aggancio a entità capaci di offrire un criterio selettivo degli interessi incorporabili all'interno di un obbligo. L'unica via percorribile sembrerebbe, quindi, quella che passa per il riconoscimento del ruolo di fonte del diritto alla prassi nuda e semplice.

Ciò renderebbe, però, particolarmente fragile la costruzione dogmatica dell'obbligazione senza prestazione scoprendone un fianco a facili critiche. In effetti, l'aver conquistato quel grande traguardo di civiltà giuridica che è il concetto di danno ingiusto (rendendo come è noto risarcibili in via aquiliana solo i danni incidenti negativamente su situazioni giuridiche soggettive predeterminate dal legislatore) per poi rifondere nella obbligazione senza prestazione (in quanto fondata e ingenerata dalla buona fede che, come clausola generale, non soggiace agli stessi limiti del danno ingiusto) tutti quegli interessi di mero fatto che non avrebbero altrove trovato neppure accesso alla tutela risarcitoria, per di più dotandoli di una tutela "rafforzata" qual è quella contrattuale (per ragioni di

331 Nivarra, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta* cit., 489.

ordine meramente probatorio piuttosto che di tipo prescrittivo) sembrerebbe un controsenso.

Più cauto pare dunque ritenere che quando opera svincolata dalla prestazione, la buona fede in funzione integrativa crea rapporti obbligatori inclusivi dei soli interessi già vestiti di dignità giuridica dal legislatore secondo il meccanismo tipico della c.d. *indirekte Drittwirkung*³³². In questo caso, però, non è necessario che gli interessi (ossia la dimensione storica e individuale dei valori) siano giuridicizzati nella forma della fattispecie assurgendo al rango di situazioni giuridiche soggettive: basta che trovino il proprio riflesso ideale in un valore giuridicizzato e che siano naturalmente connessi alla relazione tra i soggetti coinvolti nel senso che la loro violazione determinerebbe il fallimento della relazione ossia la sua sconvenienza.

Potremmo dire che la rilevanza giuridica dei fatti, quando non è supportata dal loro innesto in istituti o categorie giuridiche, passa necessariamente attraverso il filtro della conoscibilità giuridica della realtà dal punto di vista assiologico o, per meglio dire, nella ri-conoscibilità di valori portati dal fatto come valori giuridici. Tale operazione gnoseologica o di ri-conoscimento è possibile nella misura in cui l'ordinamento abbia predisposto una forma della generalizzazione atta a porla in essere ossia una clausola generale o la buona fede. Quest'ultima, emblematicamente rappresentata dall'art. 1175 c.c., è deputata a presidiare le relazioni tra individui da questa prospettiva (quella assiologica) riconoscendo la rilevanza giuridica di quei fatti che presentano delle analogie valoriali con l'assetto sistematico complessivamente inteso.

L'operazione può essere semplice o complessa: nel primo caso vi è una sostanziale coincidenza tra la componente valoriale del fatto e un valore giuridico; nel secondo caso la componente valoriale è composita e si sostanzia: o in una sintesi tra più valori giuridici o in una commistione tra valori giuridici e valori riconducibili ad un sistema diverso (mercato, cultura, etc.). Come una norma può rappresentare la sintesi di valori contrapposti così anche il fatto può avere una componente assiologica composita. L'importante è che il fatto superi la

332 D'altronde, già R. Nicolò, voce *Diritto civile*, Enc. dir. (Milano 1964), XII, 908 ss., riteneva che le norme costituzionali andassero valorizzate anche sotto il profilo funzionale della loro capacità direttiva del diritto civile.

soglia minima di percepibilità giuridica che consiste nella sua pur parziale affinità valoriale con il sistema giuridico.

In quest'ottica la buona fede si fa veicolo dei valori portati da altre forme della generalizzazione ossia di quella componente sistemica che, abbiamo detto più volte, è suscettibile di applicazione generalizzata in via analogica. Il fatto che non è inquadrabile all'interno di una fattispecie ma che presenta una affinità assiologica con altre norme componenti il sistema è da quest'ultimo riconoscibile e, in quanto tale, assume rilevanza giuridica per il tramite della capacità ricettiva della buona fede (o di altra clausola generale) che si fa custode di una sorta di precomprensione sistematica. Operando però in senso estroflesso, la buona fede non può rimanere indifferente rispetto a quei fatti che siano altresì portatori di valori extrasistemici (dal punto di vista giuridico) e che, nei limiti in cui si dimostrino compatibili con le *ratio* giuridiche, assumono giuridica rilevanza anch'essi, quantomeno con riferimento al tipo di relazione che li ha portati "in superficie".

Tuttavia tale sensibilità deve ritenersi propria della sola buona fede integrativa di un contratto che, in quanto tale, può orientarsi verso un sistema riconoscibile come tale. Viceversa, la buona fede di cui all'art. 1175 c.c., custode del legittimo affidamento e fonte della sola obbligazione senza prestazione, attinendo a *qualsiasi* relazione tra individui non può spingersi a tanto, non essendo possibile rintracciare il sistema da cui attingere il valore extragiuridico.

Il fatto che tali valori extra-giuridici siano in qualche modo tipici è essenziale al fine di poterli identificare come valori in senso proprio: la tipicità è, infatti, sintomatica di quella organizzazione a sistema che è, a sua volta, presupposto indispensabile ai fini della ricevibilità sul piano giuridico. Viceversa si ricadrebbe nella dimensione soggettivistica e caotica degli interessi che è il terreno proprio dell'equità e che sottintende un'operazione diversa: non di interazione tra sistemi ma di giustizia del caso singolo in base alle logiche irripetibili che gli sono proprie.

Gli interessi, infatti, al pari dei valori, rappresentano condizioni d'esistenza positiva esprimenti una valutazione di preferibilità ma, a differenza dei valori, non si muovono su un piano ideale-logico ma storico-fenomenico. Gli interessi rappresentano, quindi, la spiegazione puramente soggettiva delle azioni umane, la

spinta individuale che ha determinato la singola azione. A seconda del sistema assiologico di appartenenza – o, per dirla in altri termini, della “natura della cosa” – è possibile verificare la loro riconducibilità ad uno schema ideale e oggettivo di condotta attraverso un test di ragionevolezza o di condivisibilità dell’utilità perseguita per il tramite dell’azione stessa. Questa verifica, che innesta rispetto ad ogni azione umana un meccanismo di adeguatezza necessaria tra mezzi e fini, è strumentale a garantire l’oggettività di ogni giudizio di valore e, in definitiva, la giustezza della regola rispetto alla pluralità di condotte ipotizzabili come conformi o difformi a un determinato valore.

Così, ad esempio, il sistema morale contiene in sé i valori (o persegue il fine ideale) della lealtà e della fedeltà; l’eventuale comportamento sleale o infedele è comunemente sanzionato per il tramite di comportamenti variabili che vanno dalla negazione dell’amicalità all’esclusione da una cerchia di consociati e così via. Il sistema religioso ha regole più determinate e, ad esempio, è prevista l’esclusione del peccatore da determinati sacramenti. Tutto sta a capire come si ponga l’ordinamento giuridico di fronte a condotte che, nel perseguimento di determinati interessi, integrano violazione di valori.

Invero, la risposta non è una sola, dovendosi distinguere a seconda dell’ambito di incidenza degli interessi “atipici”.

In ambito giuridico i principi generali generalizzano valori che rappresentano l’orizzonte finalistico dell’ordinamento pur non avendo una immediata precettività. Così, ad esempio, ogni consociato è libero di comportarsi in modo solidale o meno senza che da ciò discenda alcuna conseguenza giuridica salvo che la medesima condotta non integri violazione di una fattispecie che, creata per rispondere ad esigenze solidaristiche (potremmo esemplificare invocando la normativa in tema di contribuzione fiscale), dispone rispetto alla condotta contraria ivi descritta determinate conseguenze negative – ossia quando la tensione performativa dell’ordinamento si attegga a sanzione/dissuasione – ovvero associa alla condotta conforme effetti positivi – c.d. tensione performativa di tipo premiale/promozionale.

In ambito contrattuale, invece, è richiesta o la tipicità della fattispecie (che assorbe ogni giudizio di tipo assiologico) ovvero, per i contratti atipici, la “meritevolezza” degli interessi. Come è noto, sul concetto di meritevolezza

ancora oggi si dibatte. Secondo l'opinione preferibile, è meritevole l'interesse che risulti compatibile con l'impianto finalistico o assiologico dell'ordinamento³³³. «Dietro questa nozione di causa si staglia una nozione possente dell'autonomia: i privati sono muniti della libertà di autoregolamentazione dei propri interessi, patrimoniali o meno, la quale si muove non solo all'interno dei tipi, ossia degli schemi analiticamente predisposti dal legislatore, ma anche al di fuori degli stessi, sicché si può ben dire che la privata autonomia ha un'intrinseca rilevanza giuridica – verrebbe da dire che è di per sé un fenomeno giuridico – e di tale rilevanza l'ordinamento prende atto senza che si renda necessario un vaglio preventivo di meritevolezza e di liceità né un riconoscimento successivo. Certo, questo non significa che l'atto di privata autonomia sia automaticamente rilevante per l'ordinamento giuridico dello Stato, che gode della prerogativa, in ultima analisi, di conferire agli effetti negoziali la veste giuridica più piena»³³⁴.

Dunque, una volta assolti gli oneri formali necessari ai fini della validità del contratto, il test di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. è strumentale affinché l'ordinamento giuridico riconosca come pienamente effettiva o efficace una determinata fattispecie reale atipica, mettendo in moto, in caso di sua patologia, tutto il sistema rimediale a ciò già predisposto. In questo senso, l'articolo in parola introduce nell'ambito contrattuale un generalizzato giudizio di compatibilità tra l'assetto valoriale del c.d. ordinamento primario (quello giuridico) e la componente assiologica dell'ordinamento secondario, creato dai privati (quello del contratto)³³⁵.

333 Cfr. G.B. Ferri, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal codice civile 1865 al codice civile 1942)*, in Riv. dir. comm., 1986, I, 127 ss., il quale sostanzialmente identifica la causa con il "valore" del sistema contratto: «poiché il negozio esprime appunto una regolamentazione di interessi privati, la causa appare l'indice di come tale regola privata sia l'espressione oggettivata delle finalità soggettive che l'autore o gli autori del negozio intendono perseguire».

334 Così S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo* (Torino 2012), 83.

335 Costanza, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede* cit., 147 ss., che «La norma dell'art. 1322 cpv. c.c., qualunque sia il valore che ad essa si attribuisca, non può in ogni caso essere utilizzata come strumento per valutare se un certo patto sia o meno conforme a diritto (ossia se sia o meno ricevibile sul piano giuridico n.d.a.). L'apprezzamento di "meritevolezza" serve per stabilire, in caso di esito positivo, la rilevanza giuridica di operazioni negoziali che non trovano nell'ordinamento positivo una diretta regolamentazione». Cfr. A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità* (Milano 2008), 164 ss., il quale ritiene che «il richiamo ai principi della solidarietà e dell'utilità sociale, depurati dal riferimento all'interesse economico nazionale e inseriti nel quadro dei valori costituzionali, ha segnato un ritorno alle teorie che subordinano l'azionabilità

Allo stesso modo, la buona fede di cui all'art. 1175 c.c. nel prescrivere che le parti di un rapporto obbligatorio debbano comportarsi secondo buona fede subordina ad una verifica *ex post* circa la compatibilità della condotta individuale di due soggetti cooperanti (non già ad uno schema comportamentale tipico sotto il profilo descrittivo ma) ad uno schema comportamentale tipico dal punto di vista assiologico (quindi di utilità perseguite) la riconducibilità del fatto all'istituto giuridico corrispondente ossia l'obbligazione. Anche qui il fatto sarà sottoposto ad una verifica di compatibilità tra i valori portati dall'ordinamento giuridico e quelli in esso palesati. Ed anche qui, tale verifica sarà funzionalmente strumentale ad includere la relazione all'interno delle logiche rimediali che presidiano al buona esito del rapporto obbligatorio. Tuttavia non potendosi appiattare la buona fede sulla meritevolezza è chiaro che questa compatibilità ha una dimensione più ampia, di non contraddittorietà rispetto ai fini o valori dell'ordinamento giuridico, ben potendo il valore stesso non trovare rispondenza nel sistema-diritto ma in un altro sistema. Le condizioni di riconoscibilità della relazione di fatto come relazione obbligatoria (pur di tipo meramente protettivo) sono dunque tre: 1) che gli interessi perseguiti dai privati trovino sul piano ideale e oggettivo una rispondenza e, quindi, siano conformi a valori appartenenti al sistema cui è riferibile per "natura" la relazione di fatto (che ben può essere quello giuridico); 2) che tali valori così individuati non siano contrari a quelli incorporati dal sistema giuridico; 3) che tali valori risultino connaturati al rapporto obbligatorio cui si riferiscono, nel senso che la loro soddisfazione identifica il nucleo duro della cooperazione interindividuale.

Proprio tale ultima caratteristica vale, più di tutte, a distinguere la buona fede da altre forme della generalizzazione pur ad essa affini e potenzialmente sovrapponibili quale, esemplarmente, la solidarietà che, quale norma declinante una finalità statutaria risponde alla logica dell'organizzazione piuttosto che a

dei vincoli contrattuali alla loro rispondenza a fini generali, reputando immeritevoli di tutela i negozi che non siano anche socialmente utili. (...) Prevale in ogni caso l'idea che la concreta esplicazione dell'autonomia contrattuale attraverso la determinazione dei suoi contenuti e finalità, sia rimessa all'iniziativa e alla scelta dei privati».

quella della condotta ed è strumentale a perseguire un certo tipo di cooperazione sociale³³⁶.

Quindi: quando si accompagna al contratto, la buona fede integrativa opera per il tramite di quel criterio selettivo naturale che è la prestazione e il rischio che questa fisiologicamente produce, in via diretta o indiretta; quando opera da sola, la buona fede integrativa come fonte di obbligazione senza prestazione agisce come uno specchio riflettente i valori portati dai principi generali, offrendo una tutela (pur meramente risarcitoria) a interessi già in qualche modo giuridicizzati a prescindere dalla loro generalizzazione nella forma di una situazione giuridica soggettiva a patto che con l'obbligazione presentino una coincidenza di tipo finalistico-funzionale³³⁷.

336 Cfr. ancora Bobbio, *Dalla struttura alla funzione* cit., 106; Mengoni, *Autonomia privata e costituzione* cit., 1 ss.: a differenza della buona fede che regola rapporti paritari «tra soggetti portatori di interessi (individuali) simmetrici (...) la solidarietà è un criterio regolatore di interessi che non si contrappongono su un medesimo piano».

337 Il discorso è supportato dalle conclusioni cui è giunta una dottrina circa l'incapacità del c.d. contatto sociale di instaurare una relazione obbligatoria di matrice contrattuale, cucita addosso all'interesse positivo (C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile* (Milano 2006) 482 ss.). La logica dell'obbligazione senza prestazione è di tipo squisitamente protettivo, pertanto essa ha di mira lo scopo di non danneggiare i soggetti del rapporto obbligatorio sorto dal legittimo affidamento dell'una rispetto all'altra secondo le dinamiche proprie della buona fede *ex art.* 1175 c.c. Tuttavia, nell'ambito di questa obbligazione senza prestazione, mentre non trova spazio il risarcimento di danni che incidono su interessi individuali non meritevoli di tutela né dal punto di vista giuridico né dal punto di vista di nessun altro sistema, diviene risarcibile anche il c.d. danno meramente patrimoniale che, in ambito aquiliano, non trova copertura alcuna, non integrando il requisito dell'ingiustizia del danno poiché il patrimonio in sé non è oggetto di alcuna situazione giuridica soggettiva. Ciò nonostante, pur se solo indirettamente, il patrimonio è un valore presente all'interno delle logiche giuridiche tant'è che la sua lesione nell'ambito di una relazione senza prestazione è giuridicamente rilevante e tutelata per il tramite del rimedio risarcitorio. Cfr. S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 371 ss.: «Ecco, dunque, il passaggio cruciale per delineare il concetto di danno meramente patrimoniale: se si muove dall'assunto che ogni utilità inclusa nel patrimonio di un soggetto, per il fatto stesso di esservi inclusa, deve aver costituito oggetto di una situazione soggettiva che ne abbia propiziato l'acquisizione e, comunque, rappresenta ora la base materiale di una situazione soggettiva lato sensu proprietaria, ne dovrebbe discendere che ogni danno al patrimonio è danno giuridicamente qualificato dalla lesione di una posizione sostanziale. Ma così non è. Sotto il primo profilo, risulta del tutto indimostrato che ogni utilità del patrimonio sia stata veicolata da una situazione giuridica soggettiva, ma soprattutto quel che davvero conta al fine dell'esclusione del carattere meramente patrimoniale del danno è che la perdita si ponga rispetto alla lesione della situazione soggettiva in rapporto di correlazione funzionale tale per cui il danno risulta risarcibile proprio in quanto costituisce la traduzione – nei termini empirici della perdita – del contenuto della situazione giuridica lesa, nella cui sfera di significazione il danno si pone come negazione dell'utilità che la posizione sostanziale assegnerebbe al titolare se non

6. La c.d. *indirekte Drittwirkung* e l'obbligo come minimo (costitutivo) giuridico.

Potremmo, dunque, dire che le clausole generali nella loro forma minima essenziale sono meccanismi giuridici utili a perpetuare all'interno di tutto l'ordinamento i valori portati dai principi (*indirekte Drittwirkung*); quando, invece, esplicano appieno il loro potenziale, avendo un aggancio con istituti che in qualche modo ne limitano la portata estroflessa, orientandola verso questo piuttosto che verso quest'altro sistema extra-giuridico, possono introitare all'interno del sistema anche interessi che questo non ha mai preso in considerazione ma che hanno concretamente rilevanza in forza della prassi in auge nel sistema di riferimento che li oggettizza e tipizza e sempre a patto che non si tratti di valori *contra ius*³³⁸.

Il che spiega anche la diversa resistenza della buona fede integrativa (rispetto al contratto) e della buona fede come fonte della sola obbligazione

fosse intervenuto un elemento perturbatore, qual è il fatto generatore di responsabilità. (...) Sotto il secondo profilo, concepire una generica posizione lato sensu proprietaria con riferimento a ciascuna componente del patrimonio tradisce una duplice ingenuità: da un lato, così si confonde il concetto di disponibilità con quello di situazione giuridica soggettiva e, dall'altro lato, si presuppone che il patrimonio sia rappresentabile come un complesso di elementi di cui sia possibile rintracciare indefinitamente la provenienza e che conservano la loro autonomia e identificabilità; mentre, tutt'al contrario, è più credibile l'immagine di un insieme di beni destinati a confluire in un tutt'uno che tutto eguaglia per lo meno in termini di qualificazione giuridica. Ma anche ove colpisca un elemento patrimoniale di cui sia possibile ricostruire l'origine e che conserva una certa autonomia, così da immaginarlo come punto di incidenza di un «dominium», il danno resta comunque puramente patrimoniale ove il fatto lesivo si indirizzi su quella componente patrimoniale non in quanto oggetto di una specifica situazione soggettiva – e quindi come punto di incidenza di una serie di facoltà e poteri – ma in quanto partita attiva del patrimonio: si parlerà nel prosieguo di *pure economic loss* per funzione e non già per struttura oggettiva». Sostanzialmente conforme A. di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, in Riv. crit. dir. priv., 1984; C. Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in Europa e diritto privato, 2012, 1238: «l'obbligazione senza prestazione non si spiega senza gli obblighi di protezione, anzi consiste di essi, i quali sono anticipati nella culpa *in contrahendo*, e addirittura resi indipendenti dall'obbligazione come obbligo di prestazione. E si tratta della nascita dell'obbligazione in senso moderno».

Queste dinamiche non fanno che confermare emblematicamente quanto sostenuto con riferimento alla funzione e alla portata della buona fede *ex art 1175 c.c.* e al meccanismo proprio della *indirekte Drittwirkung*.

338 Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio* cit., 37, ritiene che l'art. 1175 c.c. è norma che sottintende una direttiva per il giudice, chiamato ad operare «nel caso concreto l'indispensabile collegamento della disposizione particolare di legge con i fondamenti etico-sociali di tutto l'ordinamento».

senza prestazione: mentre la prima è derogabile dalle parti (a patto però che la deroga sia esplicita) la seconda interviene nelle relazioni di fatto senza che i soggetti coinvolti abbiano la possibilità di attutirne o esaltarne l'incidenza tramite un'operazione di circoscrizione o ampliamento della superficie d'impatto.

Assecondando l'impostazione di una certa dottrina, il presupposto di operatività delle due figure in parola parrebbe, infatti, antitetico: entrambe individuano una lacuna accertata all'esito di un giudizio di valore – che, secondo una certa dottrina, è il fondamento di ogni forma di integrazione³³⁹ – ma mentre la prima è una lacuna dispositiva la seconda è una lacuna rimediale.

Tradizionalmente, infatti, il nostro sistema accoglie la regola in forza della quale tutto ciò che non è detto non è dovuto e l'eventuale impreveduto grava in capo al soggetto meno previdente nella predisposizione del regolamento contrattuale. A bilanciare tale regola sta la buona fede che obbliga le parti ad accantonare opportunismi e rigide formalità in nome del bene comune superiore ossia – nella prospettiva qui adottata, volta ad esaltare il rapporto di strumentalità necessaria tra buona fede e obbligazione – del buon esito della relazione obbligatoria. In quest'ottica ogni tipo di lacuna nel regolamento contrattuale – ad eccezione di quelle sanzionate con la nullità per indeterminabilità dell'oggetto³⁴⁰ – sarebbe risolvibile mediante integrazione *ex art.* 1374 e 1375 c.c. salvo diversa volontà dei contraenti. Tuttavia, a ben vedere, solo la prima istituisce un meccanismo di integrazione in senso proprio, mentre la seconda è piuttosto uno strumento utile a bilanciare gli opposti interessi delle parti ossia, in scala maggiore, i diversi principi dell'autodeterminazione, da un lato, e del divieto di condotte opportunistiche, dall'altro lato, al fine di selezionare le pretese individuali tutelabili attraverso il sistema rimediale posto a presidio del contratto.

In altri termini: mentre la legge, gli usi e l'equità attengono al piano dell'integrazione materiale del contratto, relativo agli interessi coinvolti nel piano economico delineato dai privati, la buona fede *in executivis*, incidendo sulle modalità di esecuzione della prestazione, si inserisce nel campo disciplinare ossia «delle questioni relative alla determinazione qualitativa del trattamento degli

339 Cfr. Barcellona, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria* cit., 319 ss.

340 Cfr. C. A. Cannata, *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX (Milano 1979), 827 ss.

interessi contemplati dai contraenti che non abbiano ricevuto nel contratto sufficiente regolamentazione/articolazione»³⁴¹.

Questa ricostruzione ha il pregio di tentare una distinzione tra fattispecie che, servendosi del medesimo strumento (la buona fede), diverrebbero l'una la ripetizione dell'altra: una superfetazione inutile dato che, se può ben concepirsi un rapporto obbligatorio senza il contratto di certo non vale il contrario, salvo che per i contratti ad effetti reali³⁴².

Tuttavia, la rigida adesione a questa logica, da un lato, comporterebbe il rischio di una inopportuna sovrapposizione tra funzione valutativa e funzione integrativa³⁴³, dall'altro lato, comporterebbe un ridimensionamento della portata della buona fede sotto il profilo che più la caratterizza ossia quello rimediale. L'eterogenesi dei fini della buona fede, in effetti, perderebbe di senso tentando di confinare questi stessi fini ora in una ora in un'altra norma: la buona fede è norma a tendenza rimediale e, in quanto tale, entro gli ambiti lasciati liberi dal diritto positivo, è destinata a regolare il rapporto obbligatorio dando la migliore risposta ai bisogni emergenti nei limiti in cui tali bisogni risultino astrattamente compatibili con le logiche del sistema.

341 Così Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., 128. In realtà l'a. ipotizza diversi gradi di commistione tra i due piani che, tuttavia, presentano il carattere dell'eccezionalità, rimanendo netta la tendenziale separazione tra integrazione (materiale) affidata all'art. 1374 c.c. e gestione rimediale delle vicende contrattuali di cui all'art. 1375 c.c. Della prima si può avere un'idea rispondendo alla domanda «quali utilità le parti reciprocamente si devono?» e della seconda, invece, risolvendo interrogativo «a cosa ciascuna parte può ritenersi tenuta per far conseguire all'altra le utilità che le sono dovute (o, talvolta, per conservare quelle che le sono state già attribuite?» (pag.128).

342 In questo caso, infatti, pur potendosi concepire la funzione integrativa della buona fede ex art. 1375 c.c. il nucleo concettuale del contratto ad effetto reale manca della struttura propria dell'obbligazione, intesa come relazione e, quindi, caratterizzandosi nella sua essenzialità come strumento di cooperazione.

343 Osserva Piraino, *La buona fede oggettiva* cit., con riferimento alla dottrina in esame (Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., spec. 150 ss.) che «L'a. spiega che la funzione adattiva della buona fede si dispiega nella risoluzione di tre ordini di questioni: a) la pretesa di ricevere o di eseguire una prestazione parzialmente difforme da quella programmata in dipendenza di sopravvenienze qualitative minori; b) la pretesa di ulteriori attività collaborative (positive e negative) intese alla promozione o rimozione di situazioni che interferiscono con il conseguimento o l'effettuazione della prestazione programmata ovvero con la fruizione integrale del suo valore d'uso o di scambio; c) la pretesa di desistenza da iniziative o inerzie a ragione del carattere abusivo o pretestuoso dell'esercizio dei poteri contrattuali o legali che le autorizzerebbero. Ad un'analisi approfondita emerge però che i punti a) e b) prefigurano tipi di interventi tradizionalmente rientranti nella funzione integrativa mentre i punti b) e c) prospettano tipi di intervento tradizionalmente propri della funzione valutativa».

La tesi della natura adattativa della buona fede *in executivis* avrebbe maggiore coerenza se si ritenesse che il compito integrativo svolto dall'art.1175 c.c. non rilevi solo nei rapporti svestiti della cornice della fattispecie negoziale ma permanga anche nella fase esecutiva del contratto, salvo deroga delle parti (in senso attenuativo o rafforzativo della tutela). Tale correttivo, però, non è consentito dalla stessa dottrina in esame, la quale esclude ogni forma di eteronomia rispetto alla buona fede salvo quella dei codici di condotta mercantili. «Un economicismo, questo, non certo inevitabile, specie se si analizza la tradizione di pensiero formatasi intorno alla buona fede e le prassi applicative, e neppure auspicabile perché implica di attenuare il risalto della persona nella materia contrattuale ed obbligatoria, che è in larga misura affidato proprio alla buona fede tramite le strutture dogmatiche degli obblighi di protezione e dell'inesigibilità della prestazione. Ed infatti la dottrina in esame demanda interamente alla responsabilità aquiliana la salvaguardia delle prerogative della persona, secondo una linea di pensiero tanto tradizionale quanto superata»³⁴⁴.

Il contratto, invece, comprende sempre in sé obblighi ulteriori rispetto a quello principale, aventi ad oggetto la protezione reciproca delle parti; anzi, tali obblighi preesistono al contratto stesso e ne prescindono, attinendo alla natura relazionale dell'obbligazione³⁴⁵. Tutt'al più, a seguito della conclusione del contratto, gli stessi obblighi divengono più evidenti o, per meglio dire, più facilmente identificabili ma non sorgono *ex novo*. Ciò che, invece, può ben dirsi

344 Così Piraino, *La buona fede oggettiva* cit., il quale ritiene che «La linea che esce smentita anche dall'analisi della teoria della funzione adattiva è quella che predica la correlazione tra buona fede e lacune del regolamento contrattuale e su questo presupposto traccia la linea di confine tra buona fede e divieto di abuso del diritto. L'analisi delle principali concezioni funzionali della buona fede, inclusa quella per così dire sincretica della funzione adattiva, dimostra che l'ambito operativo della buona fede non si arresta alla gestione delle lacune, anche a volerle intendere in senso lato non soltanto come carenze del regolamento contrattuale ma anche come quelle sue inadeguatezze provocate dalle sopravvenienze, ma si spinge sino alla reazione nei confronti dei effetti contraddittori dell'esecuzione del rapporto rispetto all'assetto sostanziale degli interessi consacrato nel regolamento contrattuale. Un'eterogenesi dei fini che non discende necessariamente dal sopraggiungere di fatti non previsti che modificano il quadro in cui il rapporto è destinato a svolgersi, ma si riallaccia anche alle concrete modalità della condotta attuativa delle parti».

345 Cfr. C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I (Milano 1995), 147 ss. e ora Id., *La nuova responsabilità civile* cit., 177 ss.; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione* cit., 679 ss.; Id., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale* cit., 55 ss.

con riferimento a tutte quelle obbligazioni strumentali all'adempimento della prestazione che, per ragioni di logica spicciola, nascono con il contratto ovvero nel corso della sua esecuzione.

Legge, usi ed equità operano, quindi, sul piano costruttivo del regolamento negoziale secondo (rispettivamente) il linguaggio dirigista, della prassi e autoriproduttivo (rispetto al contratto); la buona fede *ex art.* 1175 c.c. innesta nelle relazioni di mero fatto la logica protettiva in base alla carica assiologica derivata dai principi generali in conformità ai bisogni emergenti nella prassi; la buona fede esecutiva, diversamente, si innesta su un insieme già selezionato (o selezionabile) di interessi ed è deputata (anche) a mitigare una regola sul modo di esecuzione del contratto stesso, in forza della quale, nel silenzio della legge e del contratto, governa la libertà di chi deve dare seguito all'operazione economica³⁴⁶.

L'art. 1175 c.c. fissa una soglia di tutela minima inderogabile dalle parti; l'art. 1375 c.c., invece, pur replicando all'interno del contratto la *ratio* protettiva propria della buona fede può concretizzarsi in una tutela per c.d. "minore" o "maggiore" rispetto a quella predisposta dall'ordinamento a presidio della nuda relazione obbligatoria, salvi i limiti di ricevibilità giuridica della fattispecie negoziale e l'imperatività della rilevanza dei valori attinenti alla persona accanto a quelli propri del sistema economico che, di fatto, rendono la buona fede *in executivis* uno strumento di bilanciamento³⁴⁷. Potremmo dire che il contratto è un

346 Barcellona, *op. ult. cit.*, 155, sottolinea due cose: «a) la prima è che il presupposto di operatività della buona fede *in executivis* non è affatto – come tradizionalmente si ripete – l'esistenza di una lacuna, ma, tutt'al contrario, l'insorgenza di una disputa sull'applicabilità puntuale di una regola esecutiva; b) la seconda, e consequenziale, è che la funzione che la buona fede *in executivis* è chiamata a svolgere dall'art. 1375 non è – come pure tradizionalmente si ripete – di natura integrativa o completiva, ma ha carattere eminentemente adattativo».

347 Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale* cit., 66 ss., ritiene che «Se il rapporto obbligatorio come intero si costruisce in struttura binaria, costituita dalla relazione che sta intorno alla prestazione qualificata a sua volta come relazione, si mette in luce la biunivocità tra obbligo e relazione, e come sia quest'ultima, non la prestazione come corrispondenza tra credito e debito, la qualificazione primaria dell'obbligatorio. Infatti, mentre l'obbligo di prestazione nasce come conseguenza eventuale di una fonte specifica, in particolare il contratto, gli obblighi e le situazioni di cornice hanno fondamento nella legge sul presupposto di una relazione che si è instaurata tra le parti. La differenza tra questi due aspetti del rapporto sta non soltanto nel contenuto ma nell'ordine di priorità, il quale trova riflesso nelle fonti rispettive. Mentre la relazione cornice nasce direttamente dalla legge, di riflesso dalla qualificazione del contatto sociale alla stregua della buona fede, la prestazione nasce necessariamente nella cornice così instaurata ma non per effetto automatico, bensì

ordinamento a sé caratterizzato dalla normatività che la stessa legge gli riconosce. Nella predisposizione del contenuto contrattuale la parte dei protagonisti spetta ai privati che se ne fanno autori in omaggio al principio della libertà dominante in ambito contrattuale, ma resta sempre latente e nascosta la mano dell'ordinamento giuridico. Ciò risulta evidente guardando alle norme che regolano la costruzione del regolamento contrattuale, a partire dagli artt. 1339 e 1349 c.c., passando per l'art. 1419 c.c., per finire con la buona fede *in executivis* che rappresenta un'ipotesi di integrazione lato senso giudiziale del regolamento stesso.

Viceversa, gli artt. 1322 e 1343 c.c. non attengono propriamente al fenomeno integrativo ma individuano i limiti di ricevibilità sul piano giuridico della fattispecie negoziale, segnando il confine di ciò che i privati possono fare nel creare il loro ordinamento per c.d. "secondario" ottenendo copertura da parte dell'ordinamento giuridico "primario".

Del pari, non vale la commistione tra integrazione e interpretazione che pure parte della dottrina caldeggia, nella misura in cui i presupposti di applicazione dell'una o dell'altra funzione lato senso normativa sono, essi per primi, diversi. Nel primo caso viene in rilievo il profilo *strutturale* del contratto, che ben può preesistere rispetto all'attività edificatoria dei privati; nel secondo caso, invece, prevale la sua dimensione *funzionale*, e l'attività interpretativa delle norme (contrattuali) incide sull'attività dovuta in forza del regolamento (contrattuale)³⁴⁸.

Quindi, sul piano dei rapporti tra fonti di integrazione e fonti di interpretazione del contratto possiamo distinguere tre tipologie di norme: 1. le

per scelta specifica che si sostanzia in un contenuto sempre diverso perché funzione di una precisa volontà delle parti o di uno scopo determinato. Ma mentre il rapporto cornice è la rilevanza giuridica della relazione instaurata sul piano del fatto, l'obbligo di prestazione è l'effetto voluto (dalle parti o dalla legge) specifico che si inserisce in tale relazione».

348 Già H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, tr. it. a cura di S. Cotta-G. Treves (Milano 1954), 141 ss., sottolinea l'importanza della distinzione tra «il negozio giuridico come atto con il quale le parti creano una norma per esse medesime, dalla norma in tal modo creata. Entrambi i fenomeni sono di solito designati con la stessa parola. Il termine "contratto" in particolare ha un doppio uso. Il "contratto" designa sia il procedimento specifico con il quale vengono creati i doveri ed i diritti contrattuali delle parti contraenti, sia la norma contrattuale creata con questo procedimento».

norme che segnano il confine di ricevibilità giuridica del contratto: 1418, 1322 e 1343 c.c.;

2. le norme che integrano il contenuto del contratto a prescindere da (e, quindi, anche in contrasto a) quanto voluto e predisposto dalle parti: 1339, 1349 e 1419 c.c. (fonti di integrazione imperativa del contratto);

3. le norme che arricchiscono (per il tramite del rinvio ad altre norme o a fonti di integrazione extra-giuridiche) il contenuto del rapporto obbligatorio nascente dal contratto di obblighi ulteriori e diversi (pur se funzionalmente collegati) rispetto a quello di prestazione: 1374 c.c. (fonti di integrazione in senso proprio);

4. le norme che, accanto alla legge, attengono al profilo performativo della vicenda contrattuale ponendosi, però, non a ridosso della fattispecie o, meglio, della prestazione ma a ridosso del rapporto e che possono essere derogate per il tramite di un restringimento del loro ambito di operatività, altrimenti illimitato, attraverso una delimitazione degli elementi essenziali del contratto (in particolar modo dell'oggetto): 1375 c.c. (norme lato senso adattative);

5. le norme che non operano sul piano della costruzione del regolamento negoziale ma su quello della sua comprensione (di senso e di valore) e che, pertanto, non sono fonti di integrazione in senso proprio ma solo regole interpretative: 1362-1371 c.c.

L'art. 1175 c.c. merita, poi, un posto a sé configurandosi quale norma portante una clausola generale che informa di sé il rapporto obbligatorio direttamente, senza passare per il medio del contratto e, dunque, a prescindere da esso. In questo senso, la buona fede di cui all'art. 1175 c.c. solo impropriamente può dirsi integrativa poiché non si innesta su di un ordinamento secondario qual è quello derivante dal contratto ma definisce il contenuto minimo inderogabile degli obblighi reciproci (di protezione) a carico delle parti di un rapporto obbligatorio sorto dalla prassi.

In questo caso non si pone un problema di derogabilità rispetto alla volontà delle parti, né (per ovvie ragioni) di gerarchizzazione delle fonti di integrazione e regolamentazione del fenomeno. La buona fede, posta a presidio del legittimo affidamento, domina incontrastata il panorama della zona grigia tra contratto e torto e lo fa riconoscendo una tutela contrattuale pur debole a quelle

situazioni in cui è ravvisabile una lacuna dal punto di vista rimediabile rispetto a un bisogno che già l'ordinamento ha ricompreso tra quelli componenti il suo orizzonte finalistico.

Un'ulteriore tentativo di distinzione tra l'art. 1175 c.c. e l'art. 1375 c.c. passa per la valorizzazione della distinzione tra correttezza e buona fede ossia tra fonte legale di obblighi negativi e fonte legale di obblighi positivi: i primi sarebbero derivati della correttezza di cui all'art. 1175 c.c. e consisterebbero in una replica, sul piano obbligatorio, del principio dell'*alterum non laedere*; i secondi discenderebbero dalla buona fede di cui all'art. 1375 c.c. e parteciperebbero a comporre quella pretesa ad una fattiva collaborazione tipica della dimensione poetica della prestazione³⁴⁹. Questa dottrina, che ha il pregio di intuire per prima la dimensione protettiva della buona fede pre-contrattuale, è stata da più parti criticata per la impossibilità di distinguere a priori tra contenuto negativo e contenuto positivo degli obblighi posti a carico delle parti di un rapporto obbligatorio, a prescindere dal suo derivare o meno da un contratto³⁵⁰.

A prescindere da tali inopinabili rilievi, ciò che più conta ed è utile a comprendere i limiti dell'obbligazione nata dalla buona fede *ex* art. 1175 c.c. è il fatto che, in assenza di prestazione, gli obblighi a questa accessori non sorgono e il rapporto si svela nella sua struttura essenziale che è quella di protezione. Emblematico è il caso del rapporto tra medico e paziente nell'ambito di una

349 Cfr. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni* cit., I, 67.

350 di Majo, *Delle obbligazioni in generale* cit., 294 ss. «È superfluo sottolineare che una tale interpretazione fornisce basi assai poco sicure per distinguere la correttezza dalla buona fede. Il distinguere, infatti, obblighi positivi da doveri di contenuto negativo può dipendere veramente dalle singole situazioni in cui quelle nozioni sono destinate ad operare. Il che significa che tanto la buona fede quanto la correttezza potrebbero operare sia per mezzo dell'imposizione di doveri negativi quanto positivi. Non esistono preclusioni che possano farsi dipendere dalle diverse esigenze cui rispettivamente la buona fede e la correttezza dovrebbero assolvere. È un dato di comune esperienza ad es. che, attesa l'esigenza di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore, il datore di lavoro sia tenuto ad adottare nell'impresa particolari misure e quindi sia tenuto ad obblighi di carattere positivo (art. 2087). È riconducibile quest'obbligo al dovere di correttezza o a quello di buona fede?». Sul punto cfr. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento* cit., 646 ss.; Id., *Il mobbing* cit., 23 ss. Critico anche Rodotà, *Le fonti di integrazione* cit., 147 ss. «Il vero è che una distinzione, quale è quella in discussione, non esprime tanto una diversità di contenuto, quanto piuttosto il diverso atteggiarsi della medesima regola in relazione a momenti o punti di vista diversi: ciò, tra l'altro, è confermato dal fatto che i diversi obblighi integrativi nascenti dalla correttezza e dalla buona fede sono ricondotti a momenti diversi della vicenda contrattuale.»

struttura sanitaria: «per tale ragione questo vincolo non è riconducibile allo schema dell'obbligazione (contrattuale o complessa n.d.a.), ma non tanto perché manchi la dimensione della cooperazione e della predisposizione di mezzi in vista di un risultato quanto piuttosto perché tale contegno positivo non è oggetto di una pretesa da parte del paziente né assume una finalità promozionale di un interesse specifico di quest'ultimo ad innovare, se non addirittura ad incrementare, la propria sfera giuridica»³⁵¹.

Pertanto, non è il contenuto dell'obbligo a caratterizzare la buona fede/correttezza e a segnare il discrimine tra buona fede integrativa e buona fede come fonte di obbligazione (senza prestazione) ma il contenuto dell'interesse: solo con il contratto l'interesse del creditore assume una dimensione positiva, finalizzata all'incremento della propria sfera giuridica; in assenza di contratto l'interesse è negativo ossia risponde a logiche di conservazione e, in tale ottica, assume rilievo solo nella misura in cui si verifichi un danno.

Anche per questo la buona fede di cui all'art. 1175 c.c. è inderogabile e si atteggia a strumento attraverso il quale l'ordinamento giuridico percepisce come rilevanti determinati fatti mentre la buona fede di cui all'art. 1375 c.c. opera un'integrazione rispetto a un fatto che ha già assunto giuridica rilevanza grazie al contratto ed è, pertanto, da questo funzionalmente limitata.

Diremo, quindi, che: 1) la logica protezionistica di cui all'art. 1175 c.c. viene replicata sul piano contrattuale dall'art. 1375 c.c., in questo senso non vale la distinzione funzionale tra correttezza e buona fede che, accomunate dall'esigenza di dare rilievo alla persona pur in ambito lato senso contrattuale, presentano la stessa attitudine dal punto di vista funzionale o finalistico; 2) mentre l'operazione analogica compiuta dall'interprete in forza dell'art. 1175 c.c. è finalizzata alla ricerca di corrispondenze valoriali tra il fatto e l'ordinamento normativo "primario" (o sistema giuridico), complessivamente inteso, quella svolta *ex art.* 1375 c.c. vede contrapporsi al fatto l'ordinamento normativo "secondario" (o contratto); 3) gli esiti delle due operazioni possono differire nella misura in cui l'ordinamento normativo secondario circoscriva più strettamente ovvero estenda l'ambito assiologico di riferimento e sempre che tale deroga sia consentita dalle altre norme che disciplinano la fattispecie contrattuale, in

351 Così Piraino, *La buona fede oggettiva* cit.

particolare quelle sulla causa e sull'oggetto.; 4) alla logica protezionistica, di cui all'art. 1175 c.c., l'art. 1375 c.c. aggiunge quella incrementativa che le deriva dalla connessione con la prestazione e, quindi, assurge a fonte di obblighi accessori diversi e ulteriori rispetto a quelli di protezione, strumentali al soddisfacimento dell'interesse positivo dedotto in contratto.

7. La buona fede ex art. 1366 c.c. come criterio di orientamento funzionale della condotta interpretativa: l'analogia con il criterio ermeneutico di unità o coerenza assiologica.

L'art. 1366 c.c. ha destato negli interpreti particolari problemi di inquadramento sistematico, posto che si colloca all'interno di un quadro complessivo di disposizioni dettate al fine di regolare l'attività interpretativa nei confronti del contratto che, *prima facie*, sembrano lasciarle ben poco respiro. Stretta tra criteri soggettivi e criteri oggettivi, la buona fede pare, invero, l'ago della bilancia, tanto che una parte della dottrina, sotto la scorta delle determinazioni contenute nella Relazione al codice civile, ne riconosce la natura essenzialmente mista³⁵².

Prima di passare ad argomentazioni di tipo sostanziale – sulla natura e sul significato della buona fede interpretativa – è necessario, però, individuare i punti controversi in materia di interpretazione del contratto: 1) gli articoli 1362-1371 c.c. sono tutti parimenti vincolanti per l'interprete?; 2) la loro precettività in punto di interpretazione successiva del regolamento contrattuale può essere sempre derogata?

Superata l'accezione dominante sotto il codice del 1865, la precettività originaria dei canoni interpretativi del contratto può ben dirsi ormai un dato acquisito: gli artt. 1362-1371 del codice civile del 1942 sono tutti parimenti vincolanti per l'interprete, al punto tale che la loro violazione ben può giustificare un giudizio di legittimità per violazione o falsa applicazione di norme di legge³⁵³.

352 Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* cit., 339 ss.

353 In tal senso Cass. 18.4.2008, n. 10218, in Rep. Foro it., 2008; Cass., 13.11.2007, n. 23569, ivi, 2007; Cass. 26.10.2007, n. 22536, ivi, 2007; Cass., 27.3.2007, n. 7500, ivi, 2007; Cass., 22.2.2007, n. 4178, ivi, 2007; Cass. 6.2.2007, n. 2560, ivi, 2007. Nella

La seconda questione è, invece, ancora dibattuta pur prevalendo l'opinione di quanti ritengono derogabili tutte le disposizioni appena richiamate salvo l'art. 1366 c.c., elevando la buona fede a criterio ermeneutico posto a presidio di questioni preminenti per l'ordinamento giuridico³⁵⁴.

Ciò nonostante, la giurisprudenza ha, di fatto, relegato la buona fede interpretativa nel limbo di una sussidiarietà a dir poco equivoca, dichiarandola applicabile solo nel caso in cui il regolamento contrattuale non sia sufficientemente chiaro³⁵⁵.

Vi è da dire che: una volta affermato il dogma dell'unitarietà e della concorrenza dei criteri ermeneutici – tanto se applicati alla norma di legge quanto se riferiti a un testo negoziale –, eroso il diverso dogma della volontà in ambito contrattuale – tale per cui (non) è (più) vincolante solo ciò che è realmente voluto – e riconosciuta l'eterogenesi dei fini della buona fede, la *querelle* pare di molto ridimensionata³⁵⁶.

Pur tuttavia, ancora una volta, proprio la duttilità della buona fede pare rendere particolarmente sfuggente il suo ruolo effettivo, la sua sostanza. Ciò che, in ogni caso, non deve indurre a ritenere che, nel suo essere criterio ermeneutico, la buona fede rinneghi la sua natura di clausola generale a tendenza rimediale che abbiamo più sopra tentato di definire. Tale ancoraggio ad una premessa maggiore ci consente di dedurre due premesse minori da tenere in considerazione nello svolgimento delle successive riflessioni: 1) la buona fede implica una

dottrina italiana, il primo a registrare questa inversione di tendenza è G. Messina, *L'interpretazione dei contratti* (Macerata 1906), passim.

354 C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, Il contratto (Milano 2000), 416. Qui l'a. compie un ardito parallelismo tra interpretazione di buona fede e tutela dell'ordine pubblico.

355 Cfr. F. Astone, *sub art. 1366*, in *Dei Contratti in generale - Vol. II: Artt. 1350-1386 c.c.*, a cura di E. Navarretta-A. Orestano, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli (Torino 2011).

356 M. Costanza, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede* (Milano 1989), 4-5: ritiene che le regole di interpretazione del contratto «si risolvono il più delle volte in criteri pratici attraverso i quali si realizza più che una spiegazione del contenuto del contratto una sua ridefinizione al fine di renderlo giuridicamente operante. Ciò dipende dal fatto che attraverso l'operazione ermeneutica non si mira ad indentificare il senso logico di una dichiarazione, ma la sua funzione giuridica, cioè i termini del regolamento d'interessi che essa esprime. E questo non vale esclusivamente per le norme d'interpretazione oggettiva il cui ruolo è appunto quello di chiarire le ambiguità e le oscurità del regolamento contrattuale, prescindendo dalla volontà dei contraenti, ma anche per le regole di interpretazione soggettiva che, invece, sarebbero destinate proprio a scoprire l'intenzione comune degli stipulanti».

comunicazione infra-sistemica a livello assiologico; 2) la buona fede è strumento per dare risposta a bisogni emergenti nella prassi e non ancora recepiti a livello giuridico secondo le categorie concettuali a questo proprie.

Tanto premesso, emerge con evidenza come il discorso sulla natura e sulla funzione della buona fede interpretativa debba incentrarsi sul significato da attribuire, in questo ambito, alla sua estroflessione, e sui limiti funzionali della sua attitudine rimediale in punto di interpretazione. È intuibile, quindi, che, in questa prospettiva, è sul terreno del 1366 c.c. che si gioca la partita della giustizia contrattuale, con tutte le implicazioni che ne discendono.

Diremo subito che, a parere di chi scrive: (1) la comunicazione infra-sistemica è funzionale, in primo luogo, a instaurare una collaborazione in punto di comprensione tra ordinamento giuridico “primario” e ordinamento contrattuale “secondario” e, in secondo luogo, a creare una finestra nel sistema altrimenti chiuso del (e dal) contratto; (2) i limiti della giustizia contrattuale e la sua natura (distributiva o commutativa) affondano le radici nel modo in cui l’ordinamento primario intende gestire questa “normatività derivata” e nel concetto stesso di normatività.

Secondo una certa corrente di pensiero, il fenomeno ermeneutico applicato al contratto implica una parziale sovrapposizione tra l’indagine circa l’ambito oggettivo dell’accordo e i comuni intendimenti delle parti, assumendo rilievo preminente la situazione di fatto del legittimo affidamento del soggetto interpretante (*in primis* la parte)³⁵⁷: così l’interpretazione di buona fede del contratto impone di dare giuridica rilevanza (ai fini della loro vincolatività) a quegli elementi dell’accordo oggettivamente conoscibili dal punto di vista effettuale o funzionale da un uomo di media avvedutezza.

Assecondando un’accezione più marcatamente soggettiva o relazionale della buona fede interpretativa – che, invero, pare l’unica in grado di non tradire la sua ispirazione di regola di condotta e, al tempo stesso, di fonte di obblighi – l’art. 1366 c.c. circoscrive il luogo in cui la buona fede interviene direttamente quale strumento di controllo *ex post* di una condotta posta in essere dalle parti di un contratto – e, segnatamente, della condotta interpretativa – al fine di sindacarne in un certo qual modo l’abusività.

357 Windscheid, *Diritto delle Pandette* cit., 281 ss.

L'art. 1366 c.c. individuerebbe, quindi, null'altro che un differente ambito di operatività della buona fede in funzione valutativa strumentale a regolare in corso d'opera l'attività interpretante conformando al tempo stesso ciò che della suddetta attività costituisce l'esito ossia l'interpretazione come risultato³⁵⁸.

Secondo una diversa impostazione, invece, la disposizione in esame istituirebbe una sorta di parallelismo tra il giudizio di legittimità costituzionale di una legge e il sindacato *ex fide bona* di un regolamento contrattuale³⁵⁹. «In tale prospettiva, il contratto (il negozio) è l'oggetto sconosciuto da indagare e da salvare (art. 1367), dal quale trarre i significati che esso già contiene in sé (artt. 1362-1365) o quelli che, secondo l'*id quod plerumque accidit* (art. 1368) o secondo principi di logica elementare (art. 1369) o di giustizia sostanziale più o meno spicciola (artt. 1370-1371), non può in sé non contenere»³⁶⁰. All'interprete spetterebbe ri-conoscere il contenuto dell'accordo, ricostruire il "voluto" delle parti secondo i criteri interpretativi, soggettivi e oggettivi, di cui agli artt. 1362-1365 e 1367-1371 c.c. per poi sottoporre il risultato della propria attività interpretativa ad un vaglio di ricevibilità (*rectius*: rilevanza) giuridica operato ex art. 1366 c.c.

L'interpretazione del contratto, pertanto, si articolerebbe in due fasi: la prima caratterizzata da un'attività meramente esegetica, di ricostruzione degli "argini" del regolamento contrattuale e di riempimento di senso dello stesso³⁶¹; la seconda fase, quella propriamente ermeneutica, sarebbe invece finalizzata ad

358 Piraino, *op. ult. cit.*

359 L. Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, artt. 1362-1371, Il codice civile commentato, diretto da P. Schlesinger-D. Busnelli (Milano 2013), 13 ss.

360 Così Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto* cit., 6-7. E continua l'a.: « In tale prospettiva il giudice si muove lungo un tracciato impostogli dalla volontà (foss'anche ipotetica e quand'anche espressa nei termini "oggettivi" di una comune intenzione) delle parti e dal loro potere di autonomia; tracciato dal quale non può no discostarsi per accertare la reale incidenza dell'operazione economica realizzata sugli interessi dall'atto regolati ove tale intenzione non risulti appunto ambigua (in claris, si continua a ripetere benché con significati non uniformi, non fit interpretatio); e con la parziale eccezione dei citt. artt. 1370 e 1371, è ancora in qualche modo la volontà dei contraenti (art. 1369) o quella sorta di volontà standard risultato di rilevazione statistica di comportamenti uniformi e ricorrenti che emerge dall'art. 1368 a guidare la mano del giudice anche in sede i di interpretazione oggettiva».

361 In questa prima fase l'interprete è chiamato a costruire, in base a criteri predeterminati, l'oggetto su cui si incentrerà la seconda fase. Si tratta, pertanto, di una attività strumentale alla seconda, «quale più o meno piatta attività riproduttiva del senso logico-formale dell'entità da indagare». Così Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto* cit., 14.

apprezzare anche in senso critico e, quindi, correttivo, il «significato sostanziale di tale entità, in quanto collocata, appunto, nella dimensione “sociologica” del ragionamento giuridico ed esposta, quindi, ad un giudizio di valore»³⁶².

Per quanto condivisibile sia l'intuizione iniziale di questa dottrina, che tra tutte ha il pregio di aver intuito la differenza tra criterio interpretativo in senso proprio e buona fede come strumento ermeneutico strumentale all'inserimento, all'interno della dinamica interpretativa del contratto, di un giudizio di valore, le conclusioni cui la stessa dottrina perviene non sono condivisibili nella misura in cui sottopongono a tale giudizio un fatto (il risultato dell'attività interpretativa) piuttosto che un atto (l'interpretazione).

Come abbiamo avuto modo di evidenziare nel capitolo secondo, infatti, il valore riguardato nell'ottica che più gli si adatta ossia quella della natura della cosa, non risiede nel fatto in quanto tale ma in quella specificazione del fatto stesso che è l'atto. Ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo perché il valore, inteso come scopo o finalità, non può risiedere nel fatto poiché i fatti non hanno scopi, salvo il voler appiattire l'uno (il valore) sull'altro (il fatto) accedendo ad una ricostruzione puramente oggettiva e statica del diritto; in secondo luogo perché il valore è esso stesso un'oggettivizzazione dell'interesse soggettivo che esprime una relazionalità necessaria tra le spinte individuali al fine di poterle comparare ed ordinare su di una scala gerarchica e, in quanto tale, si rende (solo) evidente (ma *non viene ad esistenza*) nel momento in cui assume una dimensione storica e sociale ossia quando viene riferito ad un fatto³⁶³.

362 Bigliuzzi Geri, *ivi*, 14. L'a. svolge queste deduzioni nell'ambito di una riflessione sulla c.d. teoria generale dell'interpretazione nel diritto orientata non tanto alla descrizione del fatto ma alla sua comprensione raggiungibile «attribuendo da esso il significato che l'apprezzamento delle componenti strutturali condotto nel quadro delle leggi regolatrici della materia cui il fatto stesso appartiene (norme giuridiche; regole logiche, filologiche, storiche, matematiche, fisiche, fisiologiche, ecc.), dei dati contestuali e storici, delle condizioni ambientali in cui esso si è concretato, degli effetti che ne sono scaturiti o che appare destinato a produrre nella realtà fisica o nella realtà degli individui che l'hanno posto in essere – in una parola “secondo la natura della cosa” come sintetizza subito d'appresso la stessa a., n.d.a. – dovrebbe consentire di raggiungere» (pag. 11). Tutto ciò risulta necessario «per poi controllare rispetto a quale di dette entità (legge, atto di autonomia, provvedimento amministrativo o giurisdizionale) ed entro quali limiti l'attività dell'interprete possa tradursi in un'indagine del primo o del secondo tipo» (pag. 14).

363 Cfr. Opocher, *Considerazioni su alcuni equivoci inerenti al significato assiologico di “natura della cosa*, cit.; Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale* cit.

Il valore appartiene quindi all'atto: nell'atto vi è sempre una finalità. Quando l'atto si storicizza cristallizzandosi nel fatto il valore emerge e si lascia apprezzare, permettendo una valutazione comparativa tra eventuali contrapposti interessi in forza dell'indicazione normativa ricavabile dal sistema di appartenenza naturale del valore stesso. Tutto ciò fatta salva ed anzi preservata (nel caso di interpretazione giuridica) la coscienza giuridicamente educata dell'operatore giuridico che gli consente di valutare l'attualità della norma grazie alla sua capacità di inquadrarla nel piano assiologico del sistema giuridico e, al tempo stesso, nel tempo e nello spazio cui lo stesso interprete appartiene.

Lo stesso meccanismo si ripete quando oggetto dell'attività interpretante sia non già la norma ma il contratto, inteso come ordinamento normativo secondario. Pertanto, vagliata la ricevibilità sul piano giuridico del contratto stesso e definiti i limiti di validità dello stesso l'attività interpretativa si svolge seguendo i canoni di interpretazione soggettiva e oggettiva di cui agli artt. 1362-1371 c.c. e, al tempo stesso, secondo il giudizio di valore imposto dall'art. 1366 c.c. che non è collocabile in un momento separato e distinto rispetto a quello propriamente interpretativo ma è una costante dell'attività ermeneutica intesa in senso ampio.

Così l'interprete dovrà valutare il comportamento complessivo delle parti di un contratto così come le clausole "le une per mezzo delle altre" e nel farlo è chiamato anche ad apprezzarne non solo il profilo descrittivo (ai fini dell'esatta comprensione del senso del contratto) ma anche il profilo valoriale (ai fini della comprensione del valore del contratto).

In questa prospettiva l'art. 1366 c.c. è strumentale a ricostruire unitariamente il fenomeno contrattuale sotto un profilo assiologico oltre che descrittivo per poi comprenderne o svelarne la effettiva normatività.

Per il tramite della buona fede interpretativa l'interprete può accedere ad una comprensione dell'architettura assiologica del fenomeno contrattuale in senso unitario che, abbiamo già detto con riferimento all'interpretazione della legge, da un lato, è il presupposto necessario di un'interpretazione giusta in senso oggettivo e sostanziale e, dall'altro lato, è il corollario necessario della natura analogica del diritto.

A questo punto, però, si impone una precisazione. L'ermeneusi del fenomeno contrattuale – ossia la sua comprensione effettiva raggiunta all'esito di un giudizio di valore – sembrerebbe, infatti, in qualche modo sovrapporsi all'indagine causale. D'altronde cos'altro è la causa del contratto se non l'indagine in concreto del fine che il contratto persegue? E che cos'è il valore se non lo scopo pratico dell'atto? Tuttavia, interpretazione *ex fide bona* e causa, pur incidendo entrambe sul profilo funzionale del contratto riguardano due momenti distinti del fenomeno e impongono due indagini diverse: la causa guarda al valore del contratto-fatto nel momento del suo cristallizzarsi in istituto giuridico ed è finalizzata ad una verifica di compatibilità tra lo scopo del contratto e gli scopi dell'ordinamento giuridico, esaurendosi la sua indagine all'interno dell'architettura assiologica giuridica. L'art. 1366 c.c., invece, presidia al momento dinamico del contratto nel suo svolgersi; inoltre, essendo una clausola generale, è strumentale a verificare la coincidenza valoriale tra fatto-*regula juris* e fatto-atto, entrambi (s'intende) calati nel luogo e nel tempo in cui si realizzano ossia nel presente del sistema in cui si producono gli effetti giuridici del contratto in senso statico. Una dottrina parla, in proposito di «principio di socialità reale»³⁶⁴ non di molto dissimile, a livello operativo, da quel criterio ermeneutico primario di unità o coerenza (infra-)sistemica di cui si è parlato nel secondo capitolo.

Coerentemente, pertanto, la causa è strumentale ad indagare la ricevibilità giuridica del contratto ossia la sua compatibilità con gli scopi complessivamente perseguiti dall'ordinamento giuridico (non a caso se ne testa l'illiceità *ex art. 1418, II co., c.c.*); l'interpretazione *ex art. 1366*, invece, è posta a presidio della continuità nella compatibilità assiologica tra contratto (ordinamento normativo secondario) e diritto (ordinamento normativo primario) e, in questo senso, deve indagare la giustizia delle soluzioni elaborate dall'ordinamento secondario in forza dei criteri direttivi ricavabili da un'indagine complessiva di tipo assiologico sull'oggetto dell'interpretazione.

L'oggetto dell'interpretazione, ossia il contratto, ha però una duplice natura: in quanto *istituto giuridico* è condizionato dai *valori (giuridici)* dominanti in materia e risponde alle logiche proprie della categoria concettuale cui appartiene. In quanto accordo/rapporto tra due operatori del mercato – strumentale, in

364 Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione* cit., 29.

un'ottica interindividuale, allo scambio di beni o servizi per utilità personali e necessario, in una prospettiva allargata, al fine di far circolare la ricchezza – è un *fatto* condizionato dai *valori mercantili*.

Il che significa che l'indagine circa la giustizia dell'attività interpretativa avente ad oggetto il contratto dovrà tenere conto di valori naturalmente appartenenti a diversi sistemi. In quanto tale, l'interpretazione *ex fide bona* dovrà, da un lato, tenere conto del complessivo impianto assiologico tracciato dall'ordinamento giuridico secondario ossia dal contratto senza stravolgerne la *ratio* ossia senza “snaturalo” – tenendo conto della sua natura di fatto-*regula juris* – e, dall'altro lato, tendere verso soluzioni condivisibili in relazione ai bisogni concretamente appartenenti al sistema-mercato³⁶⁵. Non stupisce, quindi, che parte della dottrina abbia tentato di risolvere il problema delle sopravvenienze proprio rifugiandosi nell'art. 1366 c.c.³⁶⁶ Non è questa la sede opportuna per

365 Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione* cit., 27 ss., ricordando il Mercante di Venezia di Shakespeare così esemplifica: «Il fatto è noto. Bassanio ha bisogno di tremila ducati, che l'usurario Shylock gli concede a mutuo, la cui restituzione a tre mesi Antonio garantisce con l'assunzione di una penale consistente in una libbra della propria carne. Rimasto insoddisfatto del credito alla restituzione della somma Shylock, che odia Antonio, pretende la penale, nonostante che, a quel punto, Bassanio gli offra il triplo della somma originaria: giacché la tempestiva restituzione è quanto era stato previsto nel contratto. Interviene, quale *deus ex machina*, Porzia. La quale travestita da dottore in legge, affermando di attenersi alle leggi vigenti al tempo in Venezia, giudica legittima la pretesa dell'ebreo. Con grande, momentanea gioia di costui. E difatti, poiché dal contratto non è previsto che Shylock oltre alla libbra di carne possa prendere anche il sangue di Antonio, Porzia ingiunge all'esoso strozzino di soddisfare il proprio credito senza spargere neanche una goccia del sangue del garante, pena, in caso contrario, tutta una serie di conseguenze per lui estremamente negative. Posto di fronte ad un simile giudizio, Shylock rinuncia alla sanguinosa prestazione e si dichiara disposto ad accontentarsi del triplo della somma mutuata offertagli da Bassanio. Ma qui inciampa in quanto da lui sino a quel momento asserito a sostegno del suo buon diritto. E difatti – fa rimarcare il furbo, falso dottore – poiché nel contratto era stato testualmente previsto che in caso di inadempimento fosse corrisposta al creditore non una simile somma, bensì appunto quella tal libbra di carne al creditore non viene concesso di prendere se non la carne. (...) A quel punto, indotto a rinunciare anche alla somma per non incorrere nei minacciati rigori della legge, Shylock non ha però più vie d'uscita. E difatti – fa ancora notare Porzia – poiché egli, straniero, ha attentato direttamente o indirettamente, alla vita di un cittadino di Venezia, metà dei suoi beni dovranno andare, sempre secondo quelle leggi veneziane, alla vittima designata, il resto alle casse private dello Stato e la sua stessa vita è rimessa alla mercé del Doge (...). Fantasia di poeta tesse con fantasia di leggi, un gioco sottile di estremo rigore nella specie giustamente volto alla sconfitta del *villain*; dove, tuttavia, ciò che soprattutto colpisce chi con realtà di leggi ha a che fare è (..) l'implacabile cecità di un'applicazione formalistica di una fantasia di leggi e di un'interpretazione formalistica di una fantasia di contratto».

366 Cfr. Costanza, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede* cit., spec. 156 ss.

tentare una ricostruzione neppure per sommi capi della tematica. Ciò che qui si vuole solo suggerire è come la funzione del contratto, il suo *valore*, sembri consistere nel fotografare un accordo al fine di “fissare” la conseguente spartizione del rischio. E questa funzione vale sia se si esamina il fenomeno contrattuale sotto il profilo giuridico (e, quindi, all’esito di un giudizio di valore basato su un’indagine assiologica di matrice squisitamente giuridica) sia se si tenta di apprezzarne la consistenza dal punto di vista mercantile. Né vale a superare tale valore la teoria della presupposizione, pur se meno esposta a critiche tanto vistose. D’altronde, la previa determinabilità del rischio generato dal contratto è (anche) condizione di operatività della buona fede in funzione integrativo-protettiva che, priva di un qualsiasi aggancio oggettivo, finirebbe per non poter davvero fondare alcun obbligo (di protezione) in senso pieno, come tale, assistito dall’intero ventaglio rimediale che l’ordinamento all’uopo offre.

Miglior fortuna potrebbe avere, quindi, quella dottrina che gestisce le sopravvenienze ancorandole all’art. 1375 c.c., così ipotizzando un’integrazione *in itinere* del contratto sotto forma di obbligo di rinegoziazione ovvero sviluppando il concetto di buona fede *in executivis* in senso adattativo; più ostico ancora, invece, l’ancoraggio delle sopravvenienze all’art. 1175 c.c. che finisce per appiattare il concetto di relazionalità che questa norma esprime su quello di sinallagmaticità.

Ciò non toglie, tuttavia, che un margine per ipotizzare la rilevanza giuridica delle sopravvenienze vi sia e che lo strumento giuridico utile a gestirle sia proprio la buona fede, a patto però che tali sopravvenienze innestino sul contratto-fatto un giudizio di valore.

8. Buona fede e sopravvenienze: dell’inesigibilità come rimedio cucito addosso al rapporto per contenerne derive opportunistiche.

Una teoria fonda la distinzione tra correttezza e buona fede sull’istituto delle sopravvenienze. La premessa – condivisibile a parere di chi scrive – è che l’art. 1175 vada riferito al rapporto e l’art. 1375 «alle vicende di immediato ed

esclusivo interesse contrattuale»³⁶⁷. Il principale effetto pratico di questa distinzione, secondo la stessa dottrina, si apprezza con riferimento alle sopravvenienze contrattuali poiché la natura essenzialmente reciproca del principio di buona fede giustificerebbe una generalizzazione dei rimedi posti a presidio della sinallagmaticità (risoluzione o modificazione) in presenza di sopravvenienze tali da alterare l'equilibrio originario del contratto, al di là della fattispecie tipica di cui all'art. 1467 c.c. In quest'ottica la buona fede integrativa opererebbe inserendo all'interno del regolamento contrattuale una clausola di rinegoziazione, sotto la scorta di una finzione di stampo volontaristico tale per cui l'obbligo di rinegoziazione in presenza di sopravvenienze si intende implicitamente pattuito dalle parti³⁶⁸.

Una diversa impostazione fa leva sull'equità di cui all'art. 1374 c.c.³⁶⁹ al fine di ampliare l'ambito di applicazione dell'art. 1467 c.c. anche ai rischi qualitativi, così ancorando l'obbligo di modificazione del piano contrattuale direttamente alla volontà del legislatore e affiancando ai rimedi per c.d. tradizionali della risoluzione e della riconduzione ad equità ad opera del giudice quello ulteriore dell'obbligo di rinegoziazione³⁷⁰.

«Che “rischio quantitativo” e “rischio qualitativo” siano riconducibili al medesimo tipo di problema, e segnatamente al tipo di problema considerato e

367 Cfr. G.F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro* (Milano 1957), 72 ss.

368 Cfr. C. G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Comm. diretto da P. Schlesinger (Milano 1995), 245, con riferimento ai contratti di durata particolarmente lunga; F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine* (Napoli 1966), 312 ss.: «l'esistenza stessa di un rapporto contrattuale destinato a protrarsi nel tempo potrebbe implicare un obbligo reciproco dei contraenti a trattare le condizioni di modificazione del contratto anche indipendentemente dalla ricorrenza di tutti i requisiti per la risoluzione ex art. 1467, ossia quante volte la situazione di fatto sia tale da non permettere l'adempimento delle obbligazioni assunte senza un sostanziale sacrificio economico per il debitore (ancorché non in misura da far scattare i presupposti per la risoluzione per eccessiva onerosità).

369 In tal senso anche Rodotà, *Le fonti di integrazione* cit., 149 ss.

370 «Non solo l'onerosità della prestazione in sé considerata, ma anche la sopravvenienza di esigenze nuove e di nuovi criteri di opportunità possono rendere pessimo un contratto ieri ottimo». Così R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, v. X (Torino 2004), 685; prima dell'introduzione del codice del '42 la stessa soluzione era stata sposata anche da G.B. Ferri, *Dalla clausola rebus sic stanti bus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, 54 ss.; C. Osti, *Appunti per una teoria della “sopraavvenienza”. La cosiddetta clausola “rebus sic stanti bus” nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471 ss.

risolto dall'art. 1467, è un assunto che pare indimostrato ed altamente problematico.

In realtà, non si può dir niente sul “rischio qualitativo” se non si chiarisce “come vede” l'ordinamento un tal rischio e “secondo quale logica” lo tratti. (...)

Per quel che qui interessa, si possono fare al riguardo almeno due ipotesi:

(1) che il “rischio qualitativo” sia considerato e disciplinato in ambiti normativi diversi da quello dell'art. 1467: in tal caso bisognerebbe in primo luogo verificare se ed in che misura la logica di tali ambiti normativi diano rilevanza alle sopravvenienze “qualitative”, in secondo luogo vedere se ed in che misura la logica di tali ambiti normativi ed i loro rimedi consenta il ricorso “equitativo” all'obbligo di rinegoziazione e infine subordinare, comunque, l'accesso a tale rimedio “equitativo” alle condizioni di rilevanza del “rischio qualitativo” in tali diversi ambiti normativi;

(2) che il “rischio qualitativo” sia riconducibile in via di interpretazione analogica all'art. 1467: in tal caso bisognerebbe determinare come si traduca in termini “qualitativi” il limite “quantitativo” dell'eccessiva onerosità (...) quindi verificare fino a che punto i rimedi della risoluzione e della riconduzione ad equità tollerino l'ulteriore rimedio dell'obbligo di rinegoziazione ed infine subordinare ad un siffatto limite “qualitativo” l'eventuale accesso a tale ulteriore rimedio»³⁷¹.

Mutatis mutandis lo stesso ragionamento potrebbe replicarsi anche a voler ancorare l'obbligo di rinegoziazione alla buona fede *in executivis* piuttosto che all'equità³⁷².

Benché la dottrina in parola propenda per la prima delle sue ipotesi sopra declinate, a parere di chi scrive entrambe trovano in qualche modo riscontro. Senz'altro il rischio qualitativo è disciplinato altrove – nell'art. 1256 c.c., per esempio, che genera un meccanismo di esclusione di responsabilità del debitore per impossibilità temporanea della prestazione – ma la *ratio* dell'art. 1467 c.c. lungi dal potersi confinare nell'alveo dell'eccezionalità replica in ambito contrattuale un principio generale tale per cui, da un lato, qualsiasi vincolo (sia

371 Così Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., 215-216, nota 33.

372 Cfr. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale* cit., 223 ss.

esso legale o contrattuale) è soggetto al limite della ragionevolezza³⁷³ – soprattutto quando si scontra con valori preminenti – e, dall’altro lato, le condotte opportunistiche, pur se formalmente valide e giustificabili, non ricevono protezione da parte dell’ordinamento giuridico.

Di dimostrazioni positive della generalità di questi principi ve ne sono moltissime: dall’istituto dell’ingiustificato arricchimento al divieto di atti emulativi, dal recesso di liberazione all’abuso del diritto, etc. Per ciò che qui interessa, tuttavia, l’esempio più calzante della riconducibilità delle sopravvenienze all’interno della logica propria della disciplina obbligatoria in base ad una lettura integrata degli artt. 1467 e 1175 c.c. è un istituto di creazione dottrinarie, che rappresenta una concretizzazione particolarmente fortunata del divieto di abuso del diritto: l’inesigibilità.

«Inesigibile è propriamente una prestazione oggetto di obbligazione (e quindi possibile), il cui adempimento non può, nel momento considerato, essere preteso dal creditore o perché il termine non è ancora scaduto (art. 1185 comma 1) o perché concorrono certe circostanze che attribuiscono al debitore un’eccezione dilatoria (per esempio art. 1460 c.c.)»³⁷⁴.

373 Ragionevolezza che, pur mediante una sovrapposizione con la buona fede interpretativa, viene riconosciuta da autorevoli dottrine come criterio ermeneutico in qualche modo preminente in ambito contrattuale, utile a rintracciare lo standard comportamentale socialmente tipico. Cfr. C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti* (Padova 1992), 352 s.; Id., *L’interpretazione*, Tratt. contr. diretto da P. Rescigno- E. Gabrielli, I contratti in generale², a cura di E. Gabrielli, t. II (Torino 2006), 1035 s., in part. 1082 s.; Id., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell’interpretazione del contratto?)*, NGCC, 2010, II, 145-147.

374 Così Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale* cit., 299, il quale opera una distinzione tra inesigibilità e in eseguibilità, termini a volte impropriamente sovrapposti pur rappresentando l’uno il rovescio concettuale dell’altro. Al contrario dell’inesigibilità, che integra un’ipotesi di impossibilità soggettiva, l’ineseguibilità va identificata con il concetto di impossibilità relativa che si ha ogni qualvolta «sopraggiunga un impedimento che determina l’insufficienza del comportamento strumentale promesso dal debitore» di modo tale che il risultato atteso dal creditore diventa «irraggiungibile (temporaneamente o definitivamente) con i mezzi dedotti in obbligazione, mentre si qualifica non dovuto in rapporto ai mezzi con cui potrebbe essere attuato, ma al cui impiego il debitore, secondo la legge del contratto, non è obbligato». Id., *La parte generale delle obbligazioni*, in Scritti, II, cit., 367, ove si legge che «La regola di correttezza adempie anche una funzione-limite dell’esercizio della pretesa creditoria quando la realizzazione dell’interesse del creditore non sia possibile se non col sacrificio di un interesse che, confrontato con la tavola dei valori costituzionalmente protetti, appare più meritevole di tutela».

La medesima dottrina autrice di questa definizione aveva individuato quale congegno tecnico utile ad una simile manipolazione la clausola generale di buona fede, declinata dall'art. 1175 c.c., in uno con l'istituto dell'abuso del diritto cui da sempre parzialmente si sovrappone, soprattutto in ambito contrattuale³⁷⁵. Così, in forza dell'efficacia valutativa/limitatrice della buona fede rispetto al vincolo obbligatorio, si ritiene inesigibile quella prestazione il cui adempimento comporterebbe per il debitore il sacrificio di un interesse che, riguardato in un'ottica comprensiva dei valori declinati dalla Carta costituzionale, si atteggia a interesse preminente rispetto a quello del creditore, accedendo così ad una tutela più forte rispetto a quella assicurata al credito. Nel perdurare dell'impedimento soggettivo che rende la prestazione inesigibile, il debitore non può andare incontro a responsabilità, né per ritardo né (nell'ipotesi in cui la prestazione diventi definitivamente impossibile) per inadempimento, secondo lo schema declinato dall'art. 1256 c.c.

Così, nel discostarsi da quanti hanno rintracciato un nucleo concettuale comune tra la figura dell'inesigibilità e quella degli impedimenti oggettivi dell'obbligazione³⁷⁶, la dottrina che per prima ne ha tracciato compiutamente i contorni, riconosce l'applicabilità dell'istituto dell'inesigibilità anche alle obbligazioni pecuniarie, sia sotto il profilo dogmatico sia per ragioni di

375 Secondo la medesima dottrina il divieto di abuso integra un limite al diritto di credito che trova fondamento giuridico nella regola di buona fede-correttezza in funzione valutativa, strumentale a contrastare (in via d'eccezione) una pretesa creditoria contrastante con interessi del debitore ritenuti preminenti sul piano valoriale, in base ad un'indagine comparativa che tenga conto del complessivo sistema valoriale di cui si compone il sistema giuridico. Altra dottrina (G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010) ritiene, invece, separabili i giudizi rimessi alla buona fede in funzione valutativa da quelli operati alla stregua dell'abuso del diritto: quest'ultimo sarebbe strumentale ad un'indagine di natura causale sull'esercizio della situazione soggettiva; la prima, invece, sarebbe funzionale ad un'indagine in concreto sulle modalità di esercizio dell'atto stesso. Una diversa ricostruzione (C. Scognamiglio, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, 14) distingue le due figure in base ad un'indagine sulla ragionevolezza dell'esercizio delle situazioni soggettive che caratterizzerebbe solo l'abuso, mentre la buona fede involgerebbe valutazioni attorno alla lealtà e alla solidarietà della condotta tenuta dalle parti di un rapporto giuridico. Pare, tuttavia, fondata l'obiezione mossa da altra dottrina (Piraino, *La buona fede in senso oggettivo* cit.) a mente della quale tale distinzione (al pari della prima) «si rivela a ben vedere nominale, se non addirittura artificiale».

376 Cfr. G. Visintini, *La responsabilità contrattuale* (Napoli 1979), 81 s.

opportunità, stante la non ipotizzabilità rispetto alle suddette obbligazioni dell'impossibilità definitiva della prestazione³⁷⁷.

A questo punto si impone una precisazione circa il rapporto che intercorre tra inesigibilità della prestazione, impossibilità temporanea della stessa, estinzione del rapporto obbligatorio e impossibilità definitiva. Sarebbe scorretto ricollegare *sic et simpliciter* l'inesigibilità della prestazione all'impossibilità temporanea come un binomio antitetico a quello impossibilità definitiva/estinzione dell'obbligazione.

Pur se l'inesigibilità si presenta (oltre all'impossibilità materiale) come la naturale premessa e, contemporaneamente, come l'effetto giuridico necessitato della impossibilità temporanea, essa interviene in un momento del rapporto obbligatorio diverso e cronologicamente antecedente rispetto a quello preso in considerazione dall'art. 1218 c.c. Lo stesso ultimo periodo dell'art. 1256 c.c. risolve il problema di una eventuale sovrapposizione tra la situazione di fatto che legittima la paralisi del rapporto (ossia il substrato materiale dell'inesigibilità) e la sopravvenuta definitiva impossibilità della prestazione, statuendo che in tal caso, pur producendosi l'effetto estintivo, il debitore va esente da qualsiasi responsabilità. Questo meccanismo, quindi, sostituisce il giudizio di responsabilità del debitore di cui all'art. 1218 c.c., anticipando la valutazione circa la causa di esonero da responsabilità del debitore ad un momento in cui il rapporto ancora non è affetto da alcuna patologia per c.d. irreversibile.

Chiaramente tutto ciò subisce una drastica rilettura se applicato alle obbligazioni pecuniarie, al pari, d'altronde, di quanto accade in sede di indagine *ex art. 1218 c.c.*, nel senso che le obbligazioni pecuniarie, per le quali è ipotizzabile una situazione di temporanea impossibilità, non possono mai subire l'effetto estintivo che si ricollega ad una sopravvenuta impossibilità in senso materiale e naturalistico ovvero alla perdita di interesse del creditore nei confronti della prestazione³⁷⁸. Di conseguenza, ben potrebbe ipotizzarsi, con

377 Così Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale* cit., 1090, nel ripercorrere in senso critico una decisione della Cassazione (Cass., 18 gennaio 1947, n. 44, in *Giur. it.*, 1948, I, 1, 79) con cui era stata ritenuta inesigibile la prestazione dovuta dal conduttore perché questi, durante l'occupazione tedesca a Roma, era stato costretto a nascondersi in quanto perseguitato politico.

378 T. Ascarelli, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca* (Bologna-Roma 1959), 359, ritiene che, in tutte le ipotesi in cui risulti impossibile prestare la dovuta

riferimento alle stesse obbligazioni, una situazione di stasi del rapporto obbligatorio capace di proiettarsi nel tempo per una durata indefinita.

Tuttavia, la recente introduzione di una disciplina a portata generale qual è quella del sovraindebitamento (di cui alla l. n. 3 del 2012)³⁷⁹, implicante tutte le obbligazioni e tutti i debitori (pur con qualche differenza di tipo procedurale), suggerisce un ripensamento dell'impostazione dogmatica tradizionale ed un allargamento della portata dell'inesigibilità che sia in grado di adattarsi allo scopo di quello che è stato definito "il diritto al tempo della crisi"³⁸⁰.

Ciò che, appunto, teorizza una dottrina³⁸¹ con riferimento al sovraindebitamento: in questo caso, infatti, la situazione di crisi del debitore non fallibile determinerebbe – al pari di quanto accade nello sciopero – l'impossibilità temporanea della prestazione dedotta in obbligazione (di cui all'art. 1256 c.c.), con l'effetto non solo di mandare esente *medio tempore* il debitore dalla relativa responsabilità e conseguente obbligo risarcitorio, ma anche di rendere la prestazione stessa inesigibile sino al perdurare della situazione (di fatto) che ha

somma di denaro «ne dovrà essere prestato l'equivalente, all'uopo ricorrendo a un numero di pezzi valutari che, nel momento del pagamento, rappresentino, nei termini della (adottata) unità di misura, quello stesso multiplo (o sottomultiplo) di questa al quale corrispondevano i pezzi indicati nel titolo del debito».

379 Cfr. L. Panzani, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, in www.treccani.it/magazine/diritto; G. Rojas Elgueta, *Allocazione del rischio di credito e insolvenza concorsuale: oltre la distinzione fra debitore civile e commerciale*, in Riv. crit. dir. priv., 2013, 465 s.; F. Macario, *Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori "non fallibili". Il completamento della riforma*, in Oss. dir. civ. e comm., 2012; V. De Sensi, *La nuova disciplina della crisi da sovraindebitamento: dubbi sulla sua natura concorsuale*, in Riv. dir. comm., 4/2013, 629 ss.; A. di Majo, *Il rapporto tra debito e patrimonio del debitore*, in Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica, Italia e Spagna a confronto, a cura di G. Grisi (Napoli 2014), spec. 23-24; E. Pellecchia, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in NLCC, 6/2013, spec. 1253 ss.; L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento* (Napoli 2012), 143 ss.; M. Azzalini, *Impossibilità ed inesigibilità nel debito di genere* (Milano 2011), passim.

380 Cfr. G. Grisi, *Diritti e coesione sociale*, in Riv. dir. priv., 2012; Id., *L'inadempimento di necessità*, in Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica cit., spec. 277-280; S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in Europa e dir. priv., 2010.

381 Grisi, *L'inadempimento di necessità* cit., 349 s.: «Ergo venuto meno l'impedimento, il debitore che tardivamente dia corso all'adempimento non incorre in responsabilità da ritardo, dovendosi ritenere la causa che ha dato luogo all'impossibilità non a lui imputabile: viene, perciò, a configurarsi una sospensione dell'obbligo della prestazione, che fa il paio con la mancata sanzione dell'adempimento ritardato. Se, poi, si aderisce all'idea – non certo peregrina – che detta sospensione implichi, finché dura, l'inesigibilità della prestazione, risulterebbe disattivato anche il contatto con la costituzione in mora e, quindi, preclusa la possibilità, da parte del creditore, di pretendere, al posto della prestazione ineseguita, il risarcimento «integrale» del danno».

determinato la sospensione del rapporto obbligatorio, con definitivo accollo di eventuali danni conseguenti al ritardo in capo al creditore.

Questa applicazione dell'istituto dell'inesigibilità al sovraindebitamento esula dallo schema immaginato da Luigi Mengoni, in quanto (almeno in prima battuta) non sono rinvenibili nella fattispecie in esame interessi del debitore da considerarsi preminenti rispetto a quelli dei creditori in un'ottica comprensiva dei valori costituzionalmente tutelati. Né pare scontata la riconduzione della crisi del debitore alla categoria degli impedimenti soggettivi della prestazione.

Tuttavia, l'impostazione è condivisibile nella misura in cui una lettura integrata del secondo e terzo comma dell'articolo in esame lascia intendere il riferimento alla "natura dell'oggetto della prestazione" come implicitamente comprensivo di quel concetto relazionale di denaro nei termini già immaginati da Savigny e Ascarelli e su cui si tornerà meglio più avanti. Inoltre, tale lettura aiuta a mettere in luce come la figura dell'inesigibilità non solo sia cucita addosso alla prestazione ma sia capace di alterare il normale svolgersi delle vicende obbligatorie: l'impossibilità temporanea che va a braccetto con la inesigibilità (al punto tale che non si riesce a ben distinguere se venga prima l'una o l'altra) non solo impone al creditore di tollerare la paralisi del rapporto e di non chiedere la prestazione ma impedisce che da uno stato patologico quale la mora nasca (come dogmatica vuole) un'obbligazione risarcitoria.

Questa tematica ne investe un'altra, di portata più ampia, relativa alla rilevanza del pericolo di inadempimento e all'efficacia giuridica del mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti. Sul punto si segnala che una recente dottrina risolve la questione delle sopravvenienze sul piano del rapporto obbligatorio anche nel caso in cui più che di sopravvenienza vera e propria si tratti, in realtà, di *sopravvenuta scoperta* del *preesistente* stato di dissesto. Questa operazione, teleologicamente giustificata da una condivisibile esigenza di conservazione della fattispecie, viene svolta sotto la scorta di una lettura estensiva degli artt. 1460 e 1461 c.c. in uno con la buona fede contrattuale che, torta in senso passivo, assurge a fonte di un obbligo generale di informar³⁸².

382 Cfr. F. Addis, *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti* (Milano 2013) 200: « Un approccio di carattere autenticamente "rimediale" rende coerente tale esito applicativo, perché consente di valorizzare non solo la maggiore convenienza del ricorso al rimedio dilatorio – connessa, da un lato, al carattere stragiudiziale del suo esercizio e,

Pur con le inevitabili spigolature che l'interpretazione evolutiva da sempre comporta, questa ricostruzione ci è utile per cogliere una tendenza già in atto concernente la valorizzazione di istituti capaci di salvaguardare la fattispecie sospendendone l'efficacia, al pari di quanto si tenta di fare parlando di sovraindebitamento come ipotesi legale di inesigibilità della prestazione sorretta dal medio della concorsualità. Ed, invero, tale valorizzazione passa quasi sempre per il tramite della buona fede soprattutto quando viene rivendicata in forza dell'ormai noto approccio rimediale che, quindi, si conferma ancora una volta come un diverso modo di intendere la dogmatica giuridica e l'interpretazione della legge: un modo originariamente tipico proprio della buona fede.

Sulla opportunità dell'estensione del modello di inesigibilità mengoniano sia consentito qui declinare due argomenti a favore: da un lato, l'interesse del legislatore costituente non può di certo dirsi limitato alla sola azienda, emergendo con particolare nitore dalla Carta fondamentale l'importanza riconosciuta al lavoro³⁸³ e, dunque, alla capacità di produrre reddito dei cittadini della Repubblica e, dall'altro lato, la Costituzione include tra gli interessi meritevoli di tutela finanche quello alla conservazione del patrimonio quantomeno nella misura in cui risulti non solo funzionale ma addirittura necessario per la realizzazione dei diritti fondamentali propri di ciascun individuo.

Sulla sua praticabilità in punto di dogmatica, è necessario sottolineare come la verifica circa l'inesistenza della colpa del debitore ossia, in positivo, circa la sua astratta ragionevole capacità di adempiere alle obbligazioni assunte, sembra richiamare il concetto di buona fede fondante la categoria dell'inesigibilità, pur se

dall'altro lato, alle difficoltà di ordine probatorio sottese all'individuazione di un netto discrimine temporale, incentrato sul momento della conclusione del contratto, in ordine a fenomeni degenerativi quasi sempre contraddistinti da una prolungata e progressiva acutizzazione, che si sottrae a rigide e predefinite schematizzazioni cronologiche – ma anche e soprattutto la finalità conservativa della sospensione dell'esecuzione, che assicura una piena soddisfazione all'interesse del contraente in bonis volto a lasciare alla controparte la possibilità di reagire alle sue difficoltà, mantenendo attivo il rapporto obbligatorio così da rendere lo scioglimento di quest'ultimo uno sito rimediale connesso ad una vicenda ulteriore e distinta – quale quella della risoluzione anticipata del contratto – e non inevitabilmente sotteso alla stessa denuncia dell'incapacità di adempiere del debitore».

³⁸³ Già sul tema L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in Jus, 1998 ora in Scritti. I. Metodo e teoria giuridica, a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi (Milano 2011), 139 ss.

in un'ottica allargata, comprensiva di un'indagine a tutto campo sulla situazione patrimoniale e obbligatoria del debitore. Ciò che, appunto sostiene una recente dottrina nel sottolineare che «*condicio sine qua non* perché possa stilizzarsi un potere o una facoltà del debitore di gestire *in executivis* la propria illiquidità è avviare una rimodulazione del rapporto tra debito e patrimonio, non trattandoli alla stregua di «fratelli separati» quanto e piuttosto in un'ottica di interdipendenza la quale, mettendo in risalto la sproporzione tra le obbligazioni contratte ed il patrimonio esistente, dischiuda una legittimazione ad opporre delle cause di sospensione dal pagamento tutte le volte che la rilevante difficoltà di adempiere possa venire vinta *soltanto* sacrificando *altre libertà* fondamentali dell'obbligato»³⁸⁴.

Così, ciò che prima potevamo desumere dalla buona fede – intesa in funzione limitatrice della privata autonomia e, nelle obbligazioni pecuniarie, come fonte della inesigibilità temporanea delle stesse per impossibilità soggettiva – oggi lo ricaviamo dal sovraindebitamento che, rendendo la vicenda obbligatoria permeabile a variazioni dello stato di salute patrimoniale del debitore, senz'altro introduce un elemento di elasticità nella fattispecie ma senza tradire la *ratio* ispiratrice del fenomeno.

E ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo perché il denaro è un'entità relativa per definizione quindi il suo valore non può che essere determinato all'esito di una comparazione³⁸⁵; in secondo luogo perché la buona fede come

384 Così S. Pagliantini, *Il debito da eccezione a regola*, Relazione al convegno SISDIC tenutosi a Napoli il 9 maggio 2014. «Quand'è così, l'evoluzione del debito da eccezione a regola passa, questo si vuol dire, anche per il medio di un'interpretazione evolutiva dell'art. 2740 c.c., nel senso che la responsabilità da situazione a contenuto indeterminatamente mutevole si avvia sempre più a trasformarsi in una condizione ad oggetto predefinito, col qualificativo ad indicare non un debitore chiamato a rispondere del proprio obbligo con tutti i beni che si trovi ad avere al tempo dell'inadempimento quanto e piuttosto un debitore responsabile secondo delle “concrete modalità di ... attuazione” (così di Majo, *Debito e patrimonio nell'obbligazione* cit., n.d.a.)».

385 Cfr. Bigliazzi Geri, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale* cit., 1 ss. L'a. ripercorre l'etimologia del termine interpretazione arrivando alle seguenti conclusioni: se *inter-pretari* è un termine atto a designare a prima vista lo stare in mezzo (*inter*) al prezzo (*pretium*), un'indagine etimologica più approfondita svela come il termine *pretium* includa in se anche il concetto di valore. Così, «giocando su questo significato del termine e prendendone per buona la valenza anche qualitativa, l'“attività di intermediazione” che dovrebbe essere propria (anche) della moderna interpretazione potrebbe risultare, in funzione assiologica, ricerca di valore: della corrispondenza di un dato testo appartenente all'area del giuridico ai valori posti a base di un ordinamento e pertanto del valore di quel testo». Ai nostri fini, ciò che di interessante emerge da questa analisi è la

clausola generale ad attitudine rimediabile è deputata a traghettare nella realtà giuridica i valori emergenti nel substrato sociale ossia i bisogni socialmente condivisi in un dato momento storico nella misura in cui risultino coerenti con il complessivo impianto assiologico del diritto. Il che, in situazioni di crisi economica, ben può tradursi in una più marcata connotazione solidaristica della funzionalità propria della buona fede. In un periodo in cui i meccanismi di ammortizzazione sociale mancano o risultano comunque insufficienti, non stupisce il *favor* legislativo verso un'opera di redistribuzione dei rischi che, in buona sostanza, si risolve in danno del soggetto fisiologicamente più forte – ossia il creditore – per ovviare a situazioni in cui risulta potenzialmente compromessa la dignità dell'uomo, laddove la situazione di sovraindebitamento è di per sé l'antefatto della povertà e, quindi, della inaccessibilità di beni e servizi primari³⁸⁶.

Ciò che ha indotto una recente dottrina (sotto la scorta di una serie di indicazioni normative anch'esse di recente introduzione) a parlare di “inadempimento di necessità” come modalità emergenziale di gestione delle crisi individuali strumentale alla tutela del *debitore inteso primariamente come persona*, titolare di diritti inviolabili – similmente a quanto accade nell’“evasione di necessità” – denunciando sin da subito la pertinenza di questa emergente categoria al principio di solidarietà sociale come strumento indiretto di *welfare*³⁸⁷.

9. Conclusioni sul terzo capitolo: la buona fede come rimedio e il dovere correlativo.

La breve digressione sulla recente disciplina in tema di sovraindebitamento ha messo in luce come, di recente, si stia assistendo ad una rimodulazione di

natura relazionale del valore e, di conseguenza, del valore del denaro, che è tale in quanto riferibile ad un giudizio di “preferibilità” della maggior parte dei consociati.

386 Sul tema cfr. i rilievi di S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, 2/2011.

387 Cfr. Grisi, *L'inadempimento di necessità* cit.: «Il debitore è persona e, minato il dogma dell'impotenza finanziaria colpevole per definizione, acquista rinnovato vigore il richiamo alla salvaguardia della sua dignità e all'istanza di solidarietà che, in un'economia sociale di mercato ispirata a coesione e quindi giocoforza sensibile all'esigenza di redistribuzione della ricchezza, non può non innervare i rapporti interprivati, ivi compresi quelli tra creditori e debitori».

categorie dogmatiche ancestrali. Così il rischio quantitativo (*rectius*: il rischio di alterazioni di tipo quantitativo) – prima considerato rilevante solo nei limiti di cui all'art. 1467 c.c. – viene relativizzato a misura della persona-debitore e non è più silentemente assorbito nelle logiche dello scambio ma assume un generico spessore giuridico nella misura in cui la sua concretizzazione si pone in contrasto con interessi preminenti relativi alla persona del debitore, sia pure *de relato*.

Questo genere di manipolazioni concettuali non è nuovo ed anzi è figlio dell'avvento rimediale, inteso in senso ampio come nuova prospettiva interpretante, in uno con la maggiore flessibilità garantita della neodogmatica³⁸⁸. Più sopra si è visto come la stessa buona fede abbia già autorizzato la contrattualizzazione del danno non patrimoniale in presenza di una relazione.

A ben vedere esiste una certa affinità tra questo fenomeno e quello dell'allargamento della portata della inesigibilità: entrambe queste riconcettualizzazioni mirano a soddisfare un interesse di protezione di matrice sociale e storicamente tendente alla oggettivizzazione in valore. L'emersione della rilevanza giuridica della persona non è certo di ieri ma integra l'oggetto di un fenomeno il cui apice non si è ancora manifestato.

388 Cfr. S. Mazzamuto-A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* (Torino 2012), passim, ove si legge (1 ss.) «Il rimedio è una categoria pervenuta al diritto europeo dagli ordinamenti di common law nei quali viene definito *cure for wrongs*, ossia strumento di soddisfazione di un bisogno di tutela sovente alla violazione di un interesse riconosciuto dall'ordinamento giuridico. Ed è proprio sul piano del riconoscimento della rilevanza giuridica degli interessi individuali che il rimedio si colloca, introducendo un nuovo mezzo di giuridicizzazione dei bisogni dei privati destinato dapprima a sovrapporsi e di seguito probabilmente a soppiantare il tradizionale schema del diritto soggettivo e della connessa azione cui la tradizione di civil law affida la c.d. funzione attributiva ossia la selezione tra gli interessi sociali di quelli meritevoli di riconoscimento e di tutela giuridica e di quelli invece ancora relegati a meri bisogni di fatto. Tutto ciò determina un radicale mutamento di prospettiva nell'opera di edificazione del sistema la cui chiave di volta non è più individuata nel diritto soggettivo ma nel mezzo di soddisfacimento dell'interesse meritevole di tutela, in altri termini nel rimedio. La conseguenza è l'abbandono dell'approccio per c.d. sostanzialistico dell'attribuzione di diritti e della struttura della fattispecie a vantaggio del diverso schema della diretta protezione dell'interesse da parte dell'ordinamento, che sembra, sempre più spesso, prescindere dal riferimento ad una specifica e definita situazione soggettiva. Il rimedio si presenta in presa diretta con l'interesse da proteggere e si pone, come acutamente annotato, a stretto ridosso della sua violazione, segno di un sistema giuridico sempre più insofferente alle proclamazioni di tutela e alle declamazioni di diritto ineffettive. Ne consegue, pertanto, che il rimedio, oltre ad una categoria concettuale, costituisce una metodologia generale che ripudia il formalismo e fa professione di realismo e fattualità in quanto mira a conoscere quale soluzione concretamente l'ordinamento offre ad un individuo di fronte alla violazione di un suo interesse».

Sulla capacità di tale fenomeno di alterare schemi e categorie preesistenti alla Carta fondamentale e sulla forza pervasiva dei principi si è già detto. L'introduzione di una fonte di produzione del diritto sovraordinata rispetto a tutte le altre e strutturata secondo disposizioni normative tanto ariose e tanto cariche sotto il profilo assiologico ha rappresentato una svolta nel procedimento interpretativo su tutti i livelli in cui questo procedimento normalmente si svolge.

Oggi siamo assistendo alla sua rifusione nei meccanismi propri delle clausole generali e, in special modo, della buona fede, chiamata a dare ragione (anche) di valori inerenti la persona adattando a questa nuova dimensione la struttura del rapporto obbligatorio.

Ciò che induce a ritenere che l'opera di riconoscimento o di riconduzione ad unità dell'essere da parte del dover essere nella sua forma minima essenziale passi per la protezione strutturata, in ambito contrattuale, nella forma dell'obbligo. Da notare, tuttavia, che quando l'obbligo ha ad oggetto la protezione la sua differenza rispetto al generico dovere di *neminem laedere* sfuma, rilevando allo stato solo quando violato. Dal punto di vista performativo, quindi, se la protezione assume la forma dell'obbligo piuttosto che quella del dovere poco o nulla cambia: l'effetto giuridico è sempre lo stesso ossia quello risarcitorio in conseguenza di una violazione. Ciò che senz'altro cambia è invece il meccanismo di riallocazione del costo del danno che nel caso del dovere è l'imputazione per colpa o dolo e nel caso dell'obbligo è l'inadempimento, subentrando un giudizio di natura colposa sulla condotta tenuta dal debitore solo in una fase successiva ed eventuale.

L'obbligo tradizionalmente si distingue dal dovere per la sua relazionalità. Vi sono, infatti, «dei doveri, precisamente quelli che non sono correlativi, in nessuno dei sensi in cui questa correlazione può aversi, a diritti di altri soggetti e che quindi rimangono fuori l'orbita di ogni rapporto giuridico con singole cose o singole persone, e doveri che al contrario costituiscono uno dei termini di questi rapporti e appaiono corrispondenti ad altrui diritti soggettivi. (...) Sembra che i primi potrebbero dirsi doveri senz'altra specificazione, cioè adoperando questa parola in senso stretto, così come si dicono poteri pure in senso stretto quei poteri che, analogamente a tali doveri, non sono elementi di rapporti giuridici. I secondi, invece, potrebbero dirsi obblighi: nome questo che appare appropriato

anche perché i doveri che si hanno in rapporti giuridici patrimoniali si indicano col termine ormai consacrato dall'uso costante e generale d obbligazioni e quindi alla specie di doveri, in cui sarebbe compresa la sottospecie delle obbligazioni, ben si conviene il nome simile, ma opportunamente più generico di obblighi, che, del resto, è largamente usato, sia pure con riferimento alla distinzione che qui si è fatta, dalla dottrina e dai testi di diritto positivo. (...) La parola obbligo nel linguaggio giuridico è adoperata come è noto più frequentemente della parola dovere, la quale viceversa si usa più della prima nel linguaggio filosofico dell'etica. Ciò non è senza significato e senza importanza. Non è dubbio, infatti, che nel diritto la figura più comune del dovere sia quella che, in conseguenza del carattere di alterità che si riscontra nel mondo giuridico e che da molti si è anzi ritenuto ad esso essenziale e specifico è correlativa la figura del diritto soggettivo, nel senso che suole ricorrere se e quando ricorre anche quest'ultima, cioè quando si delinea un rapporto giuridico. Nel mondo dell'etica, invece, (...) la figura del dovere sta completamente a sé. Pure per questo motivo, quindi, cioè in coerenza alla diversa terminologia usata dalle due discipline della giurisprudenza e dell'etica, sembra opportuno che anche nella sfera della prima si parli di doveri senso stretto quando ad essi non sono correlativi dei diritti, si parli invece di obblighi nell'ipotesi contraria. (...) Del resto è da tener presente che, se a tali doveri (in senso stretto n.d.a.) non sono correlativi diritti altrui, ciò non significa che, come si è notato, non vi corrispondano invece dei poteri, che abbiano soprattutto la funzione di assicurarne l'adempimento: sennonché questi poteri non danno luogo, assieme ad essi, ad alcun rapporto giuridico e ciò per definizione sia del potere, di ogni potere che non sia un diritto soggettivo, come del dovere, di ogni dovere che non abbia la figura dell'obbligo. Fra l'uno e l'altro ci può essere una certa connessione ma si tratta di un collegamento sostanzialmente diverso da quello che riunisce i termini di un vero e proprio rapporto»³⁸⁹.

La divergenza tra doveri corrispettivi e obblighi discenderebbe, secondo la medesima dottrina, dall'assenza di un collegamento intersoggettivo ossia dalla indeterminatezza dei soggetti chiamati a cooperare per il raggiungimento di uno scopo. Unico dato rilevante ai fini del dover essere è l'autonomo perseguimento

389 Così Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico* (Milano 1947), 104 ss.

dello scopo che viene così oggettivizzato ed incluso nella norma in modo da orientare le condotte dei singoli consociati ai valori che con essa sono stati giuridicizzati. In quest'ottica tutte le norme sarebbero causalmente caratterizzate ossia destinate alla realizzazione di uno scopo esaurito il quale viene meno la rispondenza tra liceità e legittimità della condotta. In questo caso lo strumento correttivo è rappresentato dal potere associato al titolare del diritto leso o messo in pericolo dalla violazione del dovere ovvero, in sua assenza, al "custode" della coerenza performativa dell'ordinamento, titolare della funzione punitiva per eccellenza: lo Stato.

Negli obblighi di protezione la dinamica appena descritta viene replicata in un ottica intersoggettiva. Superata la visione dell'obbligazione come mero strumento costitutivo di una consequenzialità necessitata tra debito e credito, il rapporto obbligatorio diviene luogo di elezione della cooperazione inter-individuale ossia strumento di emersione di valori implicanti l'avvenuta oggettivizzazione di due (o poco più) dimensioni soggettive e storiche di interesse³⁹⁰.

390 Sul punto non può non citarsi il saggio di Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione* cit., 55 ss., spec. 66-71, ove si legge: «Conclusivamente, ritengo che l'obbligazione senza prestazione vada presa per quello che è, cioè come un rapporto che partecipa della natura obbligatoria dell'obbligazione in senso tradizionale senza esserlo. Questa affermazione, presa sul piano puramente testuale può apparire contraddittoria, come può apparire un ossimoro la stessa espressione obbligazione senza prestazione. Ciò, però, è dovuto appunto all'idea, che certo ha dalla propria parte una tradizione più che bimillenaria, che identifica l'obbligazione con l'obbligo di prestazione. Una volta che ci si persuade della possibilità che la qualificazione obbligatoria sia estesa ad altri rapporti, nei quali ciò che rileva non è la pienezza del contenuto ma la dimensione formale nella quale le parti si trovano l'una di fronte all'altra, allora anche l'idea di un'obbligazione senza prestazione non solo non appare contraddittoria, ma anzi quello che per merito di essa si mette in luce come la vera essenza dell'obbligazione, la quale non consiste nel suo contenuto o oggetto che dir si voglia, più o meno ampio e vario a seconda del tipo contrattuale che lo genera, ma nella relazionalità come matrice della qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro. Relazionalità che, nel momento in cui caratterizza l'obbligazione, con o senza prestazione, si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile. Onde il rapporto obbligatorio non è più nella sua essenza obbligo di prestazione ma quella relazione costante (*konstante Rahmenbeziehung*) teorizzata da Herholz e accolta da Mengoni, la quale in questa prospettiva acquista un significato nuovo e più pregnante. Nell'idea originaria, infatti, la costanza stava a significare il permanere dell'obbligazione dopo l'inadempimento benché ad oggetto mutato, questo non potendo più essere la prestazione originaria ma quella di risarcimento del danno. Nella trasposizione di significato qui proposta, invece, il rapporto obbligatorio si costituisce *ex lege* in seguito al

Tale fenomeno di oggettivizzazione e di contemporanea traslazione dal piano dell'essere a quello del dover-essere a sua volta sottintende un vaglio di conformità del valore così oggettivizzato rispetto a quelli già inglobati – su scala più ampia – nel panorama macro-giuridico. Il che a sua volta si traduce in un antitesi funzionale tra rapporto obbligatorio e danno in cagione dello stesso in primo luogo quando quel danno si traduca in una lesione di situazioni giuridiche soggettive e, in secondo luogo quando quel danno incida negativamente su interessi che, pur non trovando collocazione sul piano giuridico nella categoria “privilegiata” della situazione giuridica soggettiva comunque fanno parte del sostrato assiologico del diritto e trovano la propria oggettivizzazione all'interno di un sistema diverso.

Il che si traduce nella seguente equazione: rapporto obbligatorio=cooperazione=buona fede=protezione.

La logica incrementativa, invece, è un mero corredo dell'obbligazione, più pertinente al contratto che al rapporto obbligatorio in sé; ciò che induce a collocare, per amor di ordine, gli obblighi di protezione all'interno della dinamica obbligatoria innestata da quella stabile relazionalità che solletica l'art. 1175 c.c., lasciando sopravvivere la relazione obbligatoria “minima” ossia funzionale alla protezione accanto a quegli obblighi ulteriori ed eventuali di matrice incrementativa (in via diretta: la prestazione; o in via indiretta: gli obblighi a questa accessori) nati con il contratto e che trovano la propria fonte in norme diverse, prima tra tutte l'art. 1375 c.c.

Non a caso il controllo funzionale del contratto, anche nei contratti atipici, passa per una loro oggettivizzazione: ora per il tramite della struttura del “tipo” ora per il tramite di una verifica in concreto basata sulla “meritevolezza degli interessi” che, recenti suggestioni, suggeriscono di leggere in chiave giustificativa dello spostamento patrimoniale. Come a dire che la causa, nel contratto,

contatto sociale qualificato, come insieme di obblighi funzionali allo scopo, che è l'attuazione del rapporto medesimo come adempimento dell'obbligo di prestazione. Quest'ultimo nasce quando vi sia un atto di autonomia che lo genera ma non necessariamente, dato che tale atto può non venire mai ad esistenza come nel caso di trattative individuali non andate a buon fine, oppure venir meno per l'invalidità o la caducazione dell'atto di autonomia o per l'estinzione dell'obbligo di prestazione per una delle cause previste dalla legge».

rappresenta il modo in cui l'ordinamento tenta di mettere in chiaro e comprendere la circolazione della ricchezza.

A sua volta, incanalare i rapporti dotati di una certa stabile relazionalità (nati cioè da un contatto sociale qualificato, che vale a distinguerli dagli incidenti occasionali) all'interno della struttura dell'obbligazione equivale a mettere in chiaro e comprendere la finalità perseguita dalle parti che (oltre a dover essere dotata di un certo grado di oggettività per avere rilevanza *ex fide bona* nei termini già visti) non può mai tradursi in una lesione della sfera giuridica altrui.

Così, dal punto di vista performativo, la reazione “minima” dell'ordinamento al danno è il risarcimento e dal punto di vista costitutivo la concettualizzazione “minima” della protezione è l'obbligo. Come a dire che due soggetti che si pongono l'uno di fronte all'altro per perseguire uno scopo comune – lecito pur se “atipico” nell'ottica dell'ordinamento giuridico – non possono *ex lege* mai danneggiarsi poiché il contenuto minimo sotto il profilo assiologico dell'obbligo di buona fede fondante la categoria dell'obbligazione è la protezione.

Da ciò l'idea della buona fede come rimedio³⁹¹ e dell'obbligo di protezione come minimo (costitutivo) giuridico.

391 Nel senso già esplicitato da A. di Majo, *La tutela civile dei diritti* (Milano 2003), passim, spec. 347 ss., il quale per primo nella dottrina italiana ha affermato come «la protezione possa nascere con il rimedio e non essere già in anticipo predicata (*ubi remedium, ibi ius*)» e S. Orlando, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, 1033 ss.

CONCLUSIONI

Le conclusioni in merito al lavoro svolto non possono che prendere le mosse da una sintesi delle determinazioni finali già articolate negli ultimi paragrafi di ciascun capitolo.

La prima questione che si è affrontata riguarda il rapporto tra norma e valore. Nell'ottica prescelta – quella neoistituzionalista – il sistema-diritto appare come un insieme unitario di scopi, privo di quel relativismo assiologico che caratterizza la prospettiva contrattualista, alcuni dei quali – quelli fondamentali per la civile convivenza – preselezionati dal legislatore e resi evidenti nella Carta costituzionale, altri ancora – quelli strumentali alla cooperazione interindividuale – declinati all'interno di norme gerarchicamente inferiori.

Gli scopi del diritto, però, non sono finiti e non si identificano, pertanto, in quelli incorporati nelle disposizioni normative. Poste le premesse fondamentali, l'ordinamento predispone, infatti, una serie di meccanismi per mantenersi “cognitivamente aperto” rispetto alle esigenze della collettività i cui bisogni è chiamato a soddisfare. In quanto risultanti di un processo di oggettivizzazione e astrazione storica degli interessi individuali, i valori o scopi del diritto non seguono la logica escludente tipica degli insiemi conchiusi. La rispondenza o meno di determinate condotte ad un valore ben può mutare (come normalmente muta) al mutare del tempo in cui il giudizio di verosimiglianza viene svolto. Tale la ragione per cui la positività della norma non è un attributo originario della stessa ma le si accosta nel momento in cui la norma passa dalla dimensione statica e astratta di *ius positum* a quella dinamica e vivente del *decisum*.

La positività del diritto, in altri termini, non nasce con il perfezionarsi dell'iter legislativo formalmente necessario ai fini della sua validità ma deriva dall'operazione ermeneutica, intesa come atto finale di creazione della norma demandato (*ab origine* ed in ogni caso) ad un soggetto giuridicamente educato ma appartenente alla stessa dimensione storica e concreta in cui il *decisum* è destinato ad incardinarsi.

Tant'è che, quando interprete non è il giudice ma il consociato e non si verifica un conflitto circa il modo di intendere il modello di condotta preferito dall'ordinamento la norma è comunque positiva. In questo caso, infatti, non vi è

la necessità di ricorrere alla tutela giurisdizionale dei diritti poiché vi è consenso tra le parti interessate e la norma è per ciò solo positiva ossia *di fatto* vigente. Si tratta, però, di una positività precaria perché affidata al mero consenso attuale sul modo di intendere il comando legislativo e sempre esposta alla eventuale decisione contraria dell'organo istituzionalmente preposto ad accertarla in modo definitivo, almeno fintanto che non subentrino meccanismi automatici di stabilizzazione di quello che chiameremo “*decisum* diretto”, primi tra tutti la prescrizione e la decadenza.

Questa dinamica conferma ulteriormente la nozione in questa tesi sposata circa il fondamento *volontario* del diritto (svincolato, cioè, dal principio dei rapporti di forza che rappresentano, al più, una contingenza negativa) che è corollario dell'ulteriore nozione di diritto come scienza pratica e, infine, dell'idea della protezione come “minimo assiologico giuridico”.

La fisiologia osmotica tra diritto e realtà si ricava intendendo i valori in senso oggettivo e sostanziale ossia come idealità che, acquistando senso solo se calate nella dimensione storica e concreta degli atti (come componenti dei fatti), necessariamente corrispondono a interessi epurati del corredo fattuale e selezionati (*ex ante* o *ex post*) come giuridicamente rilevanti.

Per onestà intellettuale, è opportuno precisare che tale nozione di valore, coincidente con lo standard mengoniano, è però mediata dal riconoscimento di un dualismo dei valori al pari di quanto può dirsi, in generale, per il fenomeno giuridico, la cui natura è statica e quindi ideale nel suo essere *jus positum* e dinamica e quindi concreta nel suo traslare a *directum*.

Si è ritenuto, così, di poter individuare quale tratto fondamentale del rapporto tra norma e valore la dialetticità che identifica anche il senso del sistema giuridico riguardato in un'ottica non già sostanziale ma funzionale, come congegno di riduzione della complessità secondo la logica dell'utile o dannoso³⁹².

La seconda questione che si è tentato di sviscerare è se, poste queste premesse iniziali, sia possibile distinguere le generalizzazioni normative non solo (o non tanto) a seconda del loro modo di incidere sulla realtà ma anche (e soprattutto) sul tipo di procedimento cognitivo che le stesse impongono all'interprete per dotare lo *jus positum* della dovuta positività.

392 Cfr. Luhmann, *La differenziazione del diritto* cit., 200 ss.

Una prima distinzione si è operata con riferimento alle regole e ai principi da un punto di vista strutturale, secondo la nota distinzione forte – che non lega cioè la differenziazione tra le une e gli altri al maggiore o minore grado di vaghezza concettuale-descrittiva della norma ma riconosce (con varie soluzioni) differenze sostanziali. L'idea proposta è quella di una generalizzazione puramente assiologica nel caso dei principi e di una generalizzazione (immediatamente) descrittiva e (mediatamente o implicitamente) assiologica nel caso delle regole, le quali poi, sotto il primo profilo (concettuale-descrittivo) possono essere più o meno vaghe con ciò non richiedendo un'operazione diversa all'interprete ma solo un maggiore o minore sforzo ricognitivo in punto di fatto.

Una seconda distinzione si è tentata, dal punto di vista funzionale, riconoscendo quali destinatari primari dei principi il legislatore e l'interprete e quali destinatari primari delle regole i consociati. Tale circostanza si è desunta dalla diversità di struttura: i principi, *in quanto norme incondizionate*, identificano gli scopi del diritto e indicano a livello astratto e oggettivo le condotte (da selezionare come) preferibili al fine di darvi attuazione ma, *in quanto norme non precettive*, dispiegano i loro effetti solo all'interno del sistema-diritto essendo destinate ad orientare la condotta dei soggetti istituzionalmente qualificati ad edificarlo e mantenerlo. Il giudizio di verosimiglianza sulla preferibilità o meno della condotta posta in essere in forza dei principi generali riguarda, pertanto, principalmente la condotta del legislatore (in quanto primo interprete) e del giudice (in quanto ermeneuta), investendo eventualmente solo la condotta *interpretativa* del consociato in relazione ad una regola capace di dispiegare i suoi effetti direttamente nei confronti dello stesso.

Le regole, *in quanto norme condizionate e immediatamente precettive*, sono destinate a regolare le umane vicende e si orientano naturalmente in senso estroflesso verso i consociati. Esse non indicano, se non a livello implicito, lo scopo perseguito dall'ordinamento (in ragione del quale sono state emanate e continuano a ricevere attuazione) ma solo la condotta attesa dal consociato e gli effetti che si ricollegano alla sua violazione.

Questa distinzione funzionale fondata sulla diversità di struttura autorizza una partizione ulteriore tra principi, regole e clausole generali. Queste ultime, infatti, sono forme della generalizzazione puramente assiologiche, come i

principi, ma essendo *normalmente* incardinate all'interno di una fattispecie completa della descrizione del fatto e corredata dall'effetto condividono la destinazione d'uso delle regole. L'avverbio normalmente è d'obbligo perché esula da questa normalità la clausola generale per eccellenza ossia la buona fede che merita, pertanto, una classificazione a sé e su cui si tornerà parlando del terzo capitolo.

La natura ibrida delle clausole generali, quindi, pur implicando una certa elasticità assiologica, è mitigata dall'essere le stesse clausole dotate dell'effetto tipico della norma, quello *performativo-semplice* ossia teso a performare le condotte dei consociati. Diversamente, i principi esplicano i loro effetti solo all'interno delle dinamiche ordinamentali e sono, pertanto, norme di tipo *performativo-costitutivo*, laddove, però, la *performance* è attesa non tanto da parte dei consociati ma dello stesso ordinamento giuridico.

Da questa stessa destinazione (unitamente alla priorità della componente assiologica del diritto su cui oltre) possiamo ricavare il criterio ermeneutico primario – sia per ragioni temporali che per ordine di importanza – della unità o coerenza assiologica del diritto che fa il paio al principio di uguaglianza sostanziale tale per cui l'introduzione all'interno dell'ordinamento giuridico di valori contrastanti con quelli già incorporati nell'architettura assiologica dello stesso è consentita solo quando vi siano contingenze tali da giustificare l'adozione di un sistema di governo delle stesse secondo *rationes* diverse da quelle già in uso. A titolo esemplificativo si riporta la vicenda dell'anatocismo bancario e la sua ultima fortunata svolta (con l'introduzione del divieto di cui all'art. 1283 c.c. anche nel nuovo art. 120 Tub) che ha messo bene in luce come il legislatore abbia per molto tempo violato il criterio di unità o coerenza assiologica senza poter invocare la necessità di trattare in modo diverso i diversi, poiché niente giustificava il maggior favore dimostrato fino a ieri alle banche e agli intermediari finanziari rispetto al creditore pecuniario comune.

Sotto l'ulteriore profilo dell'attività richiesta all'interprete al fine di dare applicazione alle forme della generalizzazione così individuate, la differenza è notevole. Mentre, infatti, le regole richiedono di norma una mera operazione sussuntiva – di riconduzione del fatto alla fattispecie sotto il profilo fattuale-descrittivo – le clausole generali e i principi implicano un'attività diversa e più

complessa, dovendo in primo luogo l'interprete riempire di senso il valore dalle stesse incorporato per poi procedere ad una verifica di compatibilità tra il fatto com'è e il fatto come doveva essere. Questa operazione si sostanzia: 1) nella comprensione dello scopo perseguito dal soggetto con la condotta posta in essere; 2) in una presa di coscienza della propria idea del valore (ossia di quei comportamenti verosimilmente rispondenti alla finalità incarnata dal valore); 3) in una verifica preventiva circa la conformità della propria idea a l'idea oggettiva di quel valore; 4) ad un giudizio di preferibilità o meno della condotta posta in essere dal consociato rispetto al valore sulla base di un criterio di verosimiglianza; 5) ad una verifica di condivisibilità degli effetti che discendono dall'applicazione della norma così ricostruita.

I passaggi 1), 2) e 3) sono (o dovrebbero essere) normalmente assorbiti dalla previa educazione della precomprensione dell'interprete; il passaggio 4) quando il giudice interpreta una regola è caratterizzato non dalla logica della preferibilità ma da quella della doverosità risultandone di molto diminuito il margine di verosimiglianza della qualificazione giuridica del fatto e, di conseguenza, il lasso di controvertibilità della decisione; il passaggio 5) nelle regole non è quasi mai necessario ferma restando la possibilità che un fatto astrattamente riconducibile a diverse fattispecie venga inquadrato all'interno di quella produttiva degli effetti maggiormente condivisibili.

Questa ricostruzione aiuta a mettere in luce come componente minima essenziale del diritto sia non la componente descrittiva propria delle regole e neppure quella performativa-semplice associata alle stesse ma la componente assiologica. Come a dire che l'ordinamento ben potrebbe reggersi solo su indicazioni di massima, orizzonti di scopo, ma non potrebbe definirsi tale senza di essi. E, poiché il valore risiede nel fatto (o, meglio, in quella sua componente caratterizzata dalla volizione umana ossia l'atto), quest'opera di riconduzione ad unità del *Sein* e del *Sollen* dal punto di vista finalistico non può che partire dal fatto per estrapolarne la componente valoriale (o, meglio, la "natura") e verificarne la rispondenza rispetto all'architettura assiologica dell'ordinamento sulla base del logos. Da ciò l'idea del diritto come scienza analogica che opera, cioè, attraverso (ana) il linguaggio (logos).

Questa caratterizzazione essenziale del modo d'essere del diritto non va intesa nel modo attualmente in voga presso i linguisti – fin troppo inclini al nichilismo e alla mortificazione del dover essere, ridotto a mero argomento – ma è utile a risolvere alcune tematiche di rilevanza pratica come, esemplarmente, la questione della dicotomia tra regole di validità e regole di responsabilità in uno con la riconducibilità alla violazione della buona fede di rimedi invalidatori.

Perché alla buona fede non sono associabili effetti invalidanti? Non per ragioni formalistiche ma perché gli stessi effetti – che fanno sparire ciò che fino ad un attimo prima c'era – sono il frutto del “linguaggio della magia” cioè di quel linguaggio che realizza sia l'intrinseco che l'estrinseco del detto nell'atto del dire. Il linguaggio della magia è tipico dei soli performativi-costitutivi, di quelle norme, cioè, che sono destinate a produrre effetti nel solo sistema a cui appartengono, come i principi generali, le norme abrogatrici, quelle relative all'iter legislativo, le norme attributive della personalità giuridica, etc.

Questi i confini dell'ambito di operatività delle varie forme della generalizzazione che è indispensabile rispettare ai fini della sopravvivenza del sistema perché la praticità, che pure è attributo fondamentale del diritto, non può tradursi in fenomeni autodistruttivi della sua architettura.

La buona fede, dunque, al pari delle altre clausole generali è destinata a mantenere l'apertura cognitiva del sistema giuridico dal punto di vista valoriale, introitando bisogni che, pur non riconcettualizzati dal legislatore, presentano nel sistema di appartenenza “naturale” (morale, mercantile, religioso, etc.) quel grado di oggettivizzazione ed astrazione che deriva loro dalla larga condivisione del giudizio di preferibilità delle condotte che li concretizzano e che ne integrano il senso.

Così, potremmo dire, l'intercomunicazione tra sistemi avviene sempre su di un piano che lungi dal soffrire l'incertezza dell'arbitrio garantisce una coerenza di massima tra le scienze umane organizzate a sistema nei limiti di interferenza reciproca. Ciò che non significa che per il tramite delle clausole si introitano nel diritto elementi che questo a inteso escludere, al contrario: quando si ha a che fare con queste forme della generalizzazione la giuridica rilevanza di valori extrasistemici è *in re ipsa* poiché le clausole (al pari dei principi) svolgono

originariamente proprio questa funzione (essendo però destinate – al contrario dei principi – ad orientare in prima battuta le condotte dei consociati).

Chiaro è che quest'opera di ricezione giuridica è possibile nei limiti in cui la stessa non si traduca in una negazione di valori già inglobati nel sistema-diritto poiché, diversamente ragionando, si finirebbe per legittimare un'opera di decostruzione *ex post* (cioè ad opera del giudice chiamato a concretizzare le clausole stesse) del complessivo impianto assiologico o finalistico del sistema in violazione del criterio primario di unità o coerenza assiologica, che legittima questa operazione solo al ricorrere di esigenze di uguaglianza sostanziale.

Il contenuto minimo inderogabile delle clausole generali è, pertanto, un contenuto riflesso rispetto alla carica valoriale dei principi che, secondo le circostanze del caso, ben può esaurirsi (ma non necessariamente si esaurisce) in una “mera” ripetizione dell'uno o dell'altro secondo il meccanismo proprio della c.d. *indirekte Drittwirkung*.

La particolarità della buona fede risiede nell'essere la stessa priva del corredo performativo che, abbiamo detto, essere caratteristica finalistica essenziale del diritto. Ciò che comunque non vale ad escluderne l'immediata precettività. In altri termini: stando al dettato positivo i consociati sanno che devono comportarsi secondo buona fede ma non sanno né cosa ciò esattamente significhi né cosa la violazione dell'obbligo comporti.

Dottrina e giurisprudenza hanno elaborato delle funzioni tipiche della buona fede, sussumibili in tre macrocategorie: integrativa, valutativa e interpretativa, affrontate nel terzo capitolo. La prima è destinata ora a indirizzare la poiesi del debitore verso la permanenza della possibilità della prestazione ora a forgiare il rapporto obbligatorio secondo un modello minimo inderogabile dello stesso che è essenzialmente votato alla protezione. La seconda è finalizzata ora ad evitare condotte opportunistiche (abuso del diritto) ora a sospendere l'efficacia coercitiva dell'obbligo dinnanzi a preminenti esigenze della persona debitrice (inesigibilità). La terza è, infine, deputata ora ad orientare in senso anti-formalista la condotta dell'interprete di quel sotto-sistema normativo (o a normazione derivata) che è il contratto, coerentemente con l'impianto assiologico derivato dello stesso, ora a risolvere in via principale ed immediata il problema delle sopravvenienze.

Queste le funzioni a cui si associano altrettanti rimedi, tutti operanti direttamente sul rapporto obbligatorio: ampliamento dell'area della coercibilità, paralisi del diritto, illegittimità della condotta, etc. Ciò che non significa che la buona fede non rilevi anche in punto di fattispecie ma, per far ciò, la stessa deve coincidere con l'uno o con l'altro elemento della stessa.

Abbiamo visto più sopra il rapporto tra neoformalismo e buona fede e la possibilità di una coincidenza di soluzioni tra i giudizi di valore operati per il tramite dell'elemento causale e quello operati per il tramite della buona fede. Senz'altro tra regole di fattispecie e regole di responsabilità rimane ferma la distinzione finalistica primaria tale per cui le prime sono funzionali all'edificazione del regolamento contrattuale (performativi-costitutivi) e le seconde sono dirette ad orientare le condotte dei privati in un'ottica di tipo programmatico (performativi semplici).

Tuttavia, tale distinzione né vale ad escludere che il valore evocato dalla causa (come scopo del contratto) e quello evocato dalla buona fede coincidano; né, quando si tratti di obbligazione senza prestazione, appare così marcata, posto che in tale contesto la buona fede dismette la sua veste di performativo semplice per assumere le sembianze di un performativo-costitutivo.

Al fine di una esatta comprensione del fenomeno, la prima domanda a cui è necessario rispondere è perché sussiste quest'obbligo di comportarsi secondo buona fede ossia qual è il bisogno cui la buona fede è destinata a dare risposta.

Al contrario delle altre clausole generali, che identificano con sufficiente chiarezza il sistema all'interno del quale nasce il bisogno rilevante anche per il sistema-diritto (ad es. il buon costume che individua il sistema-costume al fine di ricavare il criterio di preferibilità) la buona fede è più sfuggente inducendo a ritenere che il sistema di riferimento possa essere ora l'uno ora l'altro a seconda del contesto in cui si colloca il rapporto obbligatorio.

Tratto essenziale della buona fede è, quindi, la sua pertinenza all'obbligazione il cui substrato materiale è indice rivelatore del luogo in cui attingere il valore ossia l'astrazione oggettivizzata di quelle condizioni positive d'esistenza che sono gli interessi individuali, selezionati come utili o dannosi sulla base di un criterio di preferibilità delle condotte *rispetto al buon esito del rapporto*

obbligatorio cui inerisce espresso dalla più parte degli individui operanti nel sistema di riferimento.

Dal punto di vista funzionale, l'istituto "buona fede" fondante l'obbligazione senza prestazione è, quindi, deputato a proteggere le persone coinvolte in una relazione (stabile e orientata ad uno scopo) essendo la protezione stessa il minimo finalistico del diritto; dal punto di vista assiologico, il valore "buona fede" atto ad indicare il criterio di preferibilità ben può variare a seconda del contesto fattuale in cui matura la relazione, ferma restando la pertinenza della buona fede al rapporto obbligatorio e, dunque, la sua natura di "programma di scopo".

Quando la buona fede opera in senso costitutivo la sua differenza rispetto alla causa sfuma nel senso che l'istituto "buona fede" sta all'obbligazione senza prestazione come l'istituto "causa" sta al contratto. Resta fermo, però, il rapporto di reciproca esclusione tra l'una e l'altra (poiché dove c'è contratto non c'è obbligazione senza prestazione) e la duplice natura della buona fede che, anche quando costituisce, rimane pur sempre (anche) norma programmatica.

Infatti, se l'analogia regge con riferimento alla funzione dell'*istituto giuridico* non vi sono margini di sorta per appiattare la buona fede sulla causa (o viceversa) posto che l'una è naturalmente proiettata verso il futuro e vive esclusivamente in una dimensione dinamica, sia quando si fa portatrice di valori incarnati dai principi giuridici (anch'essi ontologicamente dinamici) sia quando recepisce valori extra-giuridici; l'altra (la causa) è funzionale a fotografare una data situazione indicando una volta e per sempre lo scopo cui condotte predeterminabili a priori devono orientarsi.

Per quanto attiene allo scopo incarnato nella buona fede, la questione è diversa. Non c'è un tempo o una situazione di fatto che la buona fede cristallizza una volta e per sempre indicando le condotte "dovute" e quelle escluse dall'alea di coercibilità. La buona fede opera a ridosso del bisogno nel momento in cui lo stesso bisogno emerge e, in quanto tale, è norma autenticamente rimediale. Essa buona fede – tramite costitutivo di quel minimo giuridico rappresentato dall'obbligazione in funzione protettiva "pura", senza il corredo della prestazione – veste di dignità giuridica quei valori che, in quanto tali, pur non ancora giuridicizzati hanno già subito una oggettivizzazione secondo le logiche del

sistema cui naturalmente appartengono. Questa traslazione della “tensione verso un fine” dalla sua forma soggettiva e concreta di interesse a quella oggettiva e ideale di valore ne garantisce l’epurazione perché è sintomatica di condivisione sociale (che a sua volta esclude l’arbitrio) condizione primaria di esistenza della normatività.

Quanto detto induce una ulteriore considerazione per quanto attiene alla diversa problematica del bilanciamento. Ci si chiede, cioè, se il bilanciamento possa riguardare i valori o se sia un fenomeno relativo ai soli interessi: nell’un caso, infatti, la nozione di valore come entità oggettiva non vale ad escludere l’arbitrio del giudice, chiamato a “bilanciare” e quindi, in buona sostanza, a “creare” il criterio discriminante tra condotte utili o dannose; nell’altro caso, viceversa, l’arbitrio riguarderebbe i soli giudizi in cui vengono in rilievo gli interessi nella loro soggettività ossia quelli equitativi.

Senz’altro gli interessi subiscono un’opera di bilanciamento che, ricorrendo le stesse condizioni di fatto, permette di distinguere tra interessi condivisi, tramutabili in valori, e interessi particolari, destinati a rimanere tali perché incapaci di superare il vaglio della condivisione. Tale discernimento, però, lo si è detto più volte, non compete direttamente all’interprete ma è *in re ipsa* posto che i valori partecipano della natura oggettiva propria di ogni forma di decisione collettiva. Gli interessi possono essere bilanciati dall’interprete solo quando è chiamato a decidere secondo equità, compiendo in prima persona l’opera di selezione che normalmente compete alla “più parte” degli individui appartenenti ad un sistema.

I valori possono anch’essi essere bilanciati solo quando si tratti di interpretare secondo i principi generali dell’ordinamento poiché, in questo caso, la giuridicità dei valori incorporati nella forma della generalizzazione in parola non consente di discriminare tra l’uno e l’altro principio.

Quando, invece, l’opera ermeneutica si compie per il tramite di una clausola generale il bilanciamento non entra in gioco poiché l’assenza di veste giuridica rispetto al valore extra-sistemico impone al giudice di compiere una scelta tra l’uno e l’altro fine in base alla maggiore o minore condivisione dello stesso da parte dei consociati ossia in forza della maggiore o minore capacità inclusiva dei valori rispetto agli interessi individuali in gioco.

Così, l'interazione sistemica può avvenire senza il rischio di arbitri e soggettivismi garantendo al sistema-diritto una costante tensione evolutiva assieme ad un'apertura cognitiva estesa tanto ai fatti (apertura cognitivo-descrittiva) quanto ai valori portati dagli atti (apertura cognitivo-assiologica).

Ciò che non implica un abbandono a qualsivoglia pretesa dirigista: il diritto, sia chiaro, in una certa misura dirige poiché altrimenti (verrebbe da dire) sarebbe privo di "personalità".

La personalità, le idee del diritto sono i *sui* valori, espressi nei principi generali, che non sono confinati in una forma della generalizzazione posta in posizione apicale solo per essere privata di ogni effetto performativo in una sorta di maestosa solitudine. I principi generali, pur non immediatamente precettivi nei confronti dei consociati, manifestano tutta la loro forza performativa nei confronti del diritto stesso e di chi è chiamato ad operarvi.

Legislatore e giudice, primo e secondo interprete, sono entrambi chiamati a darvi attuazione, l'uno ponendo il *jus* in conformità agli scopi delineati dai principi (potendo discostarsi da essi o introdurne di nuovi solo in presenza di ragioni di uguaglianza sostanziale, in virtù del canone ermeneutico primario dell'unità o coerenza assiologica); l'altro creando il *directum* attingendo al substrato assiologico *complessivo* del sistema giuridico (ossia interpretando la norma in conformità al valore portato da essa riguardato in un'ottica sistematica).

Ciò è tanto più vero proprio quando l'interprete è chiamato a maneggiare forme della generalizzazione puramente assiologiche immediatamente precettive: in questo caso, infatti, i principi si frappongono all'opera di giuridicizzazione *ex post* del valore tutte le volte in cui questo stesso valore si traduca in una finalità contrastante con quelle espresse dai principi. Il diritto, cioè, per il tramite di quella che abbiamo chiamato *indirekte Drittwirkung* opera in autotutela negando l'ingresso a valori che frustrerebbero quelli già incorporati nel sistema.

Ma vi è un'altra applicazione della *indirekte Drittwirkung* che è resa particolarmente evidente proprio dalla buona fede: ossia la sua capacità di dotare la relazione nata da un affidamento qualificato della struttura dell'obbligo in funzione protettiva della persona.

Il riferimento è, ovviamente, alla categoria della obbligazione senza prestazione in cui la stabile relazionalità tra individui, caratterizzata dalla

comunanza dello scopo, ingloba le ragioni della persona all'interno delle dinamiche dell'obbligazione riconoscendogli giuridica rilevanza.

In questo caso: i) in origine vi è una relazione; ii) la quale relazione assurge a stabile relazionalità quando vi è una comune tensione verso un fine; iii) dalla stabile relazionalità deriva un legittimo reciproco affidamento; iv) il quale legittimo affidamento solletica la buona fede; v) una volta attiva, la buona fede giuridicizza gli interessi delle parti in gioco a patto che questi siano compatibili con il complessivo impianto assiologico giuridico; vi) la lesione degli interessi così giuridicizzati genera responsabilità.

Il rapporto obbligatorio così nato è privo del corredo della prestazione e non segue, perciò, le logiche incrementative che gli sono proprie. Tale è la ragione per cui l'obbligazione senza prestazione svolge una funzionalità meramente protettiva degli interessi in gioco, in linea con lo scopo minimo del diritto che è quello di "proteggere" individui interagenti.

Quindi, se l'obbligazione è priva della prestazione la buona fede la caratterizza assiologicamente in senso conservativo; se invece l'obbligazione è complessa ed arricchita della prestazione, la dimensione assiologica della buona fede identifica come preferibili le condotte finalizzate non solo alla protezione del valore riferibile alla stessa ma anche al suo accrescimento.

Il che ci suggerisce di ritenere che, in effetti, la logica protettiva della buona fede fonda l'obbligazione senza prestazione risieda nell'art. 1175 c.c. e che tale obbligazione si distingue da quella complessa rispetto alla quale l'integrazione *ex fide bona*, seguendo le logiche incrementative del contratto, ben può spingersi oltre alla mera protezione includendo nel *parteur* degli obblighi a carico delle parti anche condotte preferibili non nell'ottica precauzionale (rispetto al potenziale danno) propria dell'art. 1175 c.c. ma nell'ottica incrementativa ricavabile dalla prestazione, ferma restando la regola di verosimiglianza comune tanto all'obbligazione senza prestazione quanto agli obblighi accessori alla prestazione.

In questo senso, quindi, l'integrazione del contratto passa attraverso il criterio selettivo naturale della causa dello stesso in quanto identificativa del valore perseguito dalle parti inquadrato, però, in una logica di accrescimento

delle sfere individuali e non di mero mantenimento delle stesse, come accade invece nell'obbligazione senza (ossia a prescindere dalla) prestazione.

Se poi vi debba essere una necessaria coincidenza tra il minimo costitutivo dell'obbligo di protezione ed il minimo performativo del risarcimento (per danni) è un'altra storia. L'assenza di una esplicita previsione positiva in tal senso in uno con le caratteristiche già viste della buona fede induce a ritenere che la stessa sia qualificabile come una forma della generalizzazione ad attitudine rimediale e che, quindi, individuato il valore di riferimento lo stesso possa essere coperto da ogni tutela normalmente posta a corredo dell'obbligo. Perché altrimenti sforzarsi tanto di sottrarre alle logiche aquiliane ambiti che tradizionalmente gli sarebbero propri? L'inversione dell'onere probatorio è poca cosa, specie se si considera che la stessa inversione si verifica anche in materia extracontrattuale in tutte quelle ipotesi, tutt'altro che residuali, di c.d. responsabilità oggettiva.

Vero è che il giudizio di verosimiglianza, per sua stessa natura, presuppone la presenza di più alternative tra le condotte preferibili (in quanto non dannose) e, quindi, la coercibilità delle stesse non può assurgere ad attributo astratto e generale dell'obbligazione senza prestazione ma dipende dalla incontrovertibilità del giudizio di verosimiglianza che è, però, un ossimoro poiché la verosimiglianza incontrovertibile è certezza.

Potremmo quindi azzardare la seguente conclusione: l'obbligazione senza protezione che si fonda sulla buona fede in funzione protettiva si presume assoggettata alle regole di verosimiglianza e non è, perciò, coercibile; questa presunzione può però essere superata in base ad un giudizio in concreto che, in relazione a tutte le circostanze specifiche del caso, accerti come preferibile un'unica condotta che diventa, perciò, coercibile.

Certo è che questa soluzione è praticabile solo a patto di ritenere la "pretesa" attributo non della prestazione ma dell'obbligo, con le inevitabili ricadute sociali in termini restrittivi delle libertà individuali che questo slittamento comporta e sul presupposto che criterio distintivo tra l'una (prestazione) e l'altro (nella sua forma autonoma di obbligazione senza prestazione) sia non tanto la maggiore o minore "debolezza" in termini rimediali ma la sola funzionalità, rispettivamente incrementativa o conservativa della sfera personale dei soggetti agenti.

L'etimo in questo caso ci offre indicazioni contrastanti, posto che *prae* (avanti) *tendere* (tendere) da un lato richiama quella tensione verso uno scopo che è la caratterizzazione propria dell'affidamento "fecondo" ossia capace di generare l'obbligazione senza prestazione; dall'altro lato identifica proprio quell'aspirazione all'avere che discende dall'essere, la cosa desiderata, oggetto di una forma della generalizzazione strutturata secondo il tipo "diritto soggettivo".

D'altronde, abbiamo visto come la buona fede in funzione valutativa sia capace di paralizzare temporaneamente la pretesa o di contenerne la tensione finalistica ma non di farla venire meno. Una volta costituita, pertanto, la pretesa prevale rispetto alla tensione performativa della buona fede, salvo adeguamenti sincronici tra forma e sostanza; di conseguenza, in assenza della stessa pretesa, ritenere che la buona fede costituisca ciò che altrove non è capace di destituire sconta una certa dose di contraddizione³⁹³ ed è, quindi, più saggio mantenere una corrispondenza tra *l'essenzialità costitutiva del diritto* – che si manifesta per il tramite della buona fede come fonte dell'obbligazione senza prestazione – e *l'essenzialità performativa dello stesso* – garantita dalla tutela risarcitoria.

Come si evince chiaramente da queste conclusioni, che pur rilette e ritoccate più volte trasmettono una sensazione ben lontana dalla definitività che dovrebbe essere loro propria, questa tesi non ha certo la presunzione di mettere un punto e tirare le somme su di un argomento che non solo sfugge alle logiche matematiche ma è realmente immenso e richiede uno studio ben più approfondito di quello in effetti svolto quanto a teoria generale, tecniche normative e analisi linguistiche, per non parlare, poi, delle applicazioni pratiche.

Quello che si è cercato di svolgere con il presente lavoro è un'opera di sintesi degli snodi più significativi della materia in un'ottica il più possibile interdisciplinare per poter azzardare nella fase finale ipotesi che, più che dimostrare qualcosa, aspirano a suggestionare chi legge. La speranza è di non avere annoiato e che dal testo della tesi emerga il valore portato dall'atto di scriverla che, banalmente, è l'entusiasmo per la ricerca e il divertimento nello svolgerla.

393 Salvo voler ragionare con A. di Majo, *Le tutele contrattuali* (Torino 2009), 133 ss. di un "adempimento quale rimedio". Lo stesso a., però, non è tra i fautori dell'obbligazione senza prestazione nonostante precursore della tecnica rimediale.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.

Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, Su Federico Carlo di Savigny, Milano, 1980.

Atti dei convegni lincei, Roma, 1992.

Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006.

A

T. Adorno, *Dialettica negativa*, a cura di S. Petrucciani, Torino, 2004.

F. Addis, *Il "mutamento" nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013.

A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008.

A. Albanese, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in Europa e diritto privato, 2012.

A. Albanese, *Il rapporto obbligatorio: profili strutturali e funzionali*, Tricase, 2014.

R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994.

R. Alexy, *On the structure of legal principles*, in Ratio Juris, vol. 13, 2000.

M. Allara, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955.

G. Alpa, *Il contratto in generale*, in Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014.

D. Antelmi, *Vaghezza, definizioni e ideologia nel linguaggio giuridico*, in Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari, a cura di Garzone-Sandulli, Milano, 2008.

Aristotele, *Analytica Priora*, A 30, 46 a 16.

T. Ascarelli, *In tema di interpretazione e applicazione della legge*, in Riv. Dir. proc., 1958.

T. Ascarelli, *Antigone e Porzia*, in Problemi giuridici, t. 1, Milano, 1959.

T. Ascarelli, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1959.

F. Astone, *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Napoli, 2006.

F. Astone, *sub art. 1366*, in Dei Contratti in generale - Vol. II: Artt. 1350-1386 c.c., a cura di E. Navarretta-A. Orestano, in Comm. cod. civ., diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011.

J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, London, 1861-63.

J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1832, trad. it., Delimitazioni del campo della giurisprudenza, Bologna, 1955.

J. L. Austin, *How to Do Things with Words*, Harvard, 1955.

M. Azzalini, *Impossibilità ed inesigibilità nel debito di genere*, Milano, 2011.

B

L. Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni, III, L'attuazione*, Milano, 1946.

A. Baratta, *Note in tema di analogia giuridica*, in Studi in onore di Emilio Betti, Milano, 1961.

A. Baratta, *Natura del fatto e diritto naturale*, Fondazione ontologica del diritto e “natura della cosa”, a cura di A. Mazzei e T. Opocher, Milano, 2011.

M. Barcellona, *Diritto, sistema e senso, Lineamenti di una teoria*, Torino, 1997.

M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006.

M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015.

P. Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.

C. Bazzanella – L. Morra – P. Rossi, *L'approccio cognitivo alla metafora nel linguaggio giuridico*, in I fondamenti cognitivi del diritto, a cura di R. Caterina, Milano, 2008.

G. Benedetti, *Diritto e linguaggio. “Variazioni sul diritto muto”*, in Eur. dir. priv., 1999.

G. Benedetti, *Ermeneutica e dogmatica giuridica in L. Mengoni, in Europa e diritto privato*, 2012.

K.M. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1982.

- E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953.
- E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971.
- C. M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1983.
- C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, Il contratto, Milano, 2000.
- E.R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg i.B.-Leipzig, 1894-1917, rist. Aalen, 1961.
- L. Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione. Appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*, Milano, 1994.
- L. Bigliuzzi Geri, *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in AA. VV. *Il Principio di buona fede giornata di studio Pisa, 14 giugno 1985*, Milano, 1987.
- L. Bigliuzzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civile*, IV, 1988.
- L. Bigliuzzi Geri, *L'interpretazione del contratto*, artt. 1362-1371, *Il codice civile commentato*, diretto da P. Schlesinger-D. Busnelli, Milano, 2013.
- N. Bobbio, *L'Analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938. N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950.
- N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1966.
- N. Bobbio, *La natura delle cose*, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, trad. it., Milano, 1965.

N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Bari, 2007.

J. Bodin, *Les six Livres de la République*, Paris, 1583.

U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

B. Brugi, *Per la storia della Giurisprudenza italiana*, in *Nuovi Saggi*, Torino, 1921.

A. Burdese, *Exceptio doli* (diritto romano), in *Novissimo dig. it.*, IV, Torino, 1960.

F.D. Busnelli-E. Navarretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato III. L'abuso del diritto*, a cura di G. Furguele, Padova, 1997.

C

G. Calogero, *La natura dei concetti giuridici*, *Riv. dir. comm.*, vol. XLIII, 1945, I, ora in *La polemica sui concetti giuridici* a cura di N. Irti, Milano, 2004.

C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010.

C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, *Europa dir. priv.*, 2008.

A.E. Cammarata, *La funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Annali della Università di Macerata*, V, 1929.

A. Cannata, *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.

- G. Carcaterra, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2011.
- D. Carusi, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge*, in *Le clausole generali nel diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Giur. it., 2011.
- F. Casadei, *Significato ed esperienza. Linguaggio, cognizione, realtà*, in *Semantica*, a cura di D. Gambarara, Roma, 1999.
- F. Casavola, *Cronaca di una storia del diritto romano*, Labeo, 1959.
- S. Castignone, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, 1974.
- C. Castronovo, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.
- C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995.
- C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- C. Castronovo, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale dir. priv. eur.*, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, II, Milano, 2007.
- C. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa dir. priv.*, 2009.
- C. Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011.
- C. Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2012.

C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

W. Cesarini Sforza, *Filosofia del diritto*, Milano, 1949.

W. Cesarini Sforza, *Ex facto ius oritur*, Studi in onore di G. Del Vecchio, Modena, 1930.

W. Cesarini Sforza, *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica*, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1934 e ora in Idee e problemi di filosofia giuridica, Milano, 1956.

R. Clarizia, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 2014.

P. Comanducci, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in Id., Assaggi di metaetica due, Torino, 1998.

E. Cortese, *Justitia e principio soggettivo nel pensiero civilistico medioevale*, in ASD, 3-4, 1960.

A. Costanza, *L'argomentazione giuridica*, Milano, 2003.

M. Costanza, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989.

V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico, Pisa, 1943.

D

A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.

F. D'Agostino, *Filosofia del diritto*, Torino, 1993.

G. D'Amico, *“Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in Riv. dir. civ., n. 1, 2002.

G. D'Amico, *Nullità virtuale - nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in Contratti, 2009.

G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in Contratti, 2010.

A. D'Angelo, *La buona fede*, in Il contratto in generale, v. 4, Trattato di diritto privato, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2004.

T. d'Aquino, S. Th., I-II, 91, 2. V. De Sensi, *La nuova disciplina della crisi da sovraindebitamento: dubbi sulla sua natura concorsuale*, in Riv. dir. comm., 4/2013.

R. De Stefano, *Il problema del diritto non naturale*, Milano, 1955.

A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988.

A. di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, in Riv. crit. dir. priv., 1984.

A. di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.

A. di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.

A. di Majo, *Il rapporto tra debito e patrimonio del debitore*, in Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica, Italia e Spagna a confronto, a cura di G. Grisi, Napoli, 2014.

L. Di Nella, *Le pratiche commerciali "aggressive"*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2008.

W. Dilthey, *Der Aufbau d. geschichtl. Welt in den Geisteswiss.*, Ges. Schr., VII.

R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, 1997, trad. it. *I diritti presi sul serio* a cura di Rebuffa, Bologna, 1982, e a cura di N. Muffato, Bologna, 2010.

E

E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1903.

K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968.

K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, 1970.

J. Esser, *Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil*, Karlsruhe, 1960.

J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it., Napoli, 2010.

F

A. Falzea, *I principi generali del diritto*, Riv. dir. civ., XXXVII, 1991.

A. Falzea, *Relazione introduttiva*, in *Atti dei convegni lincei*, Roma, 1992.

A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999.

A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008.

- F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921.
- A. Ferrara, *Modernità e razionalità nel pensiero dell'ultimo Habermas*, *Fenomenologia e società*, XII, 1, 1989, 19.
- L. Ferri, *L'autonomia privata*, Milano, 1959.
- G. B. Ferri, *Il potere e la parola*, in *Il giurista artista della ragione*, a cura di L. Avitabile, Torino, 2000.
- G.B. Ferri, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal codice civile 1865 al codice civile 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986.
- G.B. Ferri, *Dalla clausola rebus sic stanti bus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988.
- F. Festi, *Il divieto di «venire contro il fatto proprio»*, Milano, 2007.
- W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Tübingen, 1977.
- H. v. Foerster, *Sistemi che osservano*, Roma, 1987.
- F. Forcellini – A. Iuliani, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e diritto privato*, 2013.
- F. Forcellini, *Note a margine di Corte cost. 5 aprile 2012 n. 78 in tema di anatocismo bancario e interpretazione autentica*, in *Giureta*, *Riv. diritto dell'economia dei trasporti e dell'ambiente*, 2013.
- L. Fuller, *La moralità del diritto*, trad. it. a cura di A. Dal Brollo, Milano, 1986.

G

H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, in *Gesammelte Werke*, B.1, Hermeneutik, I, Tübingen, 1990, Verità e metodo, tr. it. a cura di Vattimo, Milano, 1972.

F. Galgano, *La società per azioni*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'ec.*, VII, Padova, 1984.

C. Gangi, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, n. 19, *Arch.*, 89.

F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1954.

F. Gentile, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Padova, 2001.

A. Gentili, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici del contratto*, in *Riv. Dir. priv.*, 2009.

A. Gentili, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010.

A. Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2010.

L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Ead.*, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti-V. Velluzzi, Torino, 2008.

L. Gianformaggio, voce *Analogia*, in *Dig. Disc. Priv.*

M.S. Giannini, *L'analogia giuridica*, in *JUS*, 1942.

G. Giampiccolo, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, Riv. dir. comm., 1965.

J. Goldschmidt, *Problemi generali del diritto*, trad. it. a cura di T. Ravà, Padova, 1950.

G. Gorla, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto (Dal diritto romano-comune alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio del 1963)*, in Riv. Dir. Civ., 1966.

C. Granelli, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in Obb. Contr., 2007.

G. Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

G. Grisi, *Gli obblighi di informazione*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002.

G. Grisi, *Informazione (Obblighi di)*, in Enc. giur. Treccani, 2006.

G. Grisi, *Diritti e coesione sociale*, in Riv. dir. priv., 2012.

G. Grisi, *L'inadempimento di necessità*, in *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica, Italia e Spagna a confronto*, a cura di G. Grisi, Napoli, 2014.

U. Grozio, *De iure bellis ac pacis*, 1625.

R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.

M. Gutzwiller, *Sulla dottrina della "natura della cosa"*, in Fondazione ontologica del diritto e "natura della cosa", a cura di A. Mazzei e T. Opocher, Milano, 2011.

H

J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, II, Bologna, 1997.

J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2013.

A. Hayek, *The principles of a liberal social order*, in *Il Politico*, XXXI, 1966.

A. Hayek, *Ordinamento giuridico e ordine sociale*, in *Il Politico*, XXXIII, 1968.

H.L.A. Hart, *Postscript*, in Id. *The concept of law*, Oxford, 1961.

H.L.A. Hart, *Il concetto del diritto*, tr. it., Torino, 1965.

P. Heck, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, in *DJZ*, 1905.

P. Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tubinga, 1932.

P. Heck, *Gesetzesauslegung u. Interessenjurisprudenz*, Tübingen Mohr, 1914.

C. Heymann, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, I, Baden, 1951.

H. Heller, *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988.

T. Hobbes, *Elementi di legge naturale e politica*, trad. it. a cura di A. Pacchi, Firenze, 1968.

T. Hobbes, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, trad. it. a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, 1989.

T. Hobbes, *De Cive* in *Elementi filosofici sul cittadino*, trad. it. a cura di N. Bobbio, Torino, 1959.

A. Hoebel, *The law of primitive man*, Harvard, 1954.

D. Hume, *A treatise of Human Nature*, Oxford, 1967.

G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, trad. it. a cura di R. Cristini, Milano, 1998.

B. Inzitari, *Diversa funzione della chiusura nel conto corrente ordinario e in quello bancario. Anatocismo e commissione di massimo scoperto*, Banca borsa e titoli di credito, 2003.

N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004.

N. Irti, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

J

C. Jemolo, *I concetti giuridici*, Atti R. Accad. Delle Scienze di Torino, cl. Sc. Mor., vol. LXXV, t. II, 1940, ora in *La polemica sui concetti giuridici* a cura di N. Irti, Milano, 2004.

R. von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, trad. it. a cura di M.G. Losano, Torino, 1972.

R. von Jhering, *La lotta per il diritto*, trad. it. a cura di P. Piovani, Bari, 1960.

O. Justus Friedrich Runde, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, Göttingen, 1975.

K

H. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906.

A. Kaufmann, *Diritto naturale e storicità*, Jus, 1959.

A. Kaufmann, *Fünfundvierzig Jahre erlebte Rechtsphilosophie*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1991.

A. Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, trad. it. a cura di G. Marino, Milano, 2003.

A. Kaufmann, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2003.

H. Kelsen, *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre*, in JW, 58 (1929), trad. it., Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto, in Nuovi studi di diritto, economia e politica, 1931 e in Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti, Roma, 1933.

H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig und Wien, 1934.

H. Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation*, Revue Internat. De la théorie générale du droit, 1934.

H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, tr. it. a cura di S. Cotta-G. Treves, Milano, 1954.

H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989.

F. Kluge-A. Götze, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, Berlin, 1953.

M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1967.

L

E. Landsberg, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, Munchen-Berlin, 1910.

R. Lanzillo, *Regole del mercato e congruità dello scambio*, in *Contr. e impresa*, 1985.

P. Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, 1999.

A. Levi, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova, 1912.

G.W. Leibniz, *Observationes de principio juris*, in *Opera omnia, nunc primum collecta*, in *Classes distributa, præfationibus & indicibus exornata*, studio Ludovici Dutens, Fratres De Tournes, Ginevra, 1768.

G.W. Leibniz, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, trad. it, Torino, 2000.

J. Locke, *Saggio sull'intelletto umano*, trad. it. a cura di Pellizzi, Bari, 1972.

N. Luhmann, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologica e alla teoria del diritto*, a cura di R. De Giorgi, Bologna, 1995.

N. Luhmann, *L'autoproduzione del diritto e i suoi limiti*, Pol. dir., 1978.

N. Luhmann, *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, 2002.

C. Luzzati, *Principi e princípi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012.

N. Lipari, *Diritto e valori sociali: legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004.

N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

M

F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1966.

F. Macario, *Sovraindebitamento e procedure di esdebitazione per i debitori "non fallibili". Il completamento della riforma*, in Oss. dir. civ. e comm., 2012.

N. MacCormick - O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, 1985.

W. Maihofer, *Die Natur der Sache*, Arch. Für Rechts u. Sozialphilosophie, II, 1958.

W. Maihofer, *Recht und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt, 1954.

W. Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, Frankfurt, 1956.

G.F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957.

B. Markesinis, *Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany*, 115, L.Q.R. 47 (1999).

G. Marino, *Decisione, equità, Risikogesellschaft. Appunti dalla Rechtsphilosophie di Arthur Kaufmann*, in *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, a cura di L. D'Avack e F. Riccobono, Napoli, 2004.

S. Mazzamuto, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa dir. priv.*, 2003.

S. Mazzamuto, *Il mobbing*, Milano, 2004.

S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa e diritto privato*, 2008.

S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010.

S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, 2/2011.

S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, prima edizione riveduta e aggiornata, Torino, 2012.

S. Mazzamuto-A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.

S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, seconda edizione, Torino, 2015.

L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I.

L. Mengoni, *La parte generale delle obbligazioni*, Riv. crit. Dir. priv., 1984, ora in Scritti. II. Obbligazioni e negozio, a cura di A. Antonio - C. Castronovo - A. Nicolussi, Milano, 2011.

L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, Diritto e valori, Bologna, 1985.

L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Riv. crit. dir. priv., 1986 e in Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, vol. III, Il principio di buona fede, Milano, 1987.

L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale* (dir. vig.), in Enc. dir., XXXIX, Milano, 1988, ora in Scritti. II. Obbligazioni e negozio, a cura di A. Antonio - C. Castronovo - A. Nicolussi, Milano, 2011.

L. Mengoni, *La questione del "diritto giusto" nella società post-liberale*, in Rel. Ind., 1988, 13 ss., relazione al convegno di studio su "Diritto ed etica pubblica" organizzato da Comunità di ricerca – Istituto di studi e ricerche culturali, Milano, 29-30 gennaio 1988, ora in Scritti, I, Metodo e teoria giuridica, a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi, Milano, 2011.

L. Mengoni, *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1994.

L. Mengoni, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in Ars interpretandi, 1996.

L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.

L. Mengoni, *Intervento*, in Le ragioni del diritto. Teoria giuridica ed esperienze applicative, Milano, 1997.

L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in BBTC, 1997.

L. Mengoni, *L'insegnamento del diritto nell'Università Cattolica*, in Jus, 1997, I.

L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in Jus, 1998 ora in Scritti. I. Metodo e teoria giuridica, a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi, Milano, 2011.

L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2001.

G. Messina, *L'interpretazione dei contratti*, Macerata, 1906

L. Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012.

F. Modugno, *Sistema giuridico*, Enc. Giur. Treccani, Roma, 1993.

F. Modugno, *Principi e norme. La funzione imitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in Id. (a cura di) Esperienze giuridiche del '900, Milano, 2000.

F. Modugno, *L'interpretazione giuridica*, Padova, 2009.

F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*², Napoli, 2010.

B. Montanari, *Filosofia, metodo, diritto*, Napoli, 2005.

R. Müller-Erzbach, *Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines causale Rechtsdenkens*, Weimar, 1948.

N

R. Natoli, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1958.

U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Trattato di diritto civile e commerciale a cura di Cicu-Messineo, XVI, t. 2, Milano, 1984.

R. Nicolò, voce *Diritto civile*, Enc. dir., Milano, 1964.

L. Nivarra, *Ragionevolezza e diritto privato*, Ars Interpretandi, 2002.

L. Nivarra, *Clausole generali e principi del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in Europa e diritto privato, 2007.

L. Nivarra, *Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2011.

L. Nivarra, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in Eur. dir. priv., 2012.

L. Nivarra, *Le frontiere mobili della responsabilità contrattuale*, relazione al Convegno del 16 aprile 2015 presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi Roma Tre.

L. Nogler, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, Riv. Dir. civ., 1/2008, 44.

O

K. Olivecrona, *Law as Fact*, trad. it. Il diritto come fatto, Milano, 1967.

K. Olivecrona, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, tr. it., Milano, 1972.

K. Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà*, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976.

V. Omaggio - G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, 2010.

E. Opocher, *Considerazioni su alcuni equivoci inerenti al significato assiologico di “natura della cosa”*, in *Fondazione ontologica del diritto e “natura della cosa”*, a cura di A. Mazzei e T. Opocher, Milano, 2011.

R. Orestano, *Sociologia e studio storico del diritto*, in *Diritto – Incontri e scontri*, Bologna, 1981.

S. Orlando, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2011.

C. Osti, *Appunti per una teoria della “sopravvenienza”. La cosiddetta clausola “rebus sic stanti bus” nel diritto contrattuale odierno*, in Riv. dir. civ., 1913.

P

S. Pagliantini, *Il debito da eccezione a regola*, Relazione al convegno SISDIC tenutosi a Napoli il 9 maggio 2014.

L. Panzani, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento dopo il d.l. 179/2012*, in www.treccani.it/magazine/diritto.

G. Parodi, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Milano, 2012.

E. Paresce, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.

S. Patti, voce *Verwirkung*, *Digesto disc. Priv.*, sez. civ., XIX.

E. Pellicchia, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *NLCC*, 6/2013.

C. Perelman - L. Obrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. Torino, 1966.

V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.

G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010.

F. Piraino, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in Eur. dir. priv., 2010.

F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011.

F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo, Introduzione*, monografia in corso di pubblicazione.

A. Plaia, *Proprietà intellettuale e risarcimento del danno*, Torino, 2005.

S.L.B. Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, Francofurti et Lipsiae 1672.

S. Pugliatti, *Logica e dato positivo. In rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, Arch. Giur. Filippo Serafini, vol. CXIII, 1935, ora in *La polemica sui concetti giuridici*, a cura di N. Irti, Milano, 2004.

G. F. Putsch, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1829-1837.

G.F. Putsch, *Cursus der Institutionem*, Lipsia, 1875.

R

G. Radbruch, *La natura della cosa come forma giuridica del pensiero*, Riv. int. Fil. Dir., XIX.

G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sopra legale*, in AA. VV., *Filosofia del diritto*, a cura di A.G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori, Milano, 2002.

G. Radbruch, *Idea del diritto e materia del diritto. Uno schizzo*, trad. it. a cura di G. Berno, A. Mazzei, in *Fondazione ontologica del diritto e "natura della cosa"*, a cura di A. Mazzei e T. Opocher, Milano, 2011.

F. Ranieri, *Il principio di buona fede*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo- S. Mazzamuto, Milano, 2007.

P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Corr. giur.*, 2008.

P. Rescigno, *Notazioni sul principio di buona fede*, in *Il principio di buona fede*, giornata di studio Pisa, 14 giugno 1985, Milano, 1987.

G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme modern*, Paris, 1946.

G. Rojas Elgueta, *Allocazione del rischio di credito e insolvenza concorsuale: oltre la distinzione fra debitore civile e commerciale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013.

S. Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*, *Foro pad.*, 1964.

S. Rodotà, *Conclusioni: il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, giornata di studio Pisa, 14 giugno 1985, Milano, 1987.

S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.

S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

B. Romano, *Il diritto tra causare e istituire. Numeri del mercato e parole del diritto*, Torino, 2000.

Salv. Romano, *Buona fede (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959.

V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, Riv. dir. priv., 2007.

A. Ross, *Social Control – A Survey of the Foundation of Order*, New York, 1901.

A. Ross, *Diritto e giustizia*, tr. it., Torino, 1965.

A. Ross, *Direttive e norme*, tr. it., Milano, 1978.

D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

S

R. Sacco, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.

R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, v. X, Torino, 2004.

C. Salvi, *Abuso del diritto I*) Diritto civile, in Enc. giur. Treccani, I, Roma, 1998.

C. Salvi, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in Giur. it., 2011.

Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

G. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981.

F.K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840.

F.K. von Savigny, *Vermischte Schriften*, Berlin, 1850, rist. Aalen, 1968.

F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di Scialoja, Torino, 1886.

V. Scalisi, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in Riv. dir. civ., 2009.

V. Scalisi, *Il diritto naturale e l'eterno problema del diritto "giusto"*, in Eur. dir. priv., 2010.

V. Scalisi, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in Riv. dir. civ., 2011.

A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005.

C. Scognamiglio, *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, 1962.

C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.

C. Scognamiglio, *L'interpretazione*, Tratt. contr. diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, I contratti in generale², a cura di E. Gabrielli, t. II, Torino, 2006.

C. Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, NGCC, 2010.

C. Scognamiglio, *L'abuso del diritto*, in Contratti, 2012.

R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969.

V. Simoncelli, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, in Scritti giuridici, Roma, 1938.

G. Spoto, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007.

G. Spoto, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012.

R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911.

F. Stier-Somlo, *Deutscher Aufbau*, Bonn, 1919.

H. Stoll, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in 136 AcP, 1932.

T

G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

T. G. Tasso, *Oltre il diritto. Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Padova, 2012.

C. G. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Comm. diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995.

G. Teubner, *Die guten Sitten als Standard und Direktive*, Tübingen, 1970.

C. Thomasius, *Fundamenta Juris naturae et gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justae ac decori*, Halae-Lipsiae, 1718.

F. Tönnies, *Comunità e società*, Milano, 1963.

A. Torrente, *Eccezione di dolo*, in Enc. dir., XIV, Milano, 1965.

U

Ulpiano, *Istituzioni*, Digesto 1,1,1,3-6.

V

F. Volpi, *Tra Aristotele e Kant: orizzonti, prospettive e limiti del dibattito sulla «riabilitazione della filosofia pratica»*, in C.A. Viano (a cura di), *Teorie etiche contemporanee*, Torino, 1990.

G. Visintini, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979.

Z

G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Leggi, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

W

M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it. a cura di P. Rossi, Torino, 2003.

B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main, 1862, trad. it *Diritto delle Pandette*, Torino, 1925.

C. Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Frankfurt-Leipzig, 1740-1748.

