



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Metodologia della Scienza Giuridica

**FATTUALITÀ DEL DIRITTO E NEGOZIO GIURIDICO.
PROFILI TEORETICI DELLA «CAUSA IN CONCRETO»**

Relatore:

Prof. Antonio Punzi

Candidato:

Emanuela Caputo
matr. 146753

Correlatore:

Prof. Francesco Ricci

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

INDICE

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO I. ASCESA E DECLINO DELLO STATO MODERNO. DAL MITO DELLA LEGGE AL DIRITTO VIVENTE	6
1. Il processo di affermazione dello Stato	6
2. La Francia: laboratorio giuridico della modernità. Giacobinismo giuridico e codificazione napoleonica	12
3. Positivismo giuridico: il metodo della scienza e i contenuti della teoria	17
4. La crisi del paradigma statualista.	21
4.1. Il diritto vivente	24
4.2. La consuetudine: il fatto normativo per eccellenza	28
5. Interpretazione e applicazione del diritto	32
CAPITOLO II. SUPERAMENTO DI CONFINI: LA RIVINCITA DEL CONTRATTO	39
1. Il diritto globale	39
2. Vecchia e nuova lex mercatoria. Dal mito dello Stato alla mistica del mercato	46
3. L'evoluzione dell'autonomia privata attraverso le teorie sul concetto di <i>causa</i> del contratto	55
CAPITOLO III. UN PROBLEMA DI CERTEZZA: IL RUOLO DELLA SUPREMA CORTE	71
1. Dominare l'im-prevedibile	71
2. La crisi della fattispecie	74
3. Un contratto incalcolabile	78
4. La funzione nomofilattica della Corte di cassazione	80
	2

4.1. La riforma del 2006 e il recupero della nomofilachia	84
5. Diritto post-moderno ed eclissi del diritto civile	87
5.1. La giurisprudenza creativa	88
5.2. La funzione nomofilattica come risposta al post-modernità del diritto	91
6. Le clausole <i>claims made</i>	92
6.1. Sulla atipicità della clausola <i>claims made</i> e giudizio ex art. 1322, comma 2, c.c.	95
6.2. Sulla tipicità della clausola <i>claims made</i> : dalla meritevolezza alla causa concreta	98
CONCLUSIONI	100
BIBLIOGRAFIA	106

INTRODUZIONE

La questione della fattualità del diritto è da tempo oggetto di un assai acceso dibattito. Questione mai risolta in cui si registra l'incontro e lo scontro di opinioni e teorie molto eterogenee. Ciò non solo per il loro essersi sviluppate in epoche diverse e lontane tra loro, ma anche per la grande varietà di approcci da cui sono scaturite, nonché per la vastità delle problematiche e delle implicazioni sistematiche che a questo tema si intrecciano. D'altronde, potrebbe dirsi, questo rilievo non fa che mettere in luce la centralità di un argomento da cui dipende buona parte, se non l'intero, della concezione che complessivamente si ha o si propone del *fenomeno diritto*.

Per questa ragione è corretto parlare addirittura di *epoche* in cui il dibattito si è prolungato ed animato, arricchendosi di confluente storicamente determinate che, seppur nel tempo possono aver perso la carica argomentativa insieme con l'attualità, di certo conservano un valore teorico indispensabile per la ricostruzione del discorso. In effetti, l'evoluzione storica del fenomeno stesso del diritto può essere percorsa seguendo le tracce della questione in oggetto, anzi essa non può in alcun modo escludersi da una trattazione sulle numerose metamorfosi dell'universo giuridico.

Da simili osservazioni deriva l'impostazione del *Primo capitolo* di questa tesi. Si tratta, infatti, di una contestualizzazione storico-filosofica di quel momento di svolta che, segnando il passaggio alla modernità del diritto, ha rappresentato una vera e propria rottura di paradigma ed un cambio radicale nell'impostazione scientifica e politica del discorso giuridico. Lo snodo storicamente cruciale, naturalmente, è stato individuato nella *Rivoluzione francese*, con ciò che ne seguì fino alle *Codificazioni napoleoniche*; mentre il *fil rouge* del dibattito filosofico è stato seguito attraverso l'elaborazione teorica che dalle *teorie assolutistiche* del potere è giunta sino alla costruzione dello *Stato moderno*.

Svolte nel primo capitolo, la storicizzazione del problema, indispensabile all'edificazione di un ragionamento ordinato e completo, e la contestualizzazione filosofica degli argomenti, essenziale a inquadrare il loro comune nucleo teorico nonché a stabilire (quanto meno) le coordinate del loro comune lessico, naturalmente preparano ad una loro ricomposizione in un'ottica d'attualità. A ciò è predisposto il *Secondo capitolo*, in cui sono forniti cenni circa l'odierno dibattito in ordine al cosiddetto *Diritto globale* e a ciò che si usa definire *nuova Lex Mercatoria*. In questo capitolo, tuttavia, si è proceduto non soltanto all'analisi delle nuove forme assunte dalla vecchia questione, ma anche ad un progressivo restringimento dell'ambito

d'interesse, seguendone le implicazioni e rintracciandone le ricadute nelle trasformazioni intervenute nella concezione dell'*autonomia privata*.

Nel vasto campo di battaglia in cui primariamente si svolge il dibattito sulla fattualità del diritto nell'età contemporanea, infatti, si è circoscritto un perimetro su cui focalizzare l'attenzione della tesi, per evitare che uno sguardo troppo ampio impedisse di entrare nel vivo di una qualsiasi delle problematiche sollevate in seno al macroargomento in esame.

Lungo questo percorso, dunque, s'inserisce il *Terzo capitolo*, l'ultimo. Qui, entrando nello specifico dell'ambito precedentemente delineato, si è innanzitutto messo in luce quello che può esser considerato uno degli argomenti più problematici avanzati dai critici in generale della fattualità del diritto e, in particolare, delle sue implicazioni pratiche in relazione al tema della *causa del contratto*, vale a dire la *crisi della fattispecie*. A fronte di ciò si è poi provveduto a contrapporre a questo argomento la risposta che ad esso più frequentemente viene data dal fronte avverso, che s'impenna sull'essenziale *ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione*.

Nelle conclusioni, infine, avendo riscontrato l'impossibilità di optare radicalmente per l'una o l'altra delle posizioni emerse nel corso dell'elaborato, ci si è concentrati su una soluzione che, piuttosto che eliminare *tout court* il dissidio, si offre di ricondurne ad unità i contrasti.

CAPITOLO I

ASCESA E DECLINO DELLO STATO MODERNO. DAL MITO DELLA LEGGE AL DIRITTO VIVENTE

SOMMARIO: 1. Il processo di affermazione dello Stato. – 2. La Francia: laboratorio giuridico della modernità. Giacobinismo giuridico e codificazione napoleonica. – 3. Positivismo giuridico: il metodo della scienza e i contenuti della teoria. – 4. La crisi del paradigma statualista. – 4.2. *Il diritto vivente*. – 4.2. *La consuetudine: il fatto normativo per eccellenza* – 5. Interpretazione e applicazione del diritto.

1. Il processo di affermazione dello Stato

Nel suo *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Norberto Bobbio ha cura di operare una netta distinzione tra due modi di intendere il positivismo giuridico. In un primo senso, esso può essere inteso come quell'*approach* allo studio del diritto che comunemente si definisce *scientifico*: «in questa prima accezione [...] positivista è colui che assume di fronte al diritto un atteggiamento avalutativo, o oggettivo, o eticamente neutrale»¹. In secondo luogo, il positivismo giuridico può intendersi come *teoria*, vale a dire come «quella particolare concezione del diritto che collega il fenomeno giuridico alla formazione di un potere sovrano capace di esercitare la coazione: lo stato»².

Come osserva Bobbio, tra i due significati del sintagma *positivismo giuridico* sussiste certamente un nesso: «quando i giuristi alla fine del secolo XVIII si allontanarono a poco a poco dal diritto naturale, e furono attratti dallo studio del diritto positivo sino a risolvere la teoria del diritto naturale nella filosofia del diritto positivo, il diritto positivo che loro si presentava come oggetto di studio era il diritto ormai unificato del potere statale delle monarchie assolute»³. La notazione di Bobbio è importante perché evidenzia la natura storica e non logica del nesso tra i due modi di intendere il positivismo giuridico: «lo studio del diritto

¹ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. Laterza, Roma-Bari 2011, p. 89 (tondo aggiunto).

² *Ivi*, p. 90.

³ *Ibid.*

come fatto portava alla concezione statualistica del diritto, perché di fatto tutte le regole che i giuristi elaboravano come diritto vigente erano poste direttamente o indirettamente da organi dello stato. Il positivismo giuridico si è presentato come statualismo per ragioni storiche»⁴.

Del processo storico che ha portato all'affermazione dello stato moderno e, quindi, dello statualismo, Bobbio fornisce due importanti coordinate: la fine del secolo XVIII come sua conclusione e il potere delle monarchie assolute come sua scaturigine. Il lasso di tempo è assai ampio, e volendo fermare il procedimento a ritroso ad un momento preciso, conviene arrestare il passo al 1576, anno in cui Jean Bodin pubblica *Les six livres de la République*. In questa fondamentale opera, scritta in volgare francese, Bodin realizza la prima compiuta «formalizzazione teorica dell'assolutismo moderno»⁵. Si tratta però ancora di pura teoria, poiché il Sovrano che siede sul trono di Francia è, nel Cinquecento, ben lungi dal possedere un potere realmente *ab-solutus*. Scrive Paolo Grossi: «alla fine del secolo XVI restano [...] ancora molti spazii su cui il Principe non ha voluto o non ha potuto legiferare; ed è, soprattutto, il territorio dei rapporti quotidiani fra privati – quello noi chiameremmo “diritto civile” – ancora affidato al regolamento geloso del costume, delle consuetudini immemorabili rispettate e osservate da sapienti, giudici, operatori pratici»⁶. Come rileva Giovanni Tarello, infatti, ancora nel XVII secolo i sistemi giuridici risultano essere «complessi a causa della concorrenza di una pluralità di fonti; complicati, a causa dell'estrema varietà delle discipline dei soggetti e dei beni; antinomici e incoerenti, a causa dei frequenti conflitti di norme e di giurisdizioni»⁷. È in questo intricato groviglio che l'assolutismo monarchico si pone come quel «fattore di unificazione e di razionalizzazione»⁸ che opera una decisa politica di «accentramento giuridico»⁹. Accentramento, in primo luogo, legislativo, che riporta in auge formule quali «*quod principi placuit leges habet vigorem*» o «*si veut le roi, si veut la loi*», per cui «tutto il diritto è direttamente o indirettamente voluto dal sovrano»¹⁰, ma anche amministrativo e giurisdizionale¹¹, dove tali formule devono farsi prassi, nell'affermazione del principio per cui

⁴ *Ivi*, p. 91.

⁵ L. M. BASSANI e A. MINGARDI, *Dalla Polis allo Stato. Introduzione alla Storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino 2015, p. 61. Cfr. V. P. MORTARI, *Il potere sovrano nella dottrina giuridica del secolo XVI*, Liguori Editore, Napoli 1973, pp. 111 e ss.

⁶ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2007, p. 37.

⁷ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna 1976, p. 47 (tondi aggiunti).

⁸ *Ivi*, p. 48.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ivi*, p. 58.

¹¹ «Anteriormente al secolo XVIII la parola “*iurisdictio*” [...] indicava la titolarità e l'estensione di un potere giuridico di applicare diritto (di creazione sia altrui sia propria) e di produrre diritto (sia precedentemente, sia

«tutta la giurisdizione è direttamente o indirettamente amministrata dal sovrano o nel suo nome»¹².

Se nel Cinquecento Bodin pubblica la sua opera nel pieno delle guerre di religione francesi, nel Seicento è Thomas Hobbes a scrivere, nel caos della guerra civile inglese, altre pagine fondamentali per l'evoluzione teorica dell'assolutismo. La sua filosofia politica e giuridica, espressa perlopiù nel *De Cive* (1642) e nel *Leviatano* (1651), contiene, secondo Tarello, la «prima espressione del “positivismo giuridico” moderno»¹³, nonché un «modello teorico dell'organizzazione giuspolitica, che è quella del più coerente assolutismo, [che] è una delle premesse culturali dello Stato moderno»¹⁴. Il concetto di *sovranità* descritto da Hobbes è caratterizzato da tre attributi fondamentali che Bobbio definisce «i tre contrassegni della teoria hobbesiana dello stato»¹⁵: irrevocabilità, assolutezza, indivisibilità. La figura del sovrano che ne deriva, il «Leviatano», non può che possedere un potere assoluto e totale, che arroga a sé la facoltà di decidere il giusto e l'ingiusto. Più che di positivismo giuridico, infatti, nel pensiero di Hobbes dovrebbe parlarsi, a rigore, di *legalismo etico*¹⁶, cioè di una variante di quella terza forma di positivismo giuridico che Bobbio definisce *ideologica*¹⁷. Scrive Hobbes nel *De Cive*: «Prima del potere, giusto e ingiusto non esistevano, perché la loro natura è relativa al comando, e ogni azione, per natura propria, è indifferente. Che sia giusta o ingiusta, deriva dal diritto di chi comanda. Dunque i re legittimi rendono giuste le cose che comandano, con il comandarle; e ingiuste le cose che vietano, con il vietarle»¹⁸. Il comando ed il divieto costituiscono il contenuto di quelle che Hobbes chiama *leggi civili* o *leggi dello Stato*, vale a dire quei «comandi di chi è investito della potestà suprema sullo Stato, riguardo le azioni future

in concomitanza con l'applicazione); il carattere giuridico del potere e l'efficacia coercitiva del suo esercizio costituivano il designato della parola “iurisdictio”, molto più di quanto non lo costituisse il rapporto tra l'attività interpretativa di un diritto preesistente e la pronuncia del risultato di tale attività in riferimento ad un caso di specie [...]. Immediatamente collegato con questa concezione era uno stato di indistinzione tra le competenze che oggi chiamiamo giurisdizionali e quelle che oggi chiamiamo amministrative, nel senso che le formazioni di centri di potere politico [...] non seguivano partizioni su linee così formali quali sono quelle di ogni concepibile distinzione tra il provvedere alla tutela di interessi o alla decisione di loro conflitti e il dichiarare diritto» ivi, pp. 53-54.

¹² *Ivi*, p. 58.

¹³ *Ivi*, p. 59.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino 2004, p. 49.

¹⁶ *Ivi*, p. 56.

¹⁷ ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p; ID., *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1996, pp. 233 e ss.

¹⁸ T. HOBBS, *De Cive, XII-1*, Editori Riuniti, Roma 2018, p. 183 (tondo nel testo).

*dei cittadini*¹⁹. A questa stessa entità cui appartiene il potere di «*produrre e rendere pubbliche*»²⁰ le regole, Hobbes attribuisce anche le due *spade* della guerra e del giudizio, cioè il *diritto di guerra e pace* e la potestà di giudicare e il diritto di punire chi non obbedisce²¹. Da ciò, conclude Hobbes, «*è evidentissimo che in ogni Stato perfetto [...] vi è in qualcuno un potere supremo, tale che gli uomini non possono legittimamente conferirne uno maggiore; o tale che nessun mortale può averne uno maggiore. Ma un potere tale che uno maggiore non può essere trasferito a un uomo da parte degli uomini, lo chiamiamo ASSOLUTO*»²².

La teoria hobbesiana della concentrazione del potere è ben lontana dal farsi prassi se Cesare Beccaria, un secolo dopo, apre il suo capolavoro con questa descrizione del caotico panorama giuridico europeo: «*Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi ed involte in farruginosi volumi di privati ed oscuri interpreti formano quella tradizione di opinioni che da una gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi*»²³.

Invero, già nella prima metà del XVIII secolo si era manifestato un certo bisogno di mettere ordine nella confusione che regnava su entrambi i piani della produzione e dell'applicazione del diritto. È in questo periodo che si affacciano sulla scena storica dei primi *codici* di leggi con velleità di raccolte complete e organiche. Tuttavia è bene osservare, come fa Tarello, che si tratta soltanto di «*collezioni di leges attuate al mero fine della semplificazione del diritto e ispirate dalla sola ideologia della certezza e facile reperibilità delle fonti del diritto*»²⁴. Nient'affatto funzionali, dunque, ad una politica riformatrice del diritto, bensì espressioni di idee «*sodali con le tendenze dell'assolutismo all'accentramento della produzione e applicazione del diritto*»²⁵. Tale osservazione permette di operare un distinguo fondamentale nel successivo sviluppo di quell'importantissimo fenomeno che prenderà il nome di *illuminismo giuridico*. Lungi dal poter essere considerato come un tutto omogeneo, infatti, al suo interno si riscontra un essenziale iato tra l'«*ideologia della riforma politica dei sovrani assoluti, e "illuminati", del mondo germanico, che incominciarono verso la metà del Settecento a stimolare il processo di codificazione*»²⁶ quale espressione di una tendenza conservatrice; e

¹⁹ *Ivi*, VI-9, p. 133 (tondo nel testo).

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ivi*, VI-5,7,8, pp. 132-133.

²² *Ivi*, VI-13, pp., 135-136 (maiuscolo e tondo nel testo)

²³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Mondadori, Milano 2008, pp. 3-4.

²⁴ G. TARELLO, *op. cit.*, p. 223.

²⁵ *Ivi*, p. 222.

²⁶ *Ivi*, p. 227.

l'«ideologia di opposizione, o di fronda, che si esprime principalmente in quei paesi in cui le riforme non piovevano dall'alto, come ad esempio in Francia»²⁷, dove «tende ad assumere aspetti, e a progredire verso esiti, sovvertitori»²⁸.

Proprio in Francia, nel 1748, Montesquieu dà alle stampe *L'esprit des lois*, opera che inaugura il paradigma giuridico illuminista²⁹. Scavando in quella ricchissima miniera teorica che sono le pagine dell'*Esprit*, ciò che qui più interessa si ritrova nella formulazione di due principi destinati a segnare la storia del pensiero giusfilosofico: la concezione della *libertà politica* e la teoria della *separazione dei poteri*. Scrive Montesquieu: «è vero che nelle democrazie sembra che il popolo faccia ciò che vuole; ma la libertà politica non consiste affatto nel fare ciò che si vuole. [...] La libertà è il diritto di fare tutto quello che le leggi permettono»³⁰. Libertà politica si ha, secondo Montesquieu, «soltanto quando non si abusa del potere»³¹, ma «perché non si possa abusare del potere bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»³². La disposizione delle cose cui fa riferimento il barone e magistrato francese è, allora, proprio la separazione dei tre poteri tipici di ogni stato: il potere legislativo, il potere esecutivo «delle cose che dipendono dal diritto delle genti»³³ e il potere esecutivo «di quelle che dipendono dal diritto civile»³⁴, vale a dire il potere giudiziario. La dottrina della separazione dei poteri, con tutta evidenza, si contrappone alla politica accentratrice dell'assolutismo e Montesquieu ne deduce tre corollari che saranno centrali nella costituzione dello Stato moderno. All'identificazione del potere legislativo come *volontà generale dello Stato* (primo corollario), si accompagna di necessità, almeno per ciò che riguarda la repubblica come forma di governo, il concetto di *rappresentanza politica* (secondo corollario) per cui si formula l'equivalenza *volontà popolare = volontà dello Stato = legge*. A ciò si accompagna una concezione del potere giudiziario, in quanto momento successivo

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ivi*, p. 226.

²⁹ A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna 2016, p. 416.

³⁰ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, L. XI cap. III, Rizzoli, Milano 2007, p. 308. Cfr. D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli editore, Roma 2016, pp. 15 e ss.

³¹ *Ivi*, L. XI cap. IV, p. 309.

³² *Ibid.*

³³ *Ivi*, L. XI cap. VI, pp. 309-310.

³⁴ *Ibid.* «Montesquieu segue la terminologia corrente in Francia, e di origine romanistica, per cui “diritto civile” è termine generale, comprende anche il diritto penale, e non comprende invece i diritti particolari, il “diritto politico” e il “diritto delle genti”» G. TARELLO, *op. cit.*, p. 286 (in nota).

all'attività produttiva di diritto, come quel potere in «*qualche senso nullo*»³⁵ (terzo corollario) che per Beccaria si risolve in un *sillogismo perfetto*: «*la [premessa] maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena*»³⁶.

Elementi centrali, si è detto, nella costituzione dello Stato moderno ed è sempre in Francia che tali idee assurgeranno a veri e propri fondamenti. La Rivoluzione del 1789, infatti, consegna la vittoria alla classe borghese, portatrice proprio di quelle rivendicazioni sulle cui basi, sopra le ceneri dell'*Ancien Régime*, si costruirà lo Stato moderno. Va così realizzandosi l'aspirazione borghese di liberarsi dal dominio *personale* del sovrano per sottomettersi a quello *impersonale* della legge, emanazione dell'entità *sovrapersonale* dello Stato. Tale radicale capovolgimento di paradigma doveva passare necessariamente per l'abbattimento dei corpi intermedi, che in quanto centri eterogenei di potere minavano l'uniformità del diritto³⁷, e per l'edificazione di un corpo in grado di sostituirsi alla figura del monarca. Per far ciò, tuttavia, l'armamentario teorico dell'illuminismo soffriva di un grosso scarto rispetto al forte radicamento tradizionale degli antichi usi e alla robusta credenza nell'ascendenza divina del potere regio. Aveva, insomma, anch'esso bisogno delle sue credenze e dei suoi miti per poter rovesciare un sistema che su di

³⁵ MONTESQUIEU, *op. cit.*, L. XI cap. 6, p. 314. «*Il potere giudiziario, che appare collocato su un piano diverso dai primi due, in quanto privo di rilevanza politica, non avrebbe dovuto essere esercitato da un organo permanente, bensì da persone riunite per giudicare in certi periodi dell'anno, tratte dal popolo, non di formazione giuridica, della stessa condizione dell'imputato e da questi ampiamente ricusabili; in tal modo il potere giudiziario sarebbe diventato "invisibile e nullo". Il giudizio doveva essere l'espressione precisa della legge e il giudice, perciò, "la bocca che pronuncia le parole della legge"*» I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino 2002, p. 405 (spaziatura nel testo). Il virgolettato è tratto da MONTESQUIEU, *op. cit.*, L. XI cap. 6. Cfr. anche A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano 2014, p. 80 (in nota).

³⁶ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 17.

³⁷ «*Le forme, i dispositivi di legittimazione, l'orizzonte di senso entro cui il potere moderno si struttura rappresentano un salto di paradigma rispetto al mondo antico e cristiano-medievale, uno scarto che isola il "potere" centrando su di esso il fulcro dell'esperienza politico-giuridica: il potere legittimo diviene l'auto-riferimento decisivo della politica, all'interno della forma confinata dello Stato territoriale europeo. Ciò implica una drastica riduzione (ovvero una perdita) e allo stesso tempo un'invenzione creatrice (quindi un acquisto), almeno dal punto di vista della logica politico-concettuale profonda. Tale "semplificazione" esclude la necessità del ricorso agli apparati pre-moderni che rendevano il potere, o ciò che stava prima e al di sopra di esso, qualcosa di più del potere stesso; aggira, perché ormai inservibili o addirittura controproducenti, quei presupposti simbolici sulla cui base il fatto del comando e l'esercizio della forza sono stati incanalati, resi possibili, "avvalorati" nelle società tradizionali. Con la genesi del mondo moderno, il plusvalore insito in nozioni come quelle di auctoritas o di imperium viene "tagliato", o perlomeno fortemente ridimensionato, ai fini della giustificazione del fenomeno potestativo. Il quale diviene "puro potere", autonoma politicità del comando che si contrappone al pluralismo giuridico-ordinamentale di eredità medievale*», G. PRETEROSSO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Potere*, Ed. Laterza, Roma-Bari 2007, pp. XII-XIII.

essi si fondava, doveva ciò procedere per *mitizzazioni*³⁸: «l'illuminismo politico-giuridico ha bisogno del mito perché ha bisogno di un assoluto a cui aggrapparsi; il mito supplisce egregiamente alla carenza di assoluto che si è attuata e colma un vuoto altrimenti rischiosissimo per la stessa stabilità della nuova intelaiatura della società civile»³⁹.

2. La Francia: laboratorio giuridico della modernità. Giacobinismo giuridico e codificazione napoleonica

Analizzando il fenomeno rivoluzionario, come suggerisce Paolo Grossi, più come «progetto intellettuale»⁴⁰ che come sollevazione popolare, sono due i momenti cruciali che segnano il decisivo passaggio alla *modernità giuridica*: il giacobinismo giuridico e la codificazione napoleonica, il primo d'ordine prevalentemente (ma non solo) teorico e il secondo d'ordine immediatamente pratico.

³⁸ «Mitizzazione quale processo di assolutizzazione di nozioni e principi relativi e discutibili, mitizzazione quale trapasso di un meccanismo di conoscenza in un meccanismo di credenza» P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., p. 4 (tondo nel testo).

³⁹ Ivi, p. 46. «Il potere moderno è artificiale, costruito e giustificato a partire da una visione realistica e senza presupposti degli uomini come individui titolari di un'energia originaria, di un diritto-potere su tutto, che deve tuttavia essere dismesso, per produrre un ordine in grado di assicurare la sopravvivenza, ovvero la pacificazione (Hobbes). Tale matrice puramente umana, mondana della politica moderna, che pure non può sottrarsi alla necessità dell'istituzione del potere, lascia però un potente effetto impronta su di esso, laicizzandolo. Mentre l'auctoritas non solo poteva contare su un presupposto etico indiscusso (ovvero su contenuti di verità fondanti), ma ne era addirittura l'espressione eminente e garantita, il potere legittimo moderno poggia su una tabula rasa e può contare solo su stesso, cioè sulla propria efficacia. Il potere pre-moderno era sostanziale, quello moderno è esistenziale. Il primo trovava le proprie radici nella tradizione e nella religione, il secondo deve affrancarsi da queste, perché o non sono più utilmente fungibili, o addirittura risultano polemogene, fonti di conflitto estremo e di disordine [...]. Il potere moderno è allo stesso tempo portatore ed effetto del processo di "secolarizzazione". [...] Ma il concetto è polisemico: indica tanto un passaggio di contenuto teologico sul piano mondano quanto una sua trasformazione; tanto un affrancamento del potere dalla trascendenza quanto una sua persistente e magari trasfigurata dipendenza; tanto mondanizzazione quanto insuperabilità di un qualche richiamo ad una "ulteriorità" di senso, anche all'interno di discorsi di legittimazione mondani. In linea generale, comunque, secolarizzazione significa laicizzazione dell'ordine politico e deteologizzazione del diritto. Il punto è che, come ha mostrato Carl Schmitt, tale effetto di svuotamento di contenuti sostanziali si produce solo attraverso un concetto di potere che in qualche modo replica fittiziamente certe caratteristiche del "teologico", almeno dal punto di vista formale (possibilità di intervento "eccezionale" negli ordinamenti da parte della sovranità e sua funzione di "chiusura", di "punto limite" degli ordinamenti stessi; parallelismo tra concezioni sociali ultime, "metafisiche", e forme della legittimazione politica; carattere "irrazionale", asimmetrico, irregolare della fondazione originaria dell'ordine). [...] Il potere moderno si afferma come fonte puramente "volontaristica", abbandonata da Dio ma obbligata a surrogarlo. Così, tale potere esprime una sorta di "trascendenza politica" laica, secolarizzata» G. PRETEROSSO, op. cit., pp. XII-XIII.

⁴⁰ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., p. 131.

Maria Rosaria Ferrarese definisce quello medievale come un diritto «a bassa definizione»⁴¹: «un diritto poco formalizzato, affidato principalmente a regole elaborate socialmente, divenute consuetudinarie, che venivano trasmesse oralmente. Quel diritto non poteva contare su definizioni rigorose, né su regole dettagliate: esso esisteva ed era concepito essenzialmente per dare risposte alle esigenze pratiche della vita sociale, più che per corrispondere a griglie definitorie ed a rigorose distinzioni concettuali»⁴². Una situazione giuridica, come rileva Grossi, caratterizzata dall'«incompiutezza del potere politico [...], intendendo per incompiutezza la carenza di ogni vocazione totalizzante, la sua incapacità (ma anche indifferenza) a occuparsi di tutte le manifestazioni sociali e a controllarle, coprendo solo certe zone dei rapporti intersoggettivi e consentendo ad altre – e amplissime – la possibilità di poteri concorrenti»⁴³. Il termine *diritto*, insomma, può essere utilizzato in riferimento a quest'epoca solo a condizione d'intenderlo come *umbrella term* comprensivo (almeno) di «legislazione degli Stati, consuetudini locali, statuti cittadini e corporativi, diritto feudale, diritto romano comune, diritto canonico, giurisprudenza dei grandi tribunali»⁴⁴.

La classe borghese, dunque, avverte l'esigenza di consolidare il suo dominio, conquistato *plurimo sanguine* attraverso la Rivoluzione. Vuole, insomma, mettere al riparo il suo potere per non ripetere l'errore commesso dalla monarchia che, permettendo lo sviluppo di poteri antagonisti nel suo stesso seno, era finita decapitata. Occorre, quindi, *semplificare* e *unificare* l'esperienza giuridica, per soddisfare quella forte esigenza di autorità e ordine⁴⁵. Prende così forma il *mito* dello Stato, nuovo centro unificatore da porre al posto del monarca: «si avvertiva [...] che, per debellare il decrepito ma radicatissimo regime cetuale, occorresse uno Stato unitario e centralizzato, al cui interno non prosperassero più società intermedie ma cittadini livellati da una uguaglianza formale»⁴⁶. Scrive ancora Grossi, a proposito del giacobinismo giuridico: «vi è centrale l'idea di uno Stato, che ha per vocazione di trasformare la società e modellare il popolo e che, conseguentemente, è pensato e voluto come Stato forte, centralizzatore. Con due atteggiamenti complementari: sfiducia nel “sociale” dove circola strisciante un costume incontrollabile dall'autorità e permeabile invece da forze devianti [...]; fiducia e, quindi, completo affidamento al “politico” (inteso nel modo più stretto ed esclusivo),

⁴¹ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 45.

⁴² *Ivi*, pp. 45-46.

⁴³ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 12 (tondo nel testo).

⁴⁴ A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 376.

⁴⁵ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, Torino 2010, p. 2.

⁴⁶ *Ivi*, p. 208.

cui è assegnato il compito di una vigilanza permanente sulla società civile, da svolgersi grazie a una classe di professionisti organizzati in una comunità ideologicamente ben serrata (il partito)»⁴⁷. Si realizza così l'idea di *monismo*, per cui lo Stato monopolizza l'intera materia del diritto, unificando in sé il variegato panorama giuridico dell'*Ancien Régime*. Costruito il suo mito, lo Stato viene, *lato sensu*, personificato, in modo da identificare tutto il diritto solamente nella sua *volontà*. Volontà, naturalmente, che esprime nella *legge*: la legge è volontà dello Stato e tutto ciò che non è legge non è diritto. Occorre, dunque, far piazza pulita del resto.

Esisteva già, come si è accennato, qualcosa che portava il nome di *legge*, ma ciò cui mira la costituzione di questo ulteriore mito è l'identificazione totale tra essa e il diritto. Scrive Grossi: «*la legge ha dei meriti inoppugnabili agli occhi degli illuministi e dei rivoluzionari: è regola generale, astratta, rigida, ed è quindi strumento capitale per realizzare l'unità del reame, tagliano alle radici le formazioni sociali con i loro particolarismi giuridici*»⁴⁸. Sui caratteri della legge ci si soffermerà più avanti. Quel che qui più interessa è che il diritto non viene più inteso, nella sua accezione medievale, come termine onnicomprensivo di una varietà di regole di condotta derivanti da un'eterogenea pluralità di fonti, bensì come definizione coincidente con quella, ben ristretta, di *leggi*: «*uniche fonti che si pretende esprimano la volontà generale, che, grazie alla loro genericità e astrattezza, ben possono conseguire il risultato di una proiezione giuridica compattamente uniforme*»⁴⁹. Nel riferimento alla volontà generale riecheggia quell'equivalenza accennata da Montesquieu, fatta propria dal giacobinismo giuridico, che era uscita rafforzata dalla teoria rousseauiana.

Du Contrat social viene pubblicato nella primavera del 1762 e in esso, scrive Grossi, «*Rousseau ci offre, in un artefatto disegno oleografico, un paesaggio socio-politico trasfigurato in una sorta di paradiso terrestre: la volontà generale sempre retta e sempre tesa alla pubblica utilità, la legge quale dichiarazione pubblica e solenne della volontà generale, e, al di sopra, vero demiurgo nello Stato, il legislatore*»⁵⁰. L'equivalenza rousseauiana fra ragione, volontà generale, legge⁵¹, costituisce, dal punto di vista teorico, la pietra angolare del processo di costruzione del nuovo mito. Essa, infatti, permette di superare l'*odiosità* della legge, «*odiosa per quel suo piovere dall'alto, per quel suo spianare impietoso il territorio giuridico fino a*

⁴⁷ *Ivi*, pp. 133-134.

⁴⁸ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., p. 210.

⁴⁹ *Ivi*, p. 134 (tondo aggiunto).

⁵⁰ *Ivi*, p. 211.

⁵¹ *Ibid.*

*renderlo assolutamente piatto al di sotto delle sue regole generali»*⁵². La mitizzazione, dunque, «fu ottenuta immergendo la legge nel seno materno della volontà generale»⁵³, e questa impostazione teorica prenderà corpo nell'articolo 6 della *Déclaration* del 1789: «la legge è l'espressione della volontà generale». Tuttavia, per aversi «una chiara enunciazione della volontà generale – scrive Rousseau – è importante [...] che nello Stato non vi siano società parziali, e che ogni Cittadino si esprima solo a proprio nome»⁵⁴. È l'applicazione pratica di quest'idea ciò che Grossi definisce «“riduzione” giacobina della complessità sociale»⁵⁵, cioè quell'«operazione drasticamente riduttiva [per cui] l'universo socio-politico-giuridico veniva ridotto a due protagonisti, Stato e individuo, con una cancellazione pressoché totale della sua articolazione complessa»⁵⁶. Nel mezzo di queste polarità s'inscrive lo spazio giuridico in cui, con movimento discendente, s'instaura la dinamica della legge, esclusiva di ogni altra fonte di diritto⁵⁷.

Operazione non semplice, questa, di strutturazione *ex novo* del sistema giuridico che richiedeva una radicale rottura con il passato. Segno e concretizzazione di questo progetto fu il *Code civil* voluto da Napoleone. Se nell'*Ancien Régime* la produzione del diritto era *alluvionale, pluralistica, estra-statuale*⁵⁸, il *Code* interviene a riordinare il sistema delle fonti,

⁵² *Ivi*, p. 213.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Mondadori, Milano 2002, p. 52.

⁵⁵ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., p. 135.

⁵⁶ *Ivi*, p. 137.

⁵⁷ «La concezione della volontà dello Stato come unica fonte del diritto non è che lo svolgimento di un'idea nella quale si riassume il criterio obbiettivistico, cioè dell'idea che il diritto, di per se stesso, altro non sia che manifestazione di una volontà che s'impone ad altre volontà. Perciò, secondo codesto criterio, la realtà giuridica è realtà di “norme” o di “regole imperative”, ed il mondo del diritto non è concepibile che come mondo di ciò che “deve essere”, in contrapposto a quello di ciò che “è”. Ora è evidente, data l'esistenza, in una collettività di uomini, di un complesso di norme delle loro azioni, norme molteplici e diverse come molteplici e diversi sono i fini ai quali le azioni umane possono tendere, che tra codesti fini e quindi tra codeste norme in relazione a un determinato fine, si dovrà fare una scelta. Più norme, infatti, possono coesistere, come tali, rispetto a un unico fine e ad una stessa materia; una data norma vale in quanto esclude altre norme concorrenti, e un dato sistema di norme vale in quanto prevale su gli altri possibili in una materia data, i quali perciò, nei confronti del primo, o tollerati o irrilevanti o addirittura nemici. Posta quindi l'esistenza, in una società, di un complesso di norme, non si può non risalire a un principio supremo di scelta, che è tale in quanto emana dal potere sociale più alto e perciò prevalente, potere che è – e nel mondo contemporaneo non si può pensare che non sia – quello della più alta e più forte organizzazione politica, cioè dello Stato. Si forma così un sistema di norme, la cui norma suprema, o primo principio, coincide col criterio adoperato per sceglierlo fra tutti gli altri sistemi possibili; criterio basato sulla presenza di un potere normativo politicamente sovrano. In altri termini, questa supremazia o priorità di fatto (pratica, politica) degli imperativi statuali si trasforma irresistibilmente in priorità logica, ossia il concetto di un dato potere normativo si converte nel concetto del potere normativo» W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Quodlibet, Macerata 2018, pp. 16-17 (tondi nel testo).

⁵⁸ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., pp. 90-91.

ponendo al vertice di una rigida gerarchia, ovviamente, la legge. Antonio Padoa Schioppa richiama l'attenzione sul «*carattere esclusivo della nuova disciplina del Codice civile*»,⁵⁹ che risulta da due elementi:

a) l'esclusione di ogni altra fonte fino ad allora vigente: «*venne stabilito che dal momento della sua entrata in vigore le leggi, le ordinanze, le consuetudini, il diritto romano, la giurisprudenza delle Corti sovrane e ogni altra fonte di diritto avrebbe cessato di avere vigore nelle materie disciplinate dal codice stesso*»⁶⁰;

b) il divieto imposto al giudice di rifiutarsi di giudicare «*con il pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge*» (art. 4) cui si accompagna il venir meno del ricorso all'equità come fonte sussidiaria: «*il Codice diveniva fonte esclusiva, non eterointegrabile con altre fonti dal parte del giudice*»⁶¹.

Come evidenzia Ascheri, «*il codice vuole dare l'idea di una società pacificata e unificata*»⁶², abitata da un solo soggetto giuridico, il *cittadino* individualmente considerato. Il *Code civil* risulta così attraversato da una triplice tensione all'*unitarietà*, alla *completezza* e all'*esclusività*⁶³. Come scrive Maria Rosaria Ferrarese, le codificazioni «*corrispondevano a una sorta di livello superiore di sterilizzazione o pietrificazione dell'attività legislativa, che trovava una propria summa ed un proprio luogo unitario a garanzia di una compiuta geometria d'insieme*»⁶⁴. Il sistema statual-legalista, del resto, non può essere che un sistema unico, e perché possa restare tale è «*assunto come completo, e imposto come esclusivo*»⁶⁵. Cioè, scrive Aurelio Gentili: «*completo nel senso che la norma di ogni caso è prodotta o autorizzata da sovrano, in via diretta o grazie alla capacità del sistema di rinnovarsi ed integrarsi da se stesso laddove la sua volontà non si sia espressa, un moderno esegeta ha definito tutto ciò autopoesi. Esclusivo perché nell'ambito di efficacia della sovranità nessun altro diritto opera, a meno che sia da essa stessa eccezionalmente appropriato, per esempio attraverso un limitato rinvio a*

⁵⁹ A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 482.

⁶⁰ *Ibid.* «Questo passaggio merita una sottolineatura davvero speciale. Esso costituisce infatti una frattura profondissima nella storia giuridica europea, l'interruzione di un percorso millenario nella costruzione del sistema delle fonti normative. Il sistema del diritto comune cessava di esistere, in Francia, certo, ma la prospettiva sarà quella di una trasformazione radicale dell'ordinamento giuridico in tutta l'Europa continentale», R. FERRANTE, *Giusnaturalismo, illuminismi, codificazioni*, in AA. VV., *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Giappichelli, Torino 2016, p. 241.

⁶¹ A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 483.

⁶² M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2008, p. 275.

⁶³ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁴ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁵ A. GENTILI, *op. cit.*, p. 99.

regole fabbricate aliunde che, comunque, valgono solo in quanto volute dal princeps»⁶⁶. Come nota Padoa Schioppa, «siamo alle origini del moderno positivismo legislativo»⁶⁷.

3. Positivismo giuridico: il metodo della scienza e i contenuti della teoria

Grazie all'opera di Comte, Spencer e prima ancora Saint-Simon, dalla metà del secolo XIX, il positivismo si afferma come vero e proprio indirizzo filosofico, caratterizzato da tre tesi fondamentali:

- a) il metodo scientifico è il solo valido e la scienza è la sola conoscenza possibile;
- b) il metodo scientifico è puramente descrittivo;
- c) il metodo scientifico deve estendersi a tutti i campi del sapere e dell'attività umana⁶⁸.

La terza tesi, che ha piuttosto i connotati dell'auspicio, finisce col travolgere anche lo studio dell'ordine sociale e, segnatamente, la filosofia del diritto. L'applicazione dei dettami positivisti al mondo giuridico costituisce, appunto, quel positivismo giuridico come *approach* di cui parla Bobbio. Tale approccio mette sotto le lenti della nuova *scienza giuridica* il neonato Stato moderno e i suoi caratteri: si spiega così la contingente coincidenza storica di positivismo giuridico e statualismo. È possibile, tuttavia, tenere distinti i contenuti concettuali dell'uno e dell'altro, come afferenti ai differenti campi del metodo e della teoria.

Con una sintesi di raro nitore, Ehrlich individua così l'oggetto e il compito della scienza giuridica: «*come oggetto di ricerca, la scienza del diritto prevalente preferisce la proposizione giuridica a tutti gli altri fenomeni giuridici in quanto muove dal tacito presupposto che nella proposizione giuridica si trovi racchiuso l'intero diritto. Dato poi che, attualmente, quasi tutte le proposizioni giuridiche si pensano contenute in leggi facilmente accessibili a chiunque, il compito della odierna scienza del diritto consisterebbe esclusivamente nel raccogliere il materiale legislativo, stabilirne il contenuto mediante una propria interpretazione e utilizzare tale interpretazione nella letteratura giuridica e nella giurisprudenza*»⁶⁹. Per ciò che attiene in

⁶⁶ *Ibid.* (tondi aggiunti).

⁶⁷ A. PADOA SCHIOPPA, *op. cit.*, p. 483.

⁶⁸ Vd. N. ABBAGNANO, alla voce *Positivismo*, in ID. (a cura di), *Dizionario di filosofia*, terza edizione aggiornata e ampliata da G. FORNERO.

⁶⁹ E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano 1976, p. 585. Un altro illustre sociologo del diritto, Pierre Bourdieu, scrive: «*La "scienza giuridica" così come la concepiscono i giuristi – e in particolare gli storici del diritto che identificano la storia del diritto con la storia dello sviluppo interno dei suoi concetti e dei suoi metodi –, considera il diritto come un sistema chiuso e autonomo, il cui sviluppo non può che*

senso stretto ai suoi strumenti, nel metodo giuspositivista si rintracciano due elementi fondamentali, strettamente connessi tra loro: il non-cognitivismo etico e il formalismo giuridico. Il non-cognitivismo etico agisce sulla *scienza del diritto* escludendo dal discorso quei giudizi di valore morali che fanno di necessità riferimento a criteri di validità assoluti. È evidente il netto scarto rispetto alle dottrine giusnaturalistiche, costruite sul costante riferimento ad un diritto ideale ed eterno. Scrive Hans Kelsen, figura chiave del giuspositivismo classico: *«la giustizia è un ideale irrazionale. Per quanto essa possa essere indispensabile per la volontà e l'azione dell'uomo, essa non è però accessibile alla nostra conoscenza. All'uomo è dato soltanto il diritto positivo o, più esattamente, è dato come oggetto di ricerca»*⁷⁰. Da ciò si deduce, come evidenzia Francesco Viola, che *«bisogna liberare la scienza giuridica da questi giudizi morali non per il fatto stesso che sono "moralì", ma soprattutto perché non sono "scientifici"»*⁷¹. Il diritto positivo, dunque, è il solo oggetto della ricerca della scienza giuridica, e *«i giudizi di valore che la scienza ammette sono solo quelli intrasistemati»*⁷². Giudizi di valore che, si badi, non possono che essere relativi, perché basati su un *dover essere*, immanentizzato nella norma positiva, relativo. *«Ne consegue – scrive ancora Kelsen – che la categoria del "dover essere" (normatività) ha soltanto un significato formale, a meno che non sia riferita ad un contenuto determinato che solo è qualificato come "buono" o "giusto". Naturalmente, anche se si dichiara che qualcosa è legittimo soltanto nel senso del diritto positivo, tale dichiarazione intende esprimere che esso è "retto" o "giusto" in un qualche modo. Poiché rimane ancora la possibilità che qualcosa di legittimo soltanto positivamente sia non buono o ingiusto da qualche altro punto di vista, la "bontà" e la "giustizia" incarnate nell'idea del diritto positivo possono esser soltanto un termine relativo. Esser "relativo" significa qui che un genere di condotta prescritto da una norma giuridica positiva è considerato come il contenuto di questo "dover essere" ed è conseguentemente "buono" e "giusto". Il*

essere compreso per mezzo della sua "dinamica interna". La rivendicazione dell'autonomia assoluta del pensiero e dell'azione giuridici si afferma attraverso la costituzione in teoria di un modo di pensare specifico, affrancato interamente dalle forze di gravità sociale. Il tentativo di Kelsen di fondare una "teoria pura del diritto" non è altro che il limite ultra-consequente dello sforzo di tutto il corpo dei giuristi per costruire un insieme di dottrine e di regole totalmente indipendenti dai condizionamenti e dalle pressioni sociali, e che è capace di trovare in se stesso il proprio fondamento» P. BOURDIEU, *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico*, Armando Editore, Roma 2017, pp. 59-60.

⁷⁰ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000, p. 59.

⁷¹ F. VIOLA, *La teoria della separazione tra diritto e morale*, in «Studi in memoria di Giovanni Tarello», II, Giuffrè, Milano 1990, p. 686.

⁷² *Ivi*, p. 687.

“dover essere” del diritto positivo può esser soltanto ipotetico. Ciò che segue necessariamente dalla natura del fondamento di validità che distingue il diritto positivo da quello naturale»⁷³.

Già nei *Lineamenti di dottrina pura*, Kelsen si riferisce all'utilizzo del termine *giustizia* «nel senso di positiva conformità col diritto»⁷⁴. «Secondo questo modo dire – prosegue Kelsen – il giudizio di giustizia esprime soltanto il valore relativo della conformità con la norma. “Giusto” è qui soltanto una parola diversa per dire “legale”»⁷⁵. La norma, dunque, assume quel ruolo di valore relativo, che l'idea di giustizia possedeva in quanto valore assoluto nelle dottrine giusnaturalistiche. Tuttavia, nota ancora Viola, «una norma consente giudizi di valore oggettivi solo a patto che la sua validità sia condizionata da fatti. I fatti che condizionano la validità della norma giuridica sono l'efficacia dell'intero ordinamento giuridico totale a cui la norma appartiene, la presenza di un fatto che crei la norma e l'assenza di un fatto che invece la annulli. Questi fatti rendono verificabile oggettivamente, anche se indirettamente, il valore di diritto e forniscono una garanzia di scientificità ai giudizi di valore relativi»⁷⁶. In ciò si riassume il secondo elemento fondamentale del metodo giuspositivista: il formalismo. Prendendo ancora a parametro di riferimento il sistema kelseniano, è norma valida quella emanata in conformità alle norme di un ordinamento valido. Nella concatenazione produttiva che fonda la validità del diritto positivo, non si danno elementi che non siano oggettivamente verificabili: una norma è giuridica se qualificata tale da un'altra norma. In effetti, Kelsen in proposito parla di «autoqualificazione del materiale che precede la qualificazione che deve effettuare la scienza giuridica»⁷⁷. Com'è noto, il riferimento di Kelsen al concetto di *ordinamento giuridico* inteso nella sua totalità non comporta un abbandono del punto di vista squisitamente *normativo*. L'ordinamento giuridico, infatti, è detto poggiare a sua volta sulla *Grundnorm*, la norma fondamentale, presupposto in base al quale «il materiale empirico che si presenta alla determinazione giuridica può essere inteso come diritto, cioè come sistema di norme giuridiche»⁷⁸. A proposito del formalismo, Paolo Grossi sintetizza in tre punti i requisiti necessari e sufficienti per aversi una norma: la *provenienza* da un determinato soggetto, il rispetto di una certa *procedura*, e la garanzia di un'adeguata *pubblicità*⁷⁹. Per concludere, sul

⁷³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milano 1959, pp. 400-401.

⁷⁴ ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, op. cit., p. 57.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ F. VIOLA, op. cit., pp. 687-688.

⁷⁷ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, op. cit., p. 49.

⁷⁸ *Ivi*, p. 98. Approccio diverso, di cui si tratterà più avanti, sarà quello di chi, Santi Romano ma non solo, sposterà l'oggetto centrale del discorso giuridico dalla *norma* all'*istituzione*.

⁷⁹ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., p. 137.

metodo, Gentili gli attribuisce due caratteri generali che vale la pena menzionare, il *dogmatismo* e il *cognitivismo*: «il dogmatismo serviva soprattutto ad organizzare la giurisprudenza in un discorso scientifico, come tale articolato per proposizioni generali ed astratte. Serviva insomma all'erezione del sistema. Invece, il cognitivismo – la fede in un'oggettiva, constatabile realtà giuridica – era espressione dell'identificazione, strettamente propria del positivismo, del diritto con la legge; utile a sua volta a sottrarlo alle incertezze del giusnaturalismo, ad identificarlo con l'organizzazione dello stato, a intrecciarlo indissolubilmente con la forza»⁸⁰.

Per ciò che, invece, attiene ai contenuti teorici del positivismo giuridico inteso come dottrina dello statualismo, conviene rifarsi alla brillante schematizzazione più volte proposta da Bobbio:

- a) riguardo alla definizione del diritto, la teoria della *coattività*;
- b) riguardo alla definizione di norma giuridica, la teoria *imperativistica*;
- c) riguardo alle fonti del diritto, la *supremazia della legge*;
- d) riguardo all'ordinamento giuridico nel suo complesso, la teoria della sua *completezza e coerenza*;
- e) riguardo al metodo della scienza giuridica, la sua considerazione come mera *ermeneutica* o *dogmatica*;
- f) riguardo al metodo dell'interpretazione, la sua considerazione come *attività essenzialmente logica*⁸¹.

A metà strada tra la teoria e il metodo, poi, si colloca un ulteriore elemento estremamente importante, la *certezza del diritto*. Come evidenzia Claudio Luzzati, «in molti casi non è chiaro se si tratti di un ordine estrinseco, imposta dalla scienza giuridica al proprio oggetto, oppure si tratti di un ordine intrinseco, del materiale giuridico stretto, che il giurista-scienziato si limita a riconoscere»⁸². Come *ordine estrinseco*, la certezza fa parte del metodo d'indagine della scienza giuridica. scrive Lopez De Oñate: «come, secondo la concezione positivista ed in particolare comtiana della scienza, quest'ultima non è che la previsione introdotta nella conoscenza del mondo, giusta la vecchia e grande formula *savoir c'est prévoir*, in cui è racchiusa la valutazione del soggetto che, contro l'apparenza, è anche nel positivismo, come in ogni grande filosofia, analogamente dunque a questa concezione della scienza, secondo la quale essa introduce la certezza nella conoscenza, può ben dirsi che il diritto con la sua norma

⁸⁰ A. GENTILI, *op. cit.*, p. 83.

⁸¹ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, *op. cit.*, p. 91.

⁸² C. LUZZATI, *Ancora sulla certezza*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», n. 23/2017, p. 7 (in nota).

*introduce la certezza nella vita sociale, garantendo la qualifica dei comportamenti possibili»⁸³. Intesa in questo senso, la certezza riflette l'esigenza metodologica di individuare la norma come elemento oggettivo, appunto, certo su cui fondare l'indagine. Come *ordine intrinseco*, d'altra parte, essa, «*invenzione recente dei sistemi continentali*»⁸⁴, è elemento strutturale dell'impianto che costituisce l'oggetto della scienza giuridica. Invenzione recente, da far risalire proprio all'avvento dello Stato moderno e, quindi, della codificazione. È l'ordine imposto dal codice alla realtà giuridica, infatti, a soddisfare quella triplice esigenza alla chiarezza della norma, mediante l'enunciazione compiuta del disposto, alla sua conoscibilità, mediante la pubblicità dell'atto legislativo, e alla prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti, mediante la messa a sistema di un ordinamento completo ed esclusivo, basato su una rigida gerarchia delle fonti che non consente all'interprete di attingere a strumenti diversi da quelli approntati dalla legge.*

4. La crisi del paradigma statualista.

«*L'edificio costruito dalla scienza giuridica ottocentesca è ormai dovunque in rovina*»⁸⁵. Bobbio apre con questa constatazione il suo lavoro del 1942. Tale edificio, come sopra rilevato, poggia sui due pilastri teorici dello *statualismo* e del *legalismo*. Se, dunque, l'edificio è in rovina, ciò è da imputarsi senz'altro ad un cedimento delle sue fondamenta. A intaccare la solidità dei due caposaldi intervengono fattori corrosivi che, in un certo senso, sembrano tornare da un pur recente passato. Contro lo statualismo si afferma la teoria della *pluralità degli ordinamenti*, mentre contro il legalismo si erge quella della *pluralità delle fonti*⁸⁶. Come rileva Bobbio, queste due reazioni pluralistiche sono tra loro indissolubilmente intrecciate: «*siccome ogni ordinamento giuridico tende all'unificazione delle proprie fonti, ad appoggiarsi cioè su una fonte primaria, onde si costituisce una gerarchia delle fonti, è facile sorprendere in una molteplicità di fonti un'effettiva stratificazione di ordinamenti*»⁸⁷.

⁸³ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968, p. 49.

⁸⁴ C. LUZZATI, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁵ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁶ *Ivi*, p. 6.

⁸⁷ *Ivi*, p. 11. Lo stesso Bobbio avverte, tuttavia, che l'illuminarsi a vicenda delle due teorie non deve indurre ad una loro confusione: esse sono da intendersi «*strettamente legate l'una all'altra*» (*ivi*, p. 10), ma non identiche. Egli ribadirà questa posizione analizzando le teorie di Santi Romano, avendo cura di distinguere tra «*la teoria del diritto come istituzione che si contrappone alla teoria normativa e la teoria della pluralità degli ordinamenti*»

Tra i massimi teorici del pluralismo fu, senza dubbio, Santi Romano. Uscendo dal rigido schema dell'identificazione tra norma e diritto, egli considera quest'ultimo come concetto composto di tre elementi essenziali:

a) la *società*, vale a dire «un'entità che costituisca, anche formalmente ed estrinsecamente, un'unità concreta, distinta dagli individui che in essa si comprendono»⁸⁸;

b) l'idea dell'*ordine sociale*, «il che serve per escludere ogni elemento che sia da ricondursi al puro arbitrio o alla forza materiale, cioè non ordinata»⁸⁹;

c) l'*organizzazione*, o *struttura*, cioè la «posizione della stessa società in cui [il diritto] si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante»⁹⁰.

Dall'insieme di questi tre elementi, Romano giunge all'identificazione del concetto di diritto, inteso come «ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente»⁹¹, con quello di *istituzione*. Per poter essere qualificata come tale, l'istituzione deve soddisfare alcuni requisiti, che Romano non manca di specificare:

a) «deve avere un'esistenza obbiettiva e concreta, e, per quanto immateriale, la sua individualità deve essere esteriore e visibile»⁹²;

b) «è manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo»⁹³;

c) «è un ente chiuso, che può venire in considerazione in sé e per sé, appunto perché ha una propria individualità»⁹⁴;

d) «è un'unità ferma e permanente, che cioè non perde la sua identità, almeno sempre e necessariamente, pel mutare dei singoli suoi elementi»⁹⁵.

La seconda parte della sua opera si apre con un attacco frontale alla teoria statualista, secondo cui «non ci sarebbero [...] altri veri ordinamenti giuridici se non quello statale e

giuridici che si contrappongono alla teoria monistica o statualistica», ID., *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. Laterza, Roma-Bari 2007, p. 144. Si veda anche ID., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, pp. 12 e ss.

⁸⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Quodlibet, Macerata 2018, p. 37.

⁸⁹ *Ivi*, p. 38.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.* «L'espressione "diritto" in senso obbiettivo, secondo noi, può ricorrere in un doppio significato. Può, cioè, designare anzitutto: a) un ordinamento nella sua completezza ed unità, cioè un'istituzione; in secondo luogo: b) un precetto o un complesso di precetti (siano norme o disposizioni particolari) variamente raggruppati o sistemati, che, per distinguerli da quelli non giuridici, diciamo istituzionali, mettendo così in evidenza la connessione che essi hanno con l'ordinamento intero, ossia con l'istituzione di cui sono elementi, connessione che è necessaria e sufficiente per attribuire loro carattere giuridico», *ivi*, pp. 38-39.

⁹² *Ivi*, p. 44.

⁹³ *Ivi*, p. 45.

⁹⁴ *Ivi*, p. 46.

⁹⁵ *Ivi*, p. 47.

quello interstatale: gli altri sarebbero pertinenze, immediate o mediate, del primo, elementi integranti del suo sistema, o, al più suoi satelliti. Il diritto non sarebbe che una forza o una volontà, che si irradierebbe dallo Stato [...] e soltanto da esso»⁹⁶. Secondo Romano, al contrario, vi sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni e, in contrapposizione al sistema hegeliano dello Stato come totalità etica, egli sostiene che «colui il quale concepisce lo Stato soltanto come una delle forme, sia pure la più evoluta, della società umana, e non ha motivo di attribuirgli una divinità»⁹⁷, che si nega alle altre che l'hanno preceduto o che vivono contemporaneamente ad esso, deve altresì ammettere che l'ordinamento di queste sia da considerarsi giuridico, non meno e non a titolo diverso dell'ordinamento statale»⁹⁸.

Già diversi anni prima della pubblicazione dell'*Ordinamento giuridico*, Romano aveva parlato, nel suo discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 all'Università di Pisa, di crisi dello Stato. Sorto «come divelto dal passato, quasi come creazione ex nihilo»⁹⁹, lo Stato moderno «credette di poter trascurare una quantità di forze sociali, che o s'illuse fossero venute meno, o alle quali non diede importanza, considerandole come semplici sopravvivenze storiche, destinate a scomparire in brevissimo tempo. Peggio ancora – continua Romano – spesso non volle riconoscere ciò che dimostrava di avere ancora un'indistruttibile vitalità, solo per timore che con tale riconoscimento potesse dare adito e pretesto alla ricostruzione del passato. Scomparsi e soppressi ceti e corporazioni, ridotti alla minima espressione persino i Comuni, non si volle porre di fronte allo Stato che l'individuo»¹⁰⁰. Si tratta, con tutta evidenza, di quella riduzione giacobina della complessità sociale, sopra vista, che finiva per disegnare un quadro politico-giuridico «eccessivamente semplice»¹⁰¹, ridotto alla dicotomia Stato-individuo per cui, come scrive Bobbio, «il vastissimo ambito dei gruppi e dei rapporti sociali è giuridicamente uno spazio vuoto»¹⁰². Ma questo spazio non è affatto vuoto, bensì attraversato dalla vivace dinamica della vita sociale «che non è mai dominata dalle regole giuridiche, [e che] ha continuato ad evolversi per suo conto e si è post in contraddizione con un sistema non

⁹⁶ *Ivi*, p. 98.

⁹⁷ «Lo Stato è volontà divina in quanto Spirito presente che si dispiega in figura reale e nell'organizzazione di un mondo», G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del Diritto*, Bompiani, Milano 2010, par. 270, p. 443 (il tondo nel testo). Cfr. anche: ID., *Il cammino di Dio nel mondo e lo Stato*, appendice al par. 258, in *ivi*, p. 617; ID., *Sistema dell'eticità*, in *Scritti di filosofia del diritto 1802-1803*, (a cura di A. Negri), Ed. Laterza, Roma-Bari 1962, pp. 233-234.

⁹⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 101.

⁹⁹ ID., *Lo stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano 1969, p. 5.

¹⁰⁰ *Ivi*, pp. 13-14 (tondo aggiunto).

¹⁰¹ *Ivi*, p. 13.

¹⁰² N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, op. cit., p. 1.

consono ad essa»¹⁰³, dando vita ad una situazione di fatto in cui «il diritto pubblico moderno [...] non domina, ma è dominato da un movimento sociale, al quale si viene stentatamente adattando, e che intanto si governa con delle leggi proprie»¹⁰⁴.

Guardare al di là di questo *processo riduzionistico*, svelarne la natura di «*semplificazione forzosa*»¹⁰⁵, secondo Grossi significa operare una «*riscoperta della complessità della società*»¹⁰⁶, cui scaturisce la «*riscoperta della complessità del diritto*»¹⁰⁷. La situazione che si determina, pertanto, e che costituisce il nucleo della *crisi* dello Stato, è caratterizzata dalla sostanziale perdita di quella compattezza del diritto che si riteneva raggiunta con l'opera di codificazione. Scrive Grossi: «*si incrinavano, con questo processo incalzante, anche le due colonne portanti dell'edificio: la separazione nettissima fra la sfera del diritto pubblico e quella del diritto privato; la separazione nettissima fra il mondo del diritto e quello dei fatti*»¹⁰⁸. La prima colonna è minata, come sopra visto, dall'imporsi storico, contro la finzione semplificatrice della dicotomia Stato-individuo, di una *terza dimensione*, la società, vale a dire «*di un "collettivo" diverso dallo Stato*»¹⁰⁹. La seconda colonna, edificata sul rigido monopolio statale della dimensione giuridica, «*è incrinata da un proliferare di fatti economici e sociali che corrispondono a esigenze nuove e che trovano osservanza da parte dei cittadini, prescindendo completamente dalla benedizione e appropriazione da parte del potere politico: fatti grezzi ma fatti osservati dalla comunità, e pertanto formanti già una giuridicità effettiva*»¹¹⁰. Risultato di questo *processo incalzante* è la formazione di due livelli di giuridicità: da un lato quello legale del *diritto formale*, dall'altro quello dell'esperienza quotidiana del *diritto vivente*¹¹¹.

4.1. Il diritto vivente

¹⁰³ S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi*, op. cit., p. 14.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 15.

¹⁰⁵ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, op. cit., p. 220.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 222.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 221.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.* (tondo aggiunto).

¹¹¹ *Ibid.*

«Il centro di gravità dello sviluppo del diritto non si trova nella legislazione, né nella scienza giuridica, né nella giurisprudenza, ma nella società stessa»¹¹². Con questa premessa, Eugen Ehrlich apre il suo *I fondamenti della sociologia del diritto*, e in queste poche righe, secondo Eligio Resta si condensa la definizione di *diritto vivente*, concetto di cui, in un lavoro specifico sul tema, egli avrà cura di individuare i contenuti essenziali.

«Un diritto vivente ha come caratteristica fondamentale quella di essere sempre eccedente; così come la vita è eccedenza rispetto alle sue forme»¹¹³. In primo luogo, dunque, l'eccedenza della vita rispetto al diritto legale, che non potrà mai racchiudere completamente nelle sue forme l'eterna dinamica dell'esistenza umana, e che Ehrlich rende con la suggestiva immagine del *fiume in uno stagno*: «anche oggi non tutto il diritto è racchiuso nelle norme giuridiche. La mole di queste è negli ultimi tempi talmente cresciuta, che certo non si dà al mondo alcun giurista che possa, senza perdere la ragione, prendere a conoscere tutte le disposizioni del solo suo Stato. E tuttavia la vita è ancora assai più ricca. Sarebbe tanto poco ragionevole pretendere di restringere in norme giuridiche l'intera varia complessità della vita, come voler racchiudere un fiume in uno stagno; si avrebbe così acqua morta, non viva corrente»¹¹⁴. Successivamente, Resta fa riferimento all'ulteriore significato di *performatività*, come proprio del diritto vivente: «in questo senso si può dire che il significato del diritto vivente è quello di un diritto attuale contro un diritto inattuale, che acuisce il solco tra diritto nei libri e diritto in azione»¹¹⁵. Performatività come manifestazione della dinamica, come senso profondo del participio presente che specifica la nozione di *diritto* in quella di *diritto vivente*. In terzo luogo, scrive Resta, «al diritto vivente si attribuisce effettività contro l'ineffettività del diritto "ufficiale" o formale»¹¹⁶. Il punto è problematico e dipende dalla prospettiva teorica da cui lo si guarda, ma in ogni caso il diritto vivente, fondandosi sulla *concreta osservanza*, mette in discussione anche la categoria teorica della *vigenza*. Da ultimo, Resta intende il diritto vivente come *diritto*

¹¹² E. EHRLICH, *Premessa*, in ID., *I fondamenti della sociologia del diritto*, op. cit.

¹¹³ E. RESTA, *Il diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari 2008, p. 32 (tondo nel testo).

¹¹⁴ E. EHRLICH, *La sociologia del diritto*, in ID., H. KELSEN e M. WEBER, *Verso un concetto sociologico di diritto*, a cura di A. FEBBRAJO, Giuffrè, Milano 2010, p. 75. «Voler rinchiudere il diritto d'un'epoca o di un popolo entro gli articoli di un codice sarebbe ragionevole quasi quanto voler catturare una corrente in uno stagno: la parte che vi entrerà non sarà più corrente viva, ma dell'acqua morta, e molta parte della corrente non vi entrerà affatto. Se si tiene anche conto del fatto che ognuno di questi codici era necessariamente superato dal diritto vivente nello stesso momento in cui era portato a compimento e continua ad essere superato ogni giorno di più, si può comprendere quale immenso e ancora inesplorato campo di ricerche si apra qui al moderno studioso del diritto», ID., *I fondamenti della sociologia del diritto*, op. cit., p. 587.

¹¹⁵ E. RESTA, op. cit., p. 33 (tondo nel testo).

¹¹⁶ *Ibid.* (tondo nel testo).

vincente, in quanto «*sistema capace di imporsi rispetto a modelli “soccombenti”*»¹¹⁷, in quanto, cioè, «*vita che vince sulle forme: il diritto non abita nei concetti ma nella comunità, nei gruppi, nell’esercizio concreto del potere e dell’influenza, nella religione, nella vita economica, nell’opinione pubblica*»¹¹⁸. In effetti, come evidenzia Grossi, con la riscoperta della complessità del diritto si celebra la *vittoria della società*¹¹⁹, che da spazio vuoto torna ad essere considerata luogo autenticamente politico, e tale successo si sostanzia nella «*consapevolezza nuova del nuovo giurista: il diritto esprime prima la società che lo Stato*»¹²⁰.

Di fronte a questa vittoria, che dovrebbe a rigore essere considerata una *rivincita*¹²¹, i *formanti*, scrive Resta riprendendo la fortunata definizione di Rodolfo Sacco, vanno cercati non più nella legislazione o nella scienza giuridica, bensì nelle *pratiche sociali diffuse*¹²². Sono quest’ultime, nient’altro che quei «*fatti grezzi ma osservati dalla comunità*» di cui, come sopra visto, parla Grossi. Ai due livelli di giuridicità da quest’ultimo rilevati, si badi, corrispondono altresì due diversi procedimenti formativi: *formale* per il diritto legale, *fattuale* per il diritto vivente¹²³: «*il diritto vivente è il diritto che, non formulato in proposizioni giuridiche, regola tuttavia la vita sociale*»¹²⁴. Si tratta, nel secondo caso, di una *genesì extra-legislativa* del diritto che restituisce, per così dire, *cittadinanza giuridica* a quei fatti che erano stati *esiliati* dall’imporsi della civiltà legalistica¹²⁵. Al fatto, dunque, si è costretti a tornare a riconoscere un ruolo importante, addirittura centrale, nella dimensione giuridica.

È ciò che sostiene la teoria della *fattualità del diritto*, secondo cui vi è «*inseparabilità tra fatti e diritto*»¹²⁶. I fatti, cioè gli «*elementi e accadimenti materiali, fenomeni naturali (fisici, geologici, climatici) ed economico-sociali (assetti economici strutturali, costumanze, comportamenti collettivi)*»¹²⁷, lungi dall’essere giuridicamente irrilevanti fino ad intervenuta appropriazione da parte di una autorità che li renda giuridici, «*hanno già in se una potenziale carica giuridica che attende solo di manifestarsi*»¹²⁸. In altre parole, «*trattandosi, in sostanza,*

¹¹⁷ *Ivi*, p. 34.

¹¹⁸ E. RESTA, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁹ P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, *op. cit.*, p. 222.

¹²⁰ *Ivi*, p. 223.

¹²¹ *Id.*, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015, p. 11.

¹²² E. RESTA, *op. cit.*, p. 29.

¹²³ P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, *op. cit.*, p. 222.

¹²⁴ E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, *op. cit.*, p. 592.

¹²⁵ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, *op. cit.*, p. 219.

¹²⁶ *Id.*, *L’Europa del diritto*, *op. cit.*, p. 34.

¹²⁷ *Ivi*, p. 20.

¹²⁸ *Ivi*, p. 21.

*di forze che si radicano nelle strutture profonde di una civiltà, che agiscono in basso e premono da sotto in su, fattualità del diritto significa che, fa parte di questo, si ha un adeguamento a quelle forze, a tal punto che la dimensione umana del diritto, legata alla conoscenza e alla volontà di individui e di gruppi, ne è profondamente incisa»¹²⁹. Osservando la linea di tendenza che attraversa la *pos-modernità*¹³⁰, «sempre più società, sempre meno Stato»¹³¹, la teoria della fattualità del diritto si concentra sull'«ordine naturale sociale economico»¹³² come ordine giuridico. Se il diritto legale dello Stato si limitava a galleggiare al di sopra della società, staccato da essa, di modo che «il separarsi dalla vita produce una condizione malinconica del diritto che vive di un suo mondo rarefatto che non ha un rapporto immediato con le cose e i loro corpi»¹³³, la teoria della fattualità intende invece immergersi nel ventre magmatico della società, per leggere quelle vive dinamiche che costituiscono un ordine giuridico ben più reale di quello codificato. È lì, infatti, che può riscoprirsi il tesoro nascosto, «ossia tutta la svariata gamma di ricchezze dell'universo giuridico»¹³⁴.*

L'impiego del verbo *leggere* non costituisce una scelta lessicale di stile, bensì sottende un'opzione di significato gravida di conseguenze. La teoria della fattualità del diritto, infatti, restituendo al *meta-legale* il suo posto al centro del paesaggio giuridico¹³⁵ e valorizzando la spinta che esso esercita *dal basso*, opera un capovolgimento radicale della natura stessa del diritto. L'esasperazione della dimensione *potestativa* del diritto, che conduce ad identificarlo in una «dimensione patologica della convivenza civile»¹³⁶, ha del tutto fagocitato la sua dimensione, al contrario, *fisiologica*, di dimensione stessa della vita sociale. Per questo, l'auspicio di un *ritorno al diritto* di cui si fa portatore la teoria della fattualità consiste nel recupero della sua «dimensione ordinativa assai più che normativa»¹³⁷. Si tratta, secondo Grossi, del recupero di una grande verità: «il diritto non è necessariamente legato a un apparato potestativo anche se normalmente così ci si manifesta; è invece legato alla società nelle sue più diverse estrinsecazioni, purché ci sia un fenomeno ordinativo e, insieme, la diffusa

¹²⁹ ID., *Ritorno al diritto*, op. cit., p. 34.

¹³⁰ Paolo Grossi fa partire questa nuova epoca dal 1918, anno che rappresenta «il più vistoso cippo confinario tra modernità e pos-modernità», *ivi*, p. 10.

¹³¹ *Ivi*, p. 11 (tondo nel testo).

¹³² *Ivi*, p. 34.

¹³³ E. RESTA, *op. cit.*, p. 54.

¹³⁴ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., p.54.

¹³⁵ ID., *Ritorno al diritto*, op. cit., p. 44.

¹³⁶ ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., p. 51 (tondo aggiunto).

¹³⁷ ID., *Ritorno al diritto*, op. cit., p. 11.

coscienza della valenza positiva di questo»¹³⁸. Come scrive Resta, insomma, «liberato dal vincolo stretto e monopolistico delle diverse “norme di decisione” – legislative, giurisprudenziali, regolamentari – il diritto si scopre oggetto non di prescrizioni ma di descrizioni scientifiche»¹³⁹.

Essendo, quello di fatto, un concetto *naturalistico*, occorre precisare che non tutti i fatti possiedono questa potenzialità giuridica. Si pone, dunque, come categoria più ristretta, quella del *fatto normativo*, cioè «*un fatto che ha in sé una carica capace di incidere a livello del diritto, fonte di osservanza da parte di una comunità grande o piccola, prescindendo da interventi estranei, per esempio di soggetti politicamente forti e investiti di pubbliche potestà*»¹⁴⁰.

4.2. La consuetudine: il fatto normativo per eccellenza

La consuetudine consiste in «*un fatto comportamentale, che si ripete durevolmente e che soltanto da questa ripetizione e dalla osservanza spontanea di un gruppo sociale trae la propria normatività*»¹⁴¹. Questa la definizione di Paolo Grossi, che considera la consuetudine il *fatto normativo per eccellenza*¹⁴², ponendola al centro dell’universo giuridico del diritto vivente. In effetti, in essa è possibile riscontrare proprio quei caratteri che Resta ritiene tipici di quest’ultimo.

In primo luogo, l’eccedenza. Come scrive Bobbio, «*nel diritto statutale non è possibile un’eliminazione totale della consuetudine, perché nella sfera d’interesse di ogni ordinamento, sia pure accentratore e totalitario, vi saranno sempre rapporti che o sfuggiranno alla disciplina legislativa o saranno inassoggettabili per la loro quantità e varietà ad una determinazione generale e statica come è quella della legge*»¹⁴³. La consuetudine, dunque, riflette quel regolarsi da sé della vita che eccede dalle forme del diritto, comprendo quell’area *calda* dei rapporti sociali che inevitabilmente esonda dagli argini della *fredda* legislazione statutale¹⁴⁴. In secondo

¹³⁸ ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit. p. 172 (tondo aggiunto).

¹³⁹ E. RESTA, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁰ ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., p. 220.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, op. cit., p. 29.

¹⁴⁴ E. RESTA, *Introduzione*, in ID., *op. cit.*, p. IX. Un discorso simile è quello fatto da Cesarini Sforza a proposito della «*trasformazione dei concetti giuridici in dogmi*»: «*sono questi il risultato di un processo di*

luogo, la performatività. Essendo la consuetudine costituita di per se stessa dal ripetersi costante e uniforme¹⁴⁵ del comportamento che ne è l'oggetto, la performatività ne costituisce forse il tratto più caratterizzante, trovando essa il «*proprio fondamento in se stessa, nel suo stesso farsi*»¹⁴⁶. Strettamente connesso alla performatività è il terzo elemento del diritto vivente, l'effettività. La consuetudine vive di effettività nella performatività: «*il diritto consuetudinario è un fatto normativo, e come fatto vale in quanto si fa. [...] La sua ragion d'essere sta nell'osservanza che la costituisce e la mantiene in vita*»¹⁴⁷. Infine, per ciò che attiene al suo carattere vincente, basterà considerare la realtà della sua insopprimibilità, con buona pace dell'intento rivoluzionario di Robespierre, che intendeva sostituire «*i principi alle usanze*»¹⁴⁸.

Scavando più a fondo negli elementi costitutivi del diritto consuetudinario, emergono con netta evidenza quegli aspetti di contrapposizione del diritto vivente rispetto al diritto formale: «*l'analisi del diritto consuetudinario, mettendo in evidenza, più che ogni altra teorica dissertazione, tutte le incrostazioni d'origine statualistica e legalistica, formatesi sulla definizione del diritto, [...], e mettendo in guardia dalla tradizionali e correnti unilateralità dommatiche, può giovare a guisa di "memento" e al fine di una chiarificazione*»¹⁴⁹.

L'idea in sé di un'eccedenza, come terreno d'espansione del diritto consuetudinario e, correlativamente, come riconoscimento di un'area destinata a rimanere *al di fuori* della disciplina legale, mina alle fondamenta la pretesa *completezza* dell'ordinamento statale.

Il diritto consuetudinario scardina, poi, la stessa concezione *volontaristica* del diritto. Bobbio sostiene che siano due i modi tipici di formazione di un'autorità sociale, «*intesa come*

*cristallizzazione concettuale, per cui le formule derivate dal "concepire" determinate norme acquistano un valore autonomo e indipendente dalla loro origine pratica. Ma mentre le norme hanno una realtà storica e perciò contingente, i dogmi fingono una vita metastorica e perdurano come idee assolute, anche quando le norme dalle quali derivano hanno perduto la loro primitiva funzione. Questo processo di cristallizzazione si manifesta anche nella tendenza alla stabilità che caratterizza le legislazioni, e che illude talvolta i legislatori convincendoli di aver compiuto opera definitiva. Contraddice infatti al concetto di norma, creata per dominare la vita, che essa debba, invece, lasciarsi sfuggire questa vita e rinunciare a plasmarla col proprio stampo. Ma è proprio misurandola dall'esterno del dogmatismo che appare tutta la distanza tra il diritto-norma e il diritto-vita, quello esaurientesi nella posizione di imperativi (formule astratte), quello sviluppantesi nell'attuazione di rapporti giuridici (fatti concreti)» W. CESARINI SFORZA, *op. cit.*, p. 18 (tondi nel testo).*

¹⁴⁵ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, *op. cit.*, p. 59.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 48 (tondo aggiunto).

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ M. ROBESPIERRE, *Sui principi di morale politica che devono guidare la Convenzione nazionale nell'amministrazione interna della Repubblica* (discorso alla Convenzione del 5 febbraio 1794), in *ID.*, *La rivoluzione giacobina*, a cura di U. CERRONI, Editori Riuniti, Roma 1975, p. 160. Vd. anche A. GENTILI, *op. cit.*, pp. 53 e ss.

¹⁴⁹ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, *op. cit.*, p. 30.

la forza coesiva della società organizzata»¹⁵⁰: da un lato vi è un modo incosciente e volontario, che coincide con il formarsi di una *tradizione*, dall'altro si trova un modo cosciente e volontario che coincide con il formarsi di una *volontà dominante*. La differenza tra i due processi è essenziale: «*la tradizione è un fatto che si svolge nel tempo, la volontà dominante un atto puntuale; la forza della tradizione è la sua origine immemorabile, la forza della volontà dominante, la sua attuale potestà di comando*»¹⁵¹. La distinzione è importante, poiché ai due modi di formazione dell'autorità corrispondono le due fonti del diritto consuetudinario, fondato sulla tradizione, e del diritto legislativo, fondato sulla volontà dominante. La consuetudine è sì una concatenazione di singoli atti, ma l'autorità della tradizione, fondativa del diritto consuetudinario, non si ricava dalla successione di tali atti singolarmente voluti, bensì dalla circostanza «*che questi atti sono stati ripetuti per una logica implicita negli atti stessi durante un lungo e immemorabile periodo di tempo*»¹⁵². Si tratta, dunque, di un processo non voluto ed inconscio, *puramente naturale*¹⁵³: «*sino a che la tradizione è in formazione, i singoli atti che la vengono componendo sono atti volontari rispetto all'azione concreta, ma non sono volontari rispetto alla tradizione, che non esiste ancora*»¹⁵⁴. L'elemento della volontà, che nel procedimento di formazione del diritto legislativo ne costituisce un *prius*, in quello del diritto consuetudinario si pone come *posterius*, presupponendo l'esistenza della tradizione e contribuendo a conservarla.

L'idea della creazione inconscia e involontaria del diritto consuetudinario, che Grossi identifica nella sua caratteristica fondamentale di diritto nato *dal basso*¹⁵⁵, porta con sé conseguenze teoriche che, inevitabilmente, travolgono due tratti essenziali che la teoria statual-legalistica individua nella norma: la coattività e l'imperatività. Tanto il primo, secondo cui il diritto è «*un sistema di norme che vengono fatte valere con la forza*»¹⁵⁶, quanto il secondo, «*secondo cui le norme giuridiche sono comandi*»¹⁵⁷, risultano infatti incompatibili con l'idea di una formazione spontanea del diritto. A nulla varrebbe, inoltre, l'obiezione per cui l'*opinio iuris seu necessitatis*, ossia l'idea per cui «*ogni singolo utente deve compiere l'atto formativo della consuetudine giuridica con la convinzione o credenza o sentimento o coscienza che sia*

¹⁵⁰ *Ivi*, p. 31.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ivi*, p. 32.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, op. cit., p. 24.

¹⁵⁶ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 91.

¹⁵⁷ *Ibid.*

*necessario cioè obbligatorio, perché conforme ad una norma giuridica, e l'atto contrario, come atto illecito sia possibile di una sanzione»¹⁵⁸, considerata come elemento costitutivo della norma consuetudinaria, altro non sarebbe che un'introduzione del comando e della forza nel ventre stesso del suo procedimento formativo. Come ha chiaramente messo in luce Bobbio, il cui raffinato ragionamento non è possibile riportare qui per intero, «la credenza dell'obbligatorietà di una norma non sorge durante il processo di formazione, ma alla fine, quando la norma consuetudinaria è già formata. Ciò significa che l'opinione non è una condizione, ma una conseguenza del processo formativo della consuetudine, e ingenera l'idea che mentre debba essere esclusa dal novero degli elementi costitutivi, possa essere salvata come elemento probativo»¹⁵⁹. In altre parole, spiega Bobbio, l'*opinio iuris* «non concorre alla formazione della norma, ma ne garantisce l'efficacia»¹⁶⁰.*

Il riferimento all'efficacia rimanda all'ulteriore tema, in chiaro contrasto con la dottrina formalistica, della coincidenza, già rilevata, nel diritto consuetudinario, tra validità ed effettività. Dal criterio squisitamente formale ci si sposta, dunque, per l'individuazione del diritto, al segno distintivo dell'*osservanza* che, come scrive Grossi, permette di «ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà circostante»¹⁶¹. La differenza nell'impiego di uno o l'altro dei criteri è quanto mai evidente: «se il principio di validità trae origine da una precisa premessa: la irrilevanza dei fatti o, comunque, la loro completa svalutazione, il principio di effettività, nella sua attenzione a quanto avviene a livello della piattaforma fattuale, tende a costruire un ordine giuridico in coerenza con le forze circolanti in quella piattaforma»¹⁶².

Altro segno distintivo del diritto consuetudinario è il suo nascere, oltre che dal basso, dal particolare, «giacché ciascuna consuetudine è anche specchio di esigenze e interessi di gruppi particolari o di ristretti ambiti locali»¹⁶³. Entra qui in gioco il carattere della *generalità*, considerato dalla dottrina legalistica alla stregua di requisito essenziale della norma. Come rileva Bobbio, tuttavia, si tratta di un caso di confusione concettuale tra due requisiti da tenere invece ben distinti: da un lato la *generalità*, vale a dire la «riferibilità della norma non ad una persona determinata, ma ad una classe di persone rappresentanti un tipo»¹⁶⁴, dall'altro

¹⁵⁸ ID., *La consuetudine come fatto normativo*, op. cit., p. 57.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 60.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 61 (tondo aggiunto).

¹⁶¹ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, op. cit., p. 28 (tondo aggiunto).

¹⁶² *Ibid.* (in nota).

¹⁶³ ID., *L'Europa del diritto*, op. cit., p. 26.

¹⁶⁴ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, op. cit., p. 25

l'astrattezza, vale a dire la «riferibilità non ad una singola azione, ma ad una classe tipica di azioni»¹⁶⁵. Solo questo secondo requisito può, secondo Bobbio, ritenersi essenziale, ma la confusione operata dalla classica dottrina delle fonti conduce ad una loro impermeabilità rispetto a quei fatti normativi «capaci soltanto di una normatività individuale»¹⁶⁶. Eppure, continua Bobbio, «non vi è ordinamento giuridico che non conosca norme individuali, onde la necessità di prendere in considerazione, nella teoria delle fonti, anche i fatti costitutivi di norme individuali»¹⁶⁷.

Sono due, in particolare, gli atti tipicamente produttori di norme individuali che costituiscono i punti terminali della consuetudine o, per dirla con Ehrlich, le *testimonianze* del diritto vivente¹⁶⁸: la *sentenza giudiziaria* e il *contratto*. Entrambi, che nello Stato moderno «sono degradati a veicoli della volontà generale della legge verso la volontà individuale dei singoli»¹⁶⁹, assumono dunque nella teoria della fattualità del diritto un ruolo preminente nell'universo giuridico. Invero, sarebbe più corretto dire che ad essi viene restituito quel ruolo che essi originariamente possedevano e che, con esso, contratto e sentenza di riappropriano della loro funzione primigenia.

5. Interpretazione e applicazione del diritto

L'avvento di legalismo e statualismo, affermatosi con il mito del Codice, non determina soltanto l'*esilio dei fatti*. Un'operazione simile sarebbe stata di per sé insufficiente in relazione al programma di uniformazione e d'irrigidimento della legge. Quest'ultima, infatti, soffre, dal punto di vista legalistico, una *mala sorte*¹⁷⁰: «proprio perché norma generale astratta rigida, per poter regolare un concreto fatto di vita, ha necessità di un tramite che le permetta di lasciare il suo cielo alto (anche se è un cielo fissato nelle pagine di un Codice) e calarsi nella terrestrità di un contratto, di un regolamento di confini, di un risarcimento per danni subiti, o, alla peggio, di un delitto perpetrato»¹⁷¹. Il *tramite* indispensabile di cui parla Grossi è, evidentemente, l'interpretazione/applicazione del diritto, «ossia l'attività intellettuale di un

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Ivi*, p. 26.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 28.

¹⁶⁸ E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, op. cit., pp. 593 e ss.

¹⁶⁹ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, op. cit., p. 28.

¹⁷⁰ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., p. 223.

¹⁷¹ *Ibid.*

giurista, cioè di uno che sa di diritto, il quale individua in una certa regola generale la possibile disciplina del caso concreto che ha dinnanzi»¹⁷². È l'attività, insomma, del giudice, del notaio, dell'avvocato, dello scienziato del diritto, ed è proprio con l'obiettivo di ridurre al minimo l'incidenza di questo tramite sulla vita del diritto che la condanna d'esilio ricade anche sui procedimenti di interpretazione/applicazione.

In Germania, la Scuola Storica di Savigny, che pur non si rifaceva ad un Codice inteso in senso moderno, bensì al Digesto giustiniano, aveva dato vita a quel filone che si chiamò *Pandettistica*, e che definiva se stesso come «metodo giuridico per definizione, o metodo scientifico di studio del diritto»¹⁷³. Idea fondamentale della Pandettistica era che l'ordinamento giuridico fosse un sistema completo e chiuso e che il giurista non dovesse «far altro che “trovare” la soluzione già presente nel sistema. Quest'ultimo avrebbe in sé la propria validità in quanto la sua logicità sarebbe garanzia di giustizia»¹⁷⁴. È lungo questa linea, manifestazione di una forte esigenza positivista, che si svilupperà la codificazione in Germania. D'altra parte, lì dove la codificazione era già avvenuta, in Francia, era nata l'*École de l'exégèse*. I giuristi di questa scuola, sacerdoti del culto del Codice, «accettarono in toto la teoria “positivistica” delle fonti proposta dalla Rivoluzione, ossia del primato assoluto della legge e della riduzione del diritto alla sola legge»¹⁷⁵. Avendo sposato in pieno il dogma della completezza del codice, e osservando con ossequioso rispetto il principio d'autorità, essi intendevano eseguire (e insegnare¹⁷⁶) la lettera della legge senza impiegare strumenti interpretativi diversi da una semplice parafrasi del Codice, effettuata lungo l'unica direttrice della volontà del legislatore. Seguendo lo studio di Bonnecase, Bobbio individua in cinque punti le caratteristiche fondamentali della scuola dell'esegesi:

- a) inversione dei rapporti tra diritto naturale e diritto positivo;
- b) concezione rigidamente statualistica del diritto;
- c) interpretazione della legge fondata sull'intenzione del legislatore;
- d) culto del testo della legge;
- e) rispetto del principio d'autorità¹⁷⁷.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ M. ASCHERI, *op. cit.*, p. 286 (tondi nel testo).

¹⁷⁴ *Ivi*, p. 287.

¹⁷⁵ *Ivi*, p. 289 (tondi nel testo).

¹⁷⁶ Vd. R. FERRANTE, *op. cit.*, p. 248.

¹⁷⁷ L'intera elencazione è tratta da N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, *op. cit.*, pp. 79 e ss.

Da questo impianto dottrinario, l'attività intellettuale degli operatori del diritto esce mortificata, svilita, ridotta ad un esercizio tecnico-burocratico, e non potrebbe essere altrimenti, si dice, perché sia garantita la *sacra* certezza del diritto: «*la legge esige di essere obbedita senza essere interpretata; da qui, la necessità della certezza e la concatenata strategia della certezza in ogni ordinamento strettamente legalistico*»¹⁷⁸. Il momento interpretativo non gioca alcun ruolo nel procedimento di creazione del diritto bensì, come scrive ancora Grossi: «*la produzione del diritto ha termine con la promulgazione del testo contenente la volontà del legislatore quale unico produttore, con la relevantissima conseguenza [...] che l'attività intellettuale di ogni interprete (e soprattutto del giudice) si riduce (non può non ridursi) nella rigida scansione logica del sillogismo benedetto in tante pagine illuministiche. Ecco, chiaramente, in che consiste, essenzialmente la cosiddetta certezza del diritto*»¹⁷⁹.

Commentando l'opera, già citata, di Lopez de Oñate sulla certezza del diritto, Francesco Carnelutti affronta il problema da una prospettiva interna al processo: «*l'esigenza della certezza assume, nel processo, un rilievo addirittura plastico nella formula della cosa giudicata, la quale pro veritate habetur; ma nel pro veritate haberi insieme con l'esigenza è posto il problema e le ingenue esasperazioni della formula, secondo le quali in quanto pro veritate habetur, res judicata facit de albo nigrum o aequat quadrata rotundis, proiettando una cruda luce sul valore di questo surrogato della verità. Intorno non solo al beneficio, ma al costo della certezza giuridica un processualista sa cosa pensare*»¹⁸⁰. È il costo della certezza del diritto ciò che, secondo Carnelutti, tanto Lopez de Oñate quanto i suoi (di Carnelutti) maestri, «*candidi adoratori della legge*»¹⁸¹, trascurano.

Una delle operazioni teoriche più ambiziose dell'opera di Lopez, accolta con grande entusiasmo da Calamandrei¹⁸², è l'identificazione di certezza del diritto e giustizia, ma è proprio questo procedimento a comportare il costo di cui parla Carnelutti. Esso, infatti, presume

¹⁷⁸ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, op. cit., p. 81.

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 56. «*I codici rappresentavano un edificio giuridico così complesso e minuzioso da richiedere un conseguente ruolo dei giuristi. La figura del giurista quale "fedele" interprete dei codici e delle leggi, al servizio dell'integrità del testo, e per salvaguardare la coerenza semantica del diritto, corrispondeva del resto ad una posizione tipica della filosofia illuminista, che perorava una piena prevedibilità delle regole giuridiche ed una scienza giuridica che agevolasse tale compito, tenendo i processi interpretativi nello stretto recinto dell'"esegesi"*» M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., p. 36.

¹⁸⁰ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, ora in F. LOPEZ DE OÑATE, op. cit., p. 198 (tondo aggiunto).

¹⁸¹ *Ivi*, p. 194.

¹⁸² «*M'è accaduto qualcosa che non capita tutti i giorni: leggere un libro giuridico tutto d'un fiato, con crescente consenso ed anche con crescente gratitudine dalla prima all'ultima pagina*», P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, ora in F. LOPEZ DE OÑATE, op. cit., p. 169.

un'«insidenza della verità della realtà e della realtà nella verità, che costituisce per il Lopez la chiave per risolvere l'antinomia tra equità e legalità»¹⁸³, presunzione per cui «l'ignoranza del legislatore, o, diciamo pure meno brutalmente, il suo errore è un assurdo che le leggi sono un modello e non hanno un modello, ossia sono sempre ciò che debbono essere»¹⁸⁴. Perché si possano identificare certezza e giustizia, dunque, il costo che si deve pagare è, con ogni evidenza, l'infallibilità del legislatore. In polemica, rispettosa e amichevole, con Calamandrei, Carnelutti trae spunto da una sua bella immagine sulle tecniche pittoriche dei ritrattisti per spiegare la distanza tra le loro rispettive posizioni: «per me [...] la legge (positiva, umana, giuridica, come la si voglia chiamare) è una copia, non un originale; questo non è la legge com'è, ma come dovrebbe essere e come dovrebbe essere si desume da quell'assidua osservazione della realtà, la quale ci finisce per rivelare l'ordine, ossia – specifica Carnelutti citando se stesso – “non tanto il complesso delle leggi empiricamente rilevate quanto quella loro totalità empiricamente non rilevabile, che gli uomini intuiscono ma non comprendono e verso la quale tendono in uno sforzo senza posa”»¹⁸⁵.

È nella ricerca di quest'ordine che la teoria della fattualità del diritto individua la funzione originaria dell'interpretazione, e ad essa la restituisce. L'interpretazione torna così ad essere momento interno al procedimento di formazione della norma, addirittura, secondo Grossi, quale suo «momento più rilevante, giacché è quello che determina il disciplinamento della fattispecie»¹⁸⁶. Si rafforza, pertanto, il ruolo dell'interprete, in senso ampio, «investito di una funzione valutativa che gli permetta di individuare il principio nel concreto dell'esperienza e convertirlo in strumento efficacemente disciplinatore del magma sociale»¹⁸⁷. Anche qui, tuttavia, v'è un prezzo da pagare. Stavolta esso consiste nel capovolgimento valutativo dell'incertezza del diritto, essenziale per il «recupero di una dimensione giuridica che sia veramente diritto, cioè realtà ben più complessa e variegata di un mero specchio della legalità legale, più ravvicinata a un insopprimibile modello giustiziale»¹⁸⁸.

Contro la dimensione squisitamente conoscitiva cui lo statual-legalismo aveva circoscritto l'attività dell'interpretazione, la teoria della fattualità del diritto vuole rimetterla al centro dell'intera dimensione giuridica, «come vita della norma nel tempo e nello spazio, carnalità

¹⁸³ F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 203.

¹⁸⁴ *Ibid.* (tondo nel testo).

¹⁸⁵ *Ivi*, pp. 202-203 (tondi nel testo). Il virgolettato è tratto da ID., *Introduzione allo studio del diritto*, Soc. ed. del «Foro Italiano», Roma 1943, p. 62.

¹⁸⁶ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ *Ivi*, p. 66.

della norma in quanto esercizio, prassi, uso»¹⁸⁹. Il riferimento alla carnalità rimanda alla sostanza corporea e dinamica del diritto vivente, alla sua *fangosità*¹⁹⁰. «La fonte di conoscenza di questo diritto – scrive Ehrlich – è, in primo luogo, il moderno documento giuridico; in secondo luogo, la osservazione diretta della vita sociale, degli scambi, delle consuetudini, degli usi di tutti i gruppi, non solo di quelli riconosciuti giuridicamente, ma anche di quelli ignorati o trascurati dal diritto»¹⁹¹. Si tratta, come sopra accennato, di alcunché di nuovo. L'osservazione diretta della vita sociale era l'attività tipica di giudici, notai e studiosi del diritto prima che lo Stato moderno, con la codificazione, imponesse il suo modello di perfetto *assolutismo giuridico*.

Alla metà del Trecento, i Glossatori avevano posto l'*interpretatio* al centro della *scientia iuris*, avendo cura di individuare i soggetti legittimati a tale esercizio creativo di diritto: «il principe, la cui *interpretatio* è “*generalis et necessaria*”, cioè vincolante per la generalità dei sudditi, ed è scritta in un atto normativo; la consuetudine, la cui *interpretatio* è “*generalis et necessaria*”¹⁹², cioè vincolante per tutti i membri della comunità, e non ha una sua consolidazione scritta; il giudice, la cui *interpretatio* è necessaria ma non *generalis* perché vincola solo le parti della controversia decisa; il maestro, la cui *interpretatio* è soltanto *probabilis*»¹⁹³. Con riferimento alla sentenza del giudice, quale «testimonianza del diritto vivente»¹⁹⁴, Ehrlich scrive: «lo storico del diritto che cerca di dedurre dalle sentenze il diritto di una certa epoca può scoprire, tutt'al più, ciò che a quel tempo era d'uso comune o comunemente diffuso, ma non ciò che era generalmente valido. [...] Tuttavia, malgrado la mancanza di proposizioni giuridiche, la norma di decisione non era arbitraria. Il giudice la ricavava sempre [...] dai fatti del diritto, cioè dalla consuetudine, dai rapporti di dominio o di possesso e, soprattutto, dai contratti. Dati questi fatti era data anche la norma; era impossibile separare la questione di fatto dalla questione di diritto»¹⁹⁵. Si tratta qui di quell'idea, espressa dallo stesso Ehrlich, della libertà di reperimento del diritto propria del giudice¹⁹⁶. Per sua stessa

¹⁸⁹ ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, op. cit., p. 73 (tondo aggiunto).

¹⁹⁰ ID., *Ritorno al diritto*, op. cit., p. 63.

¹⁹¹ E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, op. cit., pp. 592-593.

¹⁹² Nota Grossi: «Principe e consuetudine sono qualitativamente equiparati, essendo assolutamente estrinseca la circostanza della redazione scritta», P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 166.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, op. cit., p. 593.

¹⁹⁵ *Ivi*, p. 210 (tondo aggiunto)

¹⁹⁶ «Il giudice [...] deve sempre reperire da solo una norma di decisione, sia che egli decida sulla base di una proposizione giuridica, sia che decida senza una tale proposizione; solo nel primo caso, però, la norma

ammissione, tuttavia, le sentenze giudiziarie non sono testimonianze sufficienti, ed un indizio per ricavare un ulteriore, fondamentale, fonte risiede in quel «soprattutto» che mette in risalto i contratti tra gli altri *fatti del diritto*.

Allo stesso tempo, infatti, la consuetudine plasma le prassi negoziali per il tramite del notaio: *«la pratica negoziale proto-medievale è [...] all'insegna dell'atipicità; né poteva che esser così in una civiltà giuridica tanto profondamente consuetudinaria. L'uso aborrisce dalla modellistica rigida; i suoi stampi sono duttili e mutevoli, con un affidamento totale alle intuizioni del notaio e alla buona fede delle parti. Ben spesso la volontà delle parti contraenti era solo formalmente libera: immerse nelle spire di uno stringente universo consuetudinario, esse si rimettevano ai contenuti di cui gli usi si facevano portatori e che il notaio non mancava di segnalare»*¹⁹⁷. Il contratto è al centro dei rapporti tra consociati, costituisce il *medium* comunicativo che mette in relazione i membri della comunità, il luogo d'incontro e convergenza delle loro vite e dei loro interessi particolari. Non è un caso che il *Code civil* sia stato definito anche come documento di *«costituzionalizzazione del diritto privato»*¹⁹⁸. Esso, infatti, codificando tutte le dinamiche della società civile, costituì un tentativo di *«appropriazione dell'intera materia civilistica»*¹⁹⁹. Per questo si parla comunemente di *«Costituzione dello Stato borghese»*²⁰⁰, *«statizzazione” del diritto privato»*²⁰¹ o *«quintessenza della pace borghese»*²⁰²: il suo intento politico, oltre che giuridico, era quello di racchiudere in sé un insieme completo e autosufficiente di *«regole giuridiche disciplinanti gli istituti fortemente “costituzionali” della proprietà individuale e del contratto»*²⁰³.

Tentativo, beninteso, che poteva sembrare riuscito solo a chi aveva fatto professione di fede al testo sacro della nuova divinità dello Stato moderno. Invero, per quell'insopprimibile intrinseca vitalità che attraversa il magma sociale, che si chiama diritto vivente, destinata a

giudiziale di decisione è determinata dalla norma contenuta nella proposizione giuridica, mentre nel secondo caso essa viene reperita in modo del tutto autonomo», *ivi*, p. 212 (tondo aggiunto). Scrive Resta in proposito: *«La giurisprudenza, [...] oltre che adeguare il diritto alla necessità del tempo, risponde a quel libero reperimento del diritto nella pratica della vita da parte del giudice. Siamo così lontani dall'enfasi sui procedimenti deduttivi che tanto il civil law quanto il common law hanno riservato al giudice. Il disincantamento realistico in questo caso sfiora l'etno-metodologia. L'amministrazione della giustizia è stata da sempre esposta alle “correnti sociali, politiche, culturali” e la disponibilità del singolo giudice a tali influssi non dipende dalla razionalità o meno dei sistemi istituzionali, ma dalla sua personale propensione»*, E. RESTA, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁹⁷ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, *op. cit.*, p. 30 (tondo nel testo).

¹⁹⁸ I. BIROCCHI, *op. cit.*, p. 570.

¹⁹⁹ *Ivi*, p. 571.

²⁰⁰ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, *op. cit.*, p. 119.

²⁰¹ M. ASCHERI, *op. cit.*, p. 275.

²⁰² I. BIROCCHI, *op. cit.*, p. 575.

²⁰³ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, *op. cit.*, p. 119.

superare sempre le sterili strutture del diritto codificato, il tentativo si rivelò presto un'utopistica ambizione politica d'onnipotenza del legislatore. Il diritto privato, infatti, per dirla con Gentili, *resiste alla sovranità*, in quanto «*per natura permeato di libertà ed autonomia*»²⁰⁴. Il nocciolo di tale resistenza, scrive Gentili, è tecnico, «*il privato senza neppure volerlo mette a dura prova la chiusura del sistema. Perché la varietà delle sue attività lascia costantemente indietro la capacità del sistema di evolversi e di difendere la propria ostinata completezza*»²⁰⁵.

Il diritto vivente, si è detto, è la vita che vince sulle forme, ed è la vita pratica che elabora in continuazione l'istituto del contratto, non riducibile a semplice «*concetto predisposto in laboratorio*»²⁰⁶. Più che la legge, è la «*documentazione dei negozi*»²⁰⁷, secondo Ehrlich, a dominare la vita del diritto: «*il diritto vivente deve ricercarsi nei vincoli matrimoniali, nei contratti di compravendita, di affitto, di credito per l'edilizia, di mutuo ipotecario, nei testamenti e nei contratti ereditari, negli statuti di associazioni e di società commerciali, e non negli articoli dei codici*»²⁰⁸. Certo, ammette Ehrlich, «*il valore del documento sarebbe di gran lunga sopravvalutato se si pensasse di poter cogliere in esso, senza alcuna difficoltà, il diritto vivente*»²⁰⁹. Non l'intero documento, infatti, esprime il diritto vivente, «*ma solo quella parte che gli uomini osservano nella vita*»²¹⁰. È su questa parte, dunque, che occorre concentrare un'indagine volta a rintracciare quei fatti che, formati diffusi e osservati nella società, costituiscono il diritto vivente. È lecito pensare, dunque, che, tra i vari ed eterogenei contenuti del documento negoziale, un elemento nient'affatto trascurabile per l'individuazione del mutevole divenire del diritto vivente sia senz'altro la *causa*, come espressione prima e irrinunciabile della carnalità del contratto.

²⁰⁴ A. GENTILI, *op. cit.*, p. 100.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ E. RESTA, *op. cit.*, p. 29

²⁰⁷ E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, *op. cit.*, p. 595.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ivi*, p. 596.

²¹⁰ *Ibid.*

CAPITOLO II

SUPERAMENTO DI CONFINI: LA RIVINCITA DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Il diritto globale. – 2. Vecchia e nuova *lex mercatoria*. Dal mito dello Stato alla mistica del mercato. – 3. L'evoluzione dell'autonomia privata attraverso le teorie sul concetto di causa del contratto.

1. Il diritto globale

Di «rivincita del diritto privato»²¹¹ parla Guido Alpa nel suo *Diritto civile italiano*. È, quest'ultimo, un testo di storia prima che di diritto ed una tale notazione si colloca alla fine di un percorso lungo due secoli, lì dove la storia si fa attualità. E non è un caso, inoltre, che essa si collochi in un capitolo, l'ultimo prima del congedo, significativamente intitolato «i nuovi confini del diritto civile»²¹². La rivincita del diritto privato, o meglio la ribellione che ad essa prelude, avviene infatti innanzitutto ai danni dei *confini* ad esso variamente imposti dall'assetto politico istituzionale dello Stato moderno. La rigida schematizzazione tra alto e basso, così come quella tra dentro e fuori, si è dimostrata inadeguata ed oggi scricchiola al punto che alcuni ne proclamano già il definitivo superamento se non, addirittura, la rovinosa caduta.

Quella allo scavalco di confini è tendenza tra le più caratterizzanti del nostro tempo²¹³. Tendenza generalizzata che si manifesta in una varietà eterogenea di processi il cui complesso prende il nome omnicomprensivo di *globalizzazione*, che Maria Rosaria Ferrarese definisce riassuntivamente: «*la crescente tendenza delle varie parti del mondo a comunicare e connettersi reciprocamente*»²¹⁴. Fenomeno multiforme e dirompente, a detta di molti

²¹¹ G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, il Mulino, Bologna 2018, p. 552.

²¹² *Ivi*, pp. 549 e ss.

²¹³ Secondo Serge Latouche il «*trionfo dell'illimitatezza*» corrisponde «*al compimento, tardivo e tuttavia logico, della modernità, alla piena realizzazione del suo programma, in sostanza a una ipermodernità*» S. LATOUCHE, *Limite*, Bollati Boringhieri, Torino 2012, p. 16 (tondo aggiunto).

²¹⁴ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., p. 5. Per una problematizzazione della definizione di *globalizzazione*, scrive Guido Alpa: «*La riflessione sul significato di "globalizzazione" verte sui problemi aperti dalla rivoluzione informatica, dalla comunicazione planetaria via Internet, dalla economia finanziaria senza confini, dalla crisi della sovranità, dalla rivincita dell'individualismo, dalla evaporazione del Welfare State. Anthony Giddens, mentore di un Tony Blair degli anni felici, e fautore della "terza via", aveva*

inarrestabile²¹⁵, che coinvolge a vari livelli l'intero spettro dell'esperienza umana dei nostri giorni, la globalizzazione travolge anche il mondo del diritto con forza tale che è impossibile trascurarne gli effetti, acquisiti o in divenire.

Nell'analisi dell'evoluzione giuridica, avvenuta nell'ambito ed a causa della globalizzazione, e nel tentativo di inquadrarne le profonde metamorfosi, si è risposto ad un'emergente esigenza (ri)definitoria mediante l'elaborazione di un inedito sintagma: *diritto globale*. Si tratta di un'etichetta senz'altro discussa e discutibile, dai contorni tutt'altro che certi e dai contenuti tutt'altro che omogenei, ma ad ogni modo utile ad individuare una nuova dimensione discorsiva al cui interno è pur possibile riconoscere taluni caratteri distintivi e qualificanti.

Un primo tratto peculiare del diritto globale che emerge con tutta evidenza attiene alla sua *estensione*. In merito, infatti, si parla di un diritto *sconfinato*²¹⁶, sottolineando il carattere che forse più di ogni altro pone distanza tra esso e il diritto legislativo statale. La deterritorializzazione del diritto rompe lo schema interno/esterno, fondamentale per la concezione normativistica classica. Laddove quest'ultima, secondo l'insegnamento kelseniano, ancorava l'esistenza stessa della norma (e quindi del diritto) ad un preciso ambito di validità spaziale (e

*definito la globalizzazione come la connessione tra punti distanti del globo, tale da far sì che gli eventi, che accadono in un luogo distante geograficamente da un altro, possono incidere su quest'ultimo modellandone le condizioni economiche, le strutture sociali e finanche le istituzioni politiche. Così espressa, la formula di Giddens aveva avuto successo perché semplice e neutra. Ma non poteva risultare appagante. Il concetto di globalizzazione non è solo descrittivo, ma è anche prescrittivo. Alcuni, come Pierre Bourdieu, vedono nella globalizzazione la forma più completa dell'imperialismo moderno, cioè l'imposizione su scala universale di un modello particolare di società. E allora la stessa costruzione del concetto appare frutto di una operazione ideologica, in quanto tende ad accreditarsi come naturale portato dell'evoluzione della tecnica e dell'economia. Inconsapevolmente lo si accetta come un processo irreversibile e irresistibile, anche se viene costruito – sottolinea Luciano Gallino – dalle grandi potenze industriali. È l'atteggiamento che si nutre verso quel modello che condiziona le reazioni alla globalizzazione. Sulla base di quell'atteggiamento si dividono e si confrontano apologeti e critici. Gli apologeti coniugano globalizzazione e modernità, e ne esaltano gli effetti positivi, quali l'accelerazione dello sviluppo scientifico, il rafforzamento dell'economia di mercato, l'affermazione dei diritti individuali. I critici ne sottolineano invece gli effetti perversi, come il depauperamento delle popolazioni del Terzo Mondo, la distruzione dell'ambiente, l'uniformazione dei gusti e dei comportamenti, la compressione della sovranità statale, l'implosione delle nazionalità, il rafforzamento del terrorismo. Quale la risposta migliore? La contrapposizione frontale dei due schieramenti alimenta il dibattito e quindi la consapevolezza critica di tutti, ma finisce per appiattire il discorso e radicalizzare le valutazioni», G. ALPA, *Che cos'è il diritto privato?*, ed. Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 112-113 (tondi nel testo). Cfr. anche: A. SEN, *Identità e violenza*, ed. Laterza, Roma-Bari 2009, pp. 122 e ss.*

²¹⁵ Nel suo ultimo lavoro, Chantal Mouffe parla di «terreno egemonico stabilito da Margaret Thatcher intorno al dogma dell'assenza di alternativa alla globalizzazione neoliberale, il famoso "TINA" ("There Is No Alternative", appunto)» C. MOUFFE, *Per un populismo di sinistra*, ed. Laterza, Roma-Bari 2018, p. XIV.

²¹⁶ M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, ed. Laterza, Roma-Bari 2006.

temporale)²¹⁷, il diritto globale si presenta, invece, come privo di territorio o, per usare ancora le parole di Ferrarese, «*senza misura*»²¹⁸.

Occorre a questo punto specificare la differenza tra diritto globale e diritto internazionale essendo già stato quest'ultimo oggetto di studio della stessa dottrina pura²¹⁹. Il diritto internazionale delimitava un'arena in cui gli Stati, come unici attori, entravano in contatto tra loro attraverso una varietà di strumenti messi a punto dalla tecnica diplomatica, rimanendo ben salda la loro sovranità. In tal modo, quand'anche si fossero conclusi accordi tra Stati sovrani, questi, si dice, erano pur sempre «*padroni dei trattati*»²²⁰, di modo che lo spazio internazionale «*rimaneva nella piena disponibilità degli Stati*»²²¹, tra loro nettamente separati e indipendenti²²². Diversamente, nel diritto globale non solo cambiano radicalmente i rapporti tra gli Stati, interconnessi in un sistema reticolare «*non più uti singuli, ma uti socii*»²²³, ma entrano anche in gioco soggetti nuovi e diversi, con differenti finalità: «*l'esatto contrario di quei soggetti statali rappresentati come espressioni di una "volontà politica" che appariva illimitata proiezione di una sovranità "assoluta, non moderata da alcuna 'misura' esterna"*»²²⁴.

Piuttosto che nella dimensione dell'*antico* diritto internazionale, così come formatosi tra '600 e '700, allora, il diritto globale si manifesta sui diversi piani del diritto *sovranaZIONALE* e *transnazionale*. Anche queste due definizioni devono essere tenute tra loro distinte. Mentre, infatti, il diritto sovranaZIONALE «*è caratterizzato da una relativa continuità con il criterio dei*

²¹⁷ «*Poiché il contenuto possibile della norma è lo stesso del contenuto possibile dell'accadere effettivo, e poiché la norma si riferisce col suo contenuto a questo accadere effettivo, soprattutto al comportamento umano, è necessario che tanto lo spazio quanto il tempo in cui il comportamento umano determinato da una norma si realizza (o deve essere realizzato nel senso di una norma) siano determinati nel contenuto dalla norma stessa. La validità delle norme che regolano il comportamento umano in generale e quindi anche in particolare la validità delle norme giuridiche, è una validità spaziale e temporale in quanto queste norme hanno per contenuto dei fatti spaziali e temporali. Che la norma valga, significa sempre che vale per un determinato spazio e per un determinato tempo, cioè che si riferisce a fatti che possono soltanto succedere in qualche luogo e in qualche tempo. Il rapporto della norma con lo spazio e col tempo costituisce la sfera della validità spaziale e temporale della norma*», H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, op. cit., p. 52.

²¹⁸ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., pp. 66 e ss.

²¹⁹ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, op. cit., pp. 149 e ss.

²²⁰ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., p. 18.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ivi*, p. 22.

²²³ *Ivi*, p. 21.

²²⁴ *Ibid.* Il virgolettato è tratto da C. GALLI, *Genealogia della politica*, il Mulino, Bologna 2010 (nuova ed.), p. 7.

territori e dei confini»²²⁵, il diritto transnazionale, invece, «*non si rapporta più in alcun modo con i confini statali: li scavalca, li attraversa, li rende irrilevanti*»²²⁶. Solo quest'ultimo, dunque, può a rigore esser definito un *diritto sconfinato* ed è su questo che conviene concentrare il prosieguo del presente studio.

Maria Rosaria Ferrarese riconnette questo «*affrancamento dai confini*»²²⁷ del diritto transnazionale essenzialmente al suo *carattere privato*. Oltre a essere un diritto senza misura, quello globale è caratterizzato anche dall'essere un diritto *senza autori*. Il cosiddetto «*anonimato delle fonti giuridiche*»²²⁸, impensabile nella ristretta ottica di una legislazione intrastatuale, è elemento caratteristico di un diritto, com'è quello transnazionale, in cui il regolamento degli scambi e dei rapporti tra soggetti di diversi paesi è affidato allo strumento contrattuale che, per la sua elasticità, consente quella comunicazione altrimenti impedita dai differenti regimi giuridici. Il fenomeno è testimoniato dall'ampia diffusione dei cosiddetti *contratti in -ing* (leasing, factoring, franchising etc.), ma «*queste formule contrattuali – scrive Ferrarese – così ricorrenti nella nostra vita quotidiana, non hanno autori certi e identificabili e sono il frutto di una creatività diffusa tra vari soggetti economici e di assestamenti raggiunti grazie a competenze giuridiche diffuse*»²²⁹.

Appare sin d'ora evidente la ragione della tendenza regressiva, nel diritto globale, di quelli che sono i *caratteri forti* della legislazione statale: pubblicità, normatività e scrittura²³⁰. In primo luogo, oltre all'ingresso degli attori privati nel vivo delle dinamiche produttive di diritto, occorre registrare anche un particolare approccio degli Stati al diritto globale: «*lo stesso diritto pubblico, quando assume un passo globale, risponde alla ratio del mercato e dell'economia, piuttosto che al richiamo di un "pubblico interesse"*»²³¹. In secondo luogo, la normatività, elemento chiave del diritto legislativo²³², va perdendo quella centralità in un diritto a «*carattere*

²²⁵ *Ivi*, p. 138. «*Mentre continua ad essere contrassegnato da confini esterni, che coincidono con quelli del territorio europeo, corrisponde invece ad una attenuazione dei confini interstatuali, ossia della netta separazione giuridica tra gli Stati membri*» *ibid.* (tondi aggiunti).

²²⁶ *Ivi*, p. 139.

²²⁷ *Ibid.* «*Il diritto transnazionale configura l'ipotesi di "non luogo giuridico", che non si basa più su criteri di appartenenza a un territorio e a una identità statale, ma, al contrario, proprio sul distacco da questi. Esso infatti trova il suo cardine nella capacità di costruire regole e dispositivi giuridici che siano utilizzabili da un vasto numero di "utenti", anche se provenienti da tradizioni giuridiche e culture diverse*» *ivi*, p. 141. Il virgolettato è tratto da EAD., *Diritto sconfinato*, op. cit., p. 79.

²²⁸ *Ivi*, p. 56.

²²⁹ *Ibid.* (tondo aggiunto).

²³⁰ *Ivi*, p. 37.

²³¹ *Ivi*, p. 59.

²³² «*Il diritto è l'istituzione di una misura coattiva, di una sanzione, per quella condotta chiamata "illegale", cioè per un illecito; e questa condotta ha il carattere di "illecito" perché, e solo perché, è una condizione della*

prevalentemente regolativo e procedurale»²³³, in cui ai meccanismi del comando e delle sanzioni se ne sostituiscono altri «di carattere “promozionale”, che aiutano l’“effettività” del diritto»²³⁴. Ciò è massimamente evidente nel caso della *soft law*, «espressione che designa impegni giuridici che mancano di sanzione, e che dunque si affidano alla volontaria ottemperanza»²³⁵, su cui si dovrà tornare più avanti. Infine, persino il carattere della scrittura perde la propria rilevanza, «a vantaggio di una tendenziale oralità giuridica o dello *ius non scriptum*»²³⁶, come scrive Ferrarese, «in un ampio raggio di cambiamenti, relativi a varie sfere: alla sfera simbolica²³⁷, così come alla sfera della tecnica giuridica²³⁸, ed a quella delle prestazioni funzionali²³⁹»²⁴⁰.

Quanto appena detto solleva un paio di rilevanti osservazioni. Innanzitutto, la particolare configurazione del diritto globale sembra disegnare un panorama giuridico assai più vicino ai modelli del passato premoderno che non al sistema instauratosi dopo la Rivoluzione francese. Parrebbe, insomma, inverare almeno in parte l’auspicio di un ritorno al diritto, per dirla ancora con Ferrarese, *così com’era stato*, vale a dire ad un diritto «a bassa definizione»²⁴¹. In quanto caratterizzato dall’incompiutezza del potere politico, nonché da una molteplicità di attori e fonti, con il diritto globale «è come se fosse in atto un processo che tende a ridurre lo scarto che la modernizzazione aveva impresso al diritto, rimettendo questo in connessione con

*sanzione. [...] La dottrina pura del diritto si avvicina a una conclusione evidente soltanto quando formula la norma giuridica (usando il termine in senso descrittivo) come un giudizio ipotetico nel quale l’illecito si presenta come una condizione essenziale e la sanzione come la sua conseguenza. Il senso col quale la condizione e la conseguenza si trovano collegate nella norma giuridica è quello del “dover essere”» H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, op. cit., pp. 190-191.*

²³³ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., p. 59.

²³⁴ *Ivi*, p. 60.

²³⁵ *Ivi*, p. 61. Scrive Roberto Bin: «*soft law* rappresenta una produzione di regole che avviene per canali diversi dalle procedure formali tipiche delle istituzioni costituzionali di governo, e rinvia piuttosto a modi “nuovi”, comunque diversi di gestire processi decisionali complessi», R. BIN, *Soft law, no law*, p. 1, articolo online: <http://www.robortobin.it/ARTICOLI/Softlaw.pdf>.

²³⁶ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., p. 61.

²³⁷ «Sul piano simbolico [...] il diritto legislativo che replicava modalità “teologiche”, vedeva nella scrittura una modalità che assicurava solennità e stabilizzazione dei propri precetti» *ivi*, p. 63.

²³⁸ «Sul piano della tecnica giuridica, intesa come interpretazione, la scrittura assicurava una più salda chiave di chiusura semantica della comunicazione giuridica, mentre la dispersione dei significati generata da fonti diverse, che è propria del diritto globale, milita in opposta direzione» *ibid.*

²³⁹ «Sul piano delle prestazioni funzionali, se la legislazione aveva un chiaro riferimento nel “mito” della legalità, il diritto globale non può accampare tale pretesa e cerca chiavi diverse, spesso accontentandosi di “effettività”» *ibid.*

²⁴⁰ *Ivi*, pp. 62-63 (tondi aggiunti).

²⁴¹ *Ivi*, pp. 45 e ss.

un'epoca in cui l'organizzazione del diritto non era incentrata sugli Stati, e contava su un più ampio e flessibile registro di autori e di modalità di esistenza»²⁴².

Inoltre, ed è questa la seconda osservazione, la matrice privatistica del diritto globale svela la sua preminente vocazione economica²⁴³. Scrive Roberto Bin: «*La globalizzazione è il trionfo del mercato e il mercato, come aveva intuito già Adam Smith, è concorrente della politica, produce regole di comportamento che contestano quelle poste dal legislatore politico quando questi non si arrenda e si limiti a seguirle, emularle, eseguirle»²⁴⁴. Il riferimento ad Adam Smith è più che mai opportuno, essendo la globalizzazione un fenomeno strettamente connesso a (ove non del tutto coincidente con) le logiche capitalistiche del *laissez faire* e dell'espansione incontrollata del mercato²⁴⁵. Con sguardo critico, osserva Latouche: «*la globalizzazione è stata per il capitalismo una tappa decisiva sulla strada della scomparsa di ogni limite. Infatti permette di investire e disinvestire dove si vuole e quando si vuole, in spreco degli uomini e della biosfera. È la trasgressione ufficializzata di tutte le norme sociali, morali e ambientali»²⁴⁶. Che si convenga o meno con l'idea, si direbbe *apocalittica*, dell'ineluttabilità di simili storture, non può di certo negarsi l'avvenuto capovolgimento dei rapporti di potere tra le sfere della politica e dell'economia²⁴⁷, tale da sembrar inverare le teorie marxiane circa la**

²⁴² *Ivi*, pp. 23-24.

²⁴³ «*Anche se spesso siamo di fronte al fenomeno notissimo della de-materializzazione delle nozioni di proprietà e di beni grazie a quella simbiosi strettissima [...] tra dinamica economica globale e sviluppo delle tecniche digitali (e il fondo rustico descritto da Ulpiano continua a vivere solo in un ristrettissimo cantuccio), è la dimensione economica a imperversare portando avanti interessi e pretese intrisi di fattualità. La de-materializzazione, che è oggi protagonista nel mercato finanziario, non è una purificazione della realtà economica, ma, al contrario, una accesa fattualità economica che, grazie alla fruizione delle tecniche digitali, si è affrancata dalla prigione della materialità e dai controlli della geo-politica, ed è in grado di meglio soddisfare i grezzi interessi di quel personaggio globale che è l'odierno uomo d'affari» P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, op. cit., p. 49. Per un approfondimento sul concetto di *de-materializzazione* si veda: F. GALGANO, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna 2010, pp. 239 e ss.*

²⁴⁴ R. BIN, *op. cit.*, p. 1.

²⁴⁵ Giorgio Ruffolo si spinge sino a definire la globalizzazione stessa come «*controffensiva capitalistica*», G. RUFFOLO, *Lo specchio del diavolo. La storia dell'economia dal Paradiso terrestre all'inferno della finanza*, Einaudi, Torino 2006, p. 108.

²⁴⁶ S. LATOUCHE, *Limite*, op. cit., p. 68.

²⁴⁷ «*Nel volgere di un decennio si è capovolta la prospettiva in base alla quale si erano definiti i rapporti tra diritto ed economia; in una dimensione istituzionale, dalla giustificazione della creazione di forme giuridiche intese a mediare i conflitti tra interessi forti e interessi deboli, e a soddisfare le istanze sociali, si è passati alla critica serrata all'intervento dello Stato sul mercato, sia come legislatore sia come imprenditore; alla regolamentazione del mercato si è sostituita la "regolazione"; tutti gli interessi in gioco (e i loro titolari) si sono posti sul medesimo piano, in competizione tra loro; si è ripensato il ruolo dello Stato che, da custode dei diritti, governatore dell'economia, dominatore dell'attività sociale è stato ridimensionato in mero spettatore della lotta tra gli interessi in conflitto, fautore delle iniziative private (lucrative e solidaristiche) fino a divenire controllore*

relazione intercorrente tra i differenti piani di sovrastruttura e struttura²⁴⁸. Se l'avvento dello Stato moderno aveva concentrato nel politico il monopolio della disciplina giuridica, è ora l'ipertrofico mercato globale ad aver assunto un ruolo di primo piano, tanto nel senso di una diretta (per quanto varia e multiforme) produzione di diritto, quanto in quello di una straordinaria capacità d'indirizzo dell'agenda politica degli Stati.

In questo spostamento di baricentro, non v'è chi non veda un pericoloso esautoramento delle procedure democratiche garantite dallo Stato di diritto parlando, in proposito, di una grave e progressiva *depoliticizzazione*²⁴⁹. In effetti, costituisce un elemento di sostanziale novità il fatto che, nel diritto globale, gli Stati per la prima volta possano assumere il ruolo di *soggetti passivi* del diritto: «oggi gli Stati possono essere oggetto, e sono oggetto frequentemente, non solo dell'obbligo di adempiere a requisiti, condizioni e standard di varia natura, ma anche di procedure di valutazione, di ammonimenti, di condanne e di sanzioni giuridiche vere e proprie. In più le pagelle di vario tipo che li riguardano, possono provenire non solo da organismi pubblici, come le corti internazionali, e talora anche nazionali, ma anche da soggetti privati sprovvisti di ogni pubblica legittimazione»²⁵⁰.

Tuttavia, è un fatto difficilmente contestabile che l'evoluzione dei meccanismi economici richieda sistemi d'adeguamento e regolazione nuovi e diversi rispetto alla vecchia legge, cara al diritto moderno degli Stati. In questo senso, Francesco Galgano parla di «*inettitudine della legge alla innovazione giuridica*»²⁵¹ dovuta, secondo lui, a «*due caratteri dell'economia contemporanea, la quale è, anzitutto, una economia globale, in antitesi con il carattere*

della correttezza del gioco» G. ALPA, *Diritto civile italiano*, op. cit., p. 571. Vd. anche: B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, ed. Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 26-28.

²⁴⁸ «L'insieme dei rapporti di produzione costituisce la struttura economica della società ossia la base dal reale sulla quale si eleva una sovrastruttura giuridica e politica e alla quale corrispondono forme determinate della coscienza sociale. Il modo di produzione della vita materiale condiziona, in generale, il processo sociale, politico e spirituale della vita» K. Marx, *Prefazione a Zur Kritik der politischen Ökonomie*, 1859. Come riportato in N. ABBAGNANO, alla voce *Soprastruttura*, in ID. (a cura di), *op. cit.* (tondi aggiunti). Contro questa teoria di Marx, si veda G. GURVITCH, *Sociologia del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano 1957, pp. 359-363.

²⁴⁹ «Conseguenza diretta della globalizzazione [...] è lo spostamento di decisioni strategiche dall'area democratica a quella capitalistica. Lo Stato è in gran parte spogliato della sua politica economica. Ben lungi dal sorvegliare le imprese, sono i governi ad essere giudicati dal mercato, e "quotati in borsa"» G. RUFFOLO, *op. cit.*, p. 113. In merito, Colin Crouch ha coniato il termine «postdemocrazia»: «ho tentato di mostrare come la causa fondamentale del declino della democrazia nella politica contemporanea sia il forte squilibrio in via di sviluppo tra il ruolo degli interessi delle grandi aziende e quelle di tutti gli altri gruppi, almeno in linea teorica. Accanto all'inevitabile entropia della democrazia, questo riporta la politica a essere una faccenda che riguarda élite chiuse, come accadeva in epoca predemocratica» C. CROUCH, *Postdemocrazia*, ed. Laterza, Roma-Bari 2005, p. 117.

²⁵⁰ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., pp. 84-85 (tondi aggiunti).

²⁵¹ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 244.

nazionale dei sistemi legislativi, ed è, in secondo luogo, una economia in continua trasformazione, la quale reclama flessibili strumenti di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà, in antitesi con la rigidità delle leggi»²⁵². Ciò che allora si osserva, come scrive Ferrarese, è che di fronte all'inadeguatezza (o inettitudine) della legge a stare al passo con il mercato, sia in termini spaziali che in termini di continua evoluzione, «i bisogni di natura economica del mondo globale ricevono risposte innanzitutto attraverso la cosiddetta *lex mercatoria*, ossia un insieme di misure giuridiche create privatamente dagli stessi operatori economici e da loro consulenti giuridici, per regolare gli scambi»²⁵³.

È significativo che, in un'epoca che per tendenza si dirige ad un accoglimento sempre maggiore della terminologia tecnica anglosassone, si faccia ricorso alla definizione latina di *lex mercatoria*. La scelta, infatti, è sintomatica non solo della matrice economica del diritto globale, ma anche di quella prima osservazione sopra fatta, per cui il diritto globale costituisce, in parte, il recupero di una vecchia concezione del diritto. Per un fenomeno essenzialmente nuovo, dunque, si ricorre ad una definizione antica sul cui significato conviene ora soffermarsi.

2. Vecchia e nuova *lex mercatoria*. Dal mito dello Stato alla mistica del mercato

Con *lex mercatoria* si intende indicare, tradizionalmente, il diritto creato direttamente dalla classe mercantile cui, a partire dal X secolo, la «*crisi del sistema feudale dischiude ambiti sempre più vasti, oltre che di iniziativa economica, di azione politica, in passato mai conosciuti dalla classe mercantile*»²⁵⁴. Il maggior peso che va acquisendo la classe mercantile, le consente di svincolarsi dall'opera di mediazione della società politica, imponendo il suo diritto sugli altri diritti (particolari o universali) concorrenti²⁵⁵ ogniqualvolta si verificasse il presupposto di entrare in rapporto con un mercante, valendo «*non obstante aliquo iure canonico vel civili*»²⁵⁶. Questa *factio iuris*, per cui si presumeva fosse un mercante chiunque commerciasse con un

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., pp. 81-82.

²⁵⁴ F. GALGANO, op. cit., p. 26.

²⁵⁵ «*Il diritto commerciale si fa strada come il diritto particolare di una nuova classe sociale in una società che conosce molteplici diritti particolari, di classe o di terre, insieme a diritti che aspirano ad essere universali, comuni ad ogni classe e ad ogni terra: il diritto romano, che i glossatori attingono dal Corpus iuris di Giustiniano e il cui persistente vigore fondano sull'autorità dell'Impero; il diritto canonico, che la Chiesa impone a tutti in nome della maiestas del pontefice. Il ius mercatorum si colloca, rispetto agli altri diritti, in rapporto di concorrenza*» *ivi*, p. 41.

²⁵⁶ *Ibid.*

mercante, permise l'ultrattività extracorporativa del diritto mercantile, poi consolidatasi con l'introduzione del concetto di *privilegium mercaturae*. Questa espansione del suo ambito d'applicazione attribuì centralità, nel sistema dei Comuni, alle fonti della *lex mercatoria*, vale a dire: «*gli statuti delle corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili, la giurisprudenza della "curia" dei mercanti*»²⁵⁷. Invero, specifica Galgano, «*l'attività mercantile è legata solo per un aspetto al mercato locale, di dimensione comunale; vi è legata per il carattere locale del mercato della produzione*»²⁵⁸. Il ben più vasto mercato della distribuzione, infatti, è *ultra-comunale*: «*deve, perciò, essere governato da regole giuridiche di applicazione ultra-comunale, e tali non possono essere regole giuridiche dettate nel nome della sovranità comunale. Tali possono essere solo le regole di un diritto professionale, che si forma nelle negoziazioni commerciali come creazione diretta della classe mercantile*»²⁵⁹. Per questa ragione, osserva ancora Galgano, «*al suo perdurante carattere di diritto di classe fa [...] riscontro il progressivo espandersi del ius mercatorum, come diritto tendenzialmente uniforme, in ambito ultra-comunale e, infine, europeo, quale nuovo ius gentium, come nel Cinquecento lo avrebbe definito Benvenuto Stracca*»²⁶⁰.

Proprio riflettendo a partire dall'esperienza italiana dei Comuni, il giurista tedesco Levin Goldschmidt, attivo nella seconda metà del XIX secolo, attribuì al diritto commerciale i due caratteri della *specialità* e dell'*universalità*. Scrive Galgano: «*il primo carattere gli [al diritto commerciale] viene conferito in ambito endo-statuale, rispetto alla restante normazione nazionale e, nello stesso diritto privato, rispetto al diritto civile. Il secondo carattere gli viene riconosciuto in ambito meta-statuale, in virtù di una sua asserita attitudine ad espandersi, come diritto uniforme, oltre ogni confine nazionale*»²⁶¹. Dopo qualche iniziale resistenza, la dottrina di Goldschmidt guadagnò credito e si consolidò come dominante anche al di fuori dei confini tedeschi²⁶². Attraverso la diffusione di tale visione economicistica e cosmopolita, dunque, «*si*

²⁵⁷ Ivi, p. 39. «*Negli statuti confluivano vari materiali normativi: il giuramento dei mercanti, eletti consoli della corporazione, contenente il programma del loro mandato; le deliberazioni del consiglio formato dai mercanti anziani, quelle dell'assemblea generale dei mercanti, e ancora i principi consolidati dalla consuetudine e dalla giurisprudenza mercantile, mentre una apposita magistratura di mercanti, detti statutari, provvedeva alla compilazione degli statuti e al loro aggiornamento. Le consuetudini nascevano dalla costante pratica contrattuale dei mercanti: il modo di contrattare da essi reputato vantaggioso diventava diritto; le clausole contrattuali si trasformavano, una volta generalizzate, in contenuto legale del contratto. Ancora mercanti, designati dalla corporazione, componevano i tribunali che decidevano le controversie commerciali*» ivi, pp. 39-40.

²⁵⁸ Ivi, p. 59.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ Ibid.

²⁶¹ Ivi, p. 21.

²⁶² Ivi, p. 23.

radica il convincimento che il diritto commerciale altro non sia se non la sovrastruttura legale dell'economia di scambio, e che da questa, e soltanto da questa, esso ripeta la propria ragion d'essere»²⁶³. In tal modo, il diritto commerciale si presenta come «staccato dalle realtà politiche nazionali, aggregato a una entità puramente economica, qual è il mercato»²⁶⁴. Nel commentare questa importante dottrina commercialistica, Galgano individua alcuni dati e tendenze che parrebbero confermare la bontà della teoria di Goldschmidt: a favore dell'attributo di specialità gioca, nelle codificazioni del diciannovesimo secolo, la separazione del diritto commerciale dal diritto civile; per quanto riguarda, invece, l'universalità, si osserva «la costante ricerca, dalla fine del diciannovesimo secolo, di un diritto commerciale internazionalmente uniforme [...] e, soprattutto, l'emersione di quel diritto uniforme spontaneo che è la nuova *lex mercatoria*, fatto di “regole oggettive del commercio internazionale”, fondate sulla contrattazione uniforme nei rapporti commerciali internazionali, nella quale è dato di ravvisare, secondo una formula oggi ricorrente, l'ordinamento giuridico originario della “comunità internazionale dei commercianti”»²⁶⁵.

Mentre l'antica *lex mercatoria* nasceva in seno alla classe mercantile e derogava, nel disciplinare i rapporti commerciali, al diritto romano, la nuova *lex mercatoria* è diritto creato dal ceto imprenditoriale e, a seguito della nascita degli Stati moderni, opera scavalcando la mediazione legislativa di quest'ultimi, superando «la discontinuità giuridica da questi provocata»²⁶⁶. Differenti, naturalmente, sono anche le fonti fondamentali della nuova *lex mercatoria*: «diffusione internazionale delle pratiche contrattuali del mondo degli affari, [...] usi del commercio internazionale, [...] giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali»²⁶⁷. L'attuale società post-industriale²⁶⁸ «si annuncia [...] come una società senza frontiere, nella quale i mercati sono mondiali e i soggetti del mercato tendono a sfuggire al controllo dei singoli Stati»²⁶⁹. L'aspirazione a superare i particolarismi giuridici, dunque, si realizza ancora «con la formazione non politica del diritto», permessa dal «sopravvento delle

²⁶³ *Ibid.* (tondo aggiunto).

²⁶⁴ *Ivi*, p. 21.

²⁶⁵ *Ivi*, p. 24. Il virgolettato è tratto da: M. J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale*, Milano 1976, p. 153 ss.

²⁶⁶ *Ivi*, p. 248.

²⁶⁷ *Ivi*, p. 249.

²⁶⁸ «Viviamo ora nell'era post-industriale. Lo apprendiamo dai sociologi, che utilizzano questo indice rivelatore: si passa dall'era industriale a quella post-industriale quando il numero degli addetti all'industria risulta inferiore al numero degli addetti ai servizi. Gli Stati Uniti sono stati i primi a superare questa soglia, già nel 1956; a sua volta l'Italia l'ha superata nel 1982» *ivi*, p. 239.

²⁶⁹ *Ivi*, p. 249.

autorità tecnocratiche *sulle autorità politiche* [...], *meno legate a interessi locali, meglio idonee a dialogare fra loro entro la società globale*»²⁷⁰.

Pur in forme diverse e, evidentemente, con un'estensione maggiore, la nuova *lex mercatoria* ripete la vecchia aspirazione ad un diritto universale, l'ambizione ad una sorta di *civitas maxima* cosmopolitica. *Civitas maxima* costruita su un'idea di mercato inteso come *locus naturalis* d'incontro e scambio tra gli individui. Spazio naturale, dunque, del tutto indipendente dal mondo del diritto, che rispetto ad esso si pone come logicamente e materialmente successivo. Così inteso, il mercato si manifesta, scrive Alpa, come dotato di «una sua vita propria, frutto delle forze spontanee che si scontrano, che si mescolano, che si placano raggiungendo equilibri, comunque evolventisi secondo proprie logiche, o proprie leggi, che avrebbero il loro corso naturale se non fosse per l'intervento umano»²⁷¹. Si tratta dell'antica idea smithiana²⁷², ereditata dall'ultraliberismo economico contemporaneo, della *visione economicista del mondo* (o dell'antropologia naturalista dell'*homo oeconomicus*) così sintetizzata da Latouche: «l'affermazione di un ordine spontaneo, la credenza nella *mano invisibile* [...] e le sue conseguenze ultraliberiste che si chiamano *libero scambio totale, concorrenza assoluta, flessibilità senza limiti dei salari, Stato minimo*»²⁷³.

Tanto il riferimento di Alpa al *corso naturale* delle leggi del mercato, quanto quello di Latouche, al di là dei rilievi manifestamente critici, allo *Stato minimo* mettono in evidenza le ricadute che una simile concezione ha sulla considerazione del ruolo e della funzione del diritto. «Dal punto di vista dell'economia – scrive ancora Guido Alpa – [...] la parola d'ordine è superare la giuridificazione, è dare spazio allo spontaneo gioco delle forze in campo, è limitare l'intervento del legislatore sul mercato, quasi a postulare l'“autonomia del mercato”, l'assenza di regole giuridiche e che le uniche regole ammissibili siano economiche, spontanee, per così dire “autoctone”»²⁷⁴. Si tratta, insomma, di una concezione dualista che, separando il

²⁷⁰ Ivi, p. 251 (tondo aggiunto).

²⁷¹ G. ALPA, *Diritto civile italiano*, op. cit., pp. 575-576 (tondi nel testo).

²⁷² «Impressionati, forse stregati, dalla teoria della “mano invisibile” di Adam Smith, gli economisti e, di conserva, i giuristi, per lungo tempo sono stati portati a considerare il mercato, o i mercati, come una realtà esterna, dotata di spontaneità, di auto-poiesi e di ineluttabilità, alla quale si applicano le forme giuridiche proprie di una società in un determinato momento storico e in una determinata area geografica» ivi, p. 575. (tondi aggiunti). E più avanti: «Nonostante da tempo si siano poste in luce le radici giusnaturalistiche del pensiero di Smith, le sue idee hanno perduto ogni riferimento storico e, adattate, modificate, quando non portate alle estreme conseguenze, hanno superato indomite i secoli ed ancora oggi governano larga parte del pensiero» ivi, p. 576.

²⁷³ S. LATOUCHE, *L'invenzione dell'economia*, Bollati Boringhieri, Torino 2010, p. 205.

²⁷⁴ G. ALPA, *Diritto civile italiano*, op. cit., p. 575 (tondi aggiunti).

mercato dal diritto, considera il secondo come *mimesis* del primo²⁷⁵ e il suo ruolo è visto «*o come la formalizzazione di regole altre, una sorta di diverso linguaggio o differente universo simbolico per rappresentare la medesima realtà, o come l'impronta che quelle forme per l'appunto imprimono alla realtà esterna, spontanea, viva, o come la traduzione in termini di necessità e di vincolatività di regole espresse naturalmente da quella realtà*»²⁷⁶. L'avvento della nuova *lex mercatoria*, dunque, segna il passaggio, per usare ancora le parole di Guido Alpa, dal mito dello Stato onnipotente «*alla mistica del mercato della autonomia privata*»²⁷⁷.

Conviene, seppur incidentalmente, accennare al fatto che non mancano autorevoli voci dissenzienti rispetto a questa impostazione teorica e metodologica. Una di queste è quella dello stesso Alpa, sostenitore di una teoria *monistica* per cui «*la contrapposizione espressa in termini di "diritto e mercato" non ha [...] senso*»²⁷⁸ poiché «*anche quando il mercato non è governato dall'alto, è pur sempre intrinsecamente, naturalmente, composto da regole giuridiche*»²⁷⁹. E ciò, dice, a prescindere «*dalla circostanza che possa essere considerato locus naturalis piuttosto che locus artificialis*»²⁸⁰, poiché se alla base del mercato vi è lo *scambio*, è pur vero che per aversi scambio occorre necessariamente che vi sia condivisione di una qualche regola giuridica²⁸¹. A sostegno della sua tesi, Alpa riporta l'opinione dell'economista francese Roger Guesnerie, secondo cui «*il mercato è un'astrazione, sintesi di realtà diverse che nascondono quelle astrazioni intermedie che chiamiamo appunto mercati. Questi non esistono ex nihilo [...], ma la loro stessa esistenza dipende da un certo numero di altre istituzioni: l'istituzione*

²⁷⁵ «Non ci deve stupire [...] la teorizzazione contemporanea del diritto come "mimesis del mercato": secondo Richard Posner, uno dei corifei dell'analisi economica del diritto, il mercato – cioè le forze dell'economia – costituisce una porzione della realtà immune da regole giuridiche e le regole giuridiche non debbono alterarne il corso, ma adattarsi senza creare alterazioni e scompensi» *ivi*, pp. 576-577. In nota, Alpa rimanda a: R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1922.

²⁷⁶ *Ivi*, p. 576 (tondi nel testo)

²⁷⁷ *Ivi*, p. 572.

²⁷⁸ *Ivi*, p. 577 (tondo nel testo).

²⁷⁹ *Ivi*, p. 581.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ «Alla ingenua credenza che vede nel mercato (o nel "libero" mercato) l'espressione delle forze naturali immuni da ogni contaminazione giuridica, e in ogni intervento normativo la innaturale compressione di quelle forze, si può opporre – in modo altrettanto semplice – correndo anche il rischio della banalità, che intanto un mercato può esistere in quanto esista uno scambio; e lo scambio, effettuato, come ci insegnano gli antropologi, per ragioni di buon vicinato, per ragioni sacrali, per ragioni matrimoniali o per reciproco arricchimento, per potlach o per donazione o per baratto, in tanto può sussistere in quanto vi sia un affidamento, o un controvalore, o la promessa di un controvalore; è indifferente se le regole siano state *positae* oppure siano insorte spontaneamente; ciò che rileva è che chi agisce, agisce con un fine, e può realizzare quel fine solo se ricambiato; lo "scambio" in senso lato implica comunque l'adesione o, meglio ancora, la condivisione, quanto meno formale, di una regola giuridica» *ivi*, p. 577 (tondi nel testo).

giuridica e la moneta»²⁸². Posizione critica analoga a quella di Natalino Irti, che scrive: «i favoleggiatori di una *lex mercatoria*, unico ed esclusivo diritto dell'economia globale, dimenticano il dettaglio che gli Stati, e soltanto gli Stati, conservano il monopolio della forza e sono in grado di eseguire coercitivamente un qualsiasi accordo negoziale o lodo arbitrale»²⁸³.

Al netto di tali rilievi critici, tuttavia, occorre notare che, diversi anni fa, persino la nostra Corte di Cassazione ha ammesso l'esistenza della *lex mercatoria* come ordinamento giuridico transnazionale della *societas mercantile* (o *business community*²⁸⁴), indipendente da quello statale²⁸⁵.

²⁸² R. GUESNERIE, *L'economia di mercato*, Milano 1998, p. 23, come riportato in G. ALPA, *Diritto civile italiano*, op. cit., p. 577 (tondi nel testo).

²⁸³ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino 2016, p. 16 (corsivo nel testo). «Riaffiora [...] un'altra "idea nostalgica", il rimpianto della *lex mercatoria*, l'illusione che la "società", questa informe e misteriosa entità, sia capace di esprimere, da dentro e per sue proprie energie, un altro diritto. Che è stato d'animo anti-capitalistico, rifiuto religioso e ideologico della modernità, ignaro o dimentico che la qualsiasi *lex mercatoria* presuppone la determinazione del mio e del tuo, ed è sprovvista di garanzia coercitiva. Quella determinazione e questa garanzia sono, almeno fino ad oggi, nella esclusiva competenza e disponibilità dei diritti statuali», ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *ivi*, p. 47 (già in «Riv. delle soc.», 2015, p. 1811 e ss.). «L'istituto economico è istituto giuridico, non concepibile fuori dalle norme disciplinanti: anzi, è un tutt'uno con queste norme e appieno s'identifica con esse» ID., *L'ordine giuridico del mercato*, ed. Laterza, Roma-Bari 1998, p. 45 (tondo nel testo).

²⁸⁴ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 249.

²⁸⁵ «Deve ritenersi che transnazionale sia il diritto in cui l'arbitrato si colloca ed opera, prescindendo dalle leggi dei singoli Stati, giacché il diritto "mercantile" si sperimenta nell'adesione degli operatori economici ai valori del loro ambiente, sì che le loro condotte si uniformano a quei valori, in virtù della opinio necessitatis che gli operatori nutrono rispetto ai medesimi, cioè della convinzione (prevalente fra di loro) che essi siano vincolanti. Nella misura in cui si constata che quegli operatori – prescindendo dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e/o dalla ubicazione della loro attività in uno Stato – consentono su valori basici inerenti al loro traffico e, quindi, mostrano di nutrire (anche per una affectio dettata da moritivi pratici) l'opinio necessitatis, deve ritenersi che esista una *lex mercatoria* (regole di condotta con contenuti mutevoli, ma, pro tempore, determinati). Per modo che il diritto "mercantile" sorge quando si forma e manifesta la convinzione di valori cogenti, e ciò in quanto i soggetti, che nutrono tale convinzione, vengono a coordinare le loro condotte in base a regole comuni (integrando una *societas mercantile*). Nella *societas* così individuata – ove manchino strutture organizzative – le quali, per lo più, riguardano la risoluzione dei conflitti, e cioè la giustizia arbitrale – il diritto "mercantile", pur acquistando maggiore spessore, non muta la sua natura. E, collocandosi nell'ambito del diritto "mercantile" (indipendentemente dal diritto degli Stati) l'arbitrato "mercantile" (estemporaneo o preorganizzato), le norme che lo disciplinano devono ritenersi costituite da altrettanti valori recepiti (con convinzione di cogenza) da parte dei soggetti della *societas mercantile*. E – imponendo la mancanza di sovranità della *societas mercantile* e la mancanza di potestà coattive delle sue strutture organizzative il ricorso alla forza cogente di ordinamenti sovrani e la necessità di realizzare attività con duplice rilevanza nell'ordinamento mercantile ed in quello statale – le strutture della *societas mercantile*, e fra esse segnatamente gli organismi che preorganizzano e somministrano la giustizia arbitrale, hanno rilevanza sul piano della *lex mercatoria* degli operatori, sia nell'ordinamento in cui tali organismo sogliono radicarsi» Cass., 8 febbraio 1982, n. 722.

Di *ri-naturalizzazione del paesaggio giuridico* parla anche Ferrarese, specificando che con ciò non s'intende indicare una reviviscenza del diritto naturale, bensì registrare il carattere recessivo di due elementi matrici (o coordinate) che avevano giocato un ruolo fondamentale nell'attribuzione al diritto moderno di un «*carattere spiccatamente artificiale*»²⁸⁶. Trattasi della *matrice politica*, «*che lo [il diritto] metteva in connessione con l'organizzazione del potere statale nelle forme della sovranità*»²⁸⁷ e della *conformazione di carattere scientifico*, «*che corrispondeva ad una nuova concezione gnoseologica del mondo moderno*»²⁸⁸. La globalizzazione ha messo in crisi questo impianto, ristabilendo uno stretto nesso tra il diritto, l'economia e la società, configurando, per dirla ancora con Ferrarese, «*una nuova capacità di dare spazio a percorsi giuridici "naturali"*»²⁸⁹. Come scrive Michel Foucault, «*fare spazio alla naturalità delle cose significa avvicinarsi a promuovere come principio regolatore una sorta di laissez-faire, che trova la propria formulazione teorica nell'economia politica e il proprio luogo di espressione nel mercato*»²⁹⁰. In questo modo, scrive Ferrarese, «*economia e mercato diventano dunque un luogo privilegiato di ri-naturalizzazione del paesaggio giuridico*»²⁹¹.

Come si accennava poc'anzi, alla base di questo luogo di ri-naturalizzazione individuato dall'economia e dal mercato si trova lo *scambio*. Secondo Max Weber, proprio l'«*associazione mediante scambio nel mercato*»²⁹² costituisce l'*archetipo* «*di ogni agire sociale razionale*»²⁹³,

²⁸⁶ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., p. 104.

²⁸⁷ *Ibid.* «L'idea del diritto "positivo", creato dallo Stato e incarnato essenzialmente nelle leggi, fu un'idea soprattutto europea, anche se non mancò di essere ripresa nel contesto di common law. Questa idea trovò nell'Europa continentale il suo suolo di elezione, lungo una parabola che da Hobbes arriva fino a Kelsen e al criterio di identità tra Stato e diritto affermato da questo autore. La teorizzazione kelseniana della coincidenza tra diritto e Stato marcava la differenza massima, e anzi una vera contrapposizione rispetto ad ogni idea di diritto "naturale". Con Kelsen e i teorici del positivismo giuridico si trova insomma il massimo tentativo di affidare all'artificio di una volontà che si fa legge il profilo giuridico della società, con la conseguenza di condannare all'irrilevanza giuridica quasi ogni altra "vegetazione" giuridica incontrollata e spontanea» *ivi*, pp. 105-106.

²⁸⁸ *Ivi*, p. 104. «L'apparente dissonanza tra le due "matrici" in realtà generava una profonda interdipendenza tra esse: proprio perché il diritto (legislativo) era espressione di una decisione politica, e rispondeva alla logica dell'autorità e del comando, cercava il proprio riscatto costruendo un proprio mondo indipendente e autonomo, basato su presupposti scientifici e coordinate concettuali, che lo salvaguardassero da ingerenze o dipendenze politiche nel suo concreto funzionamento. La versione più compiuta di questo tentativo fu incarnata dal sogno kelseniano di una "dottrina pura del diritto"» *ivi*, p. 106.

²⁸⁹ *Ivi*, p. 113.

²⁹⁰ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano 2005, p. 37. Riportato in M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., p. 121.

²⁹¹ *Ibid.* (tondi aggiunti).

²⁹² M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. P. Rossi, I, Milano 1974, p. 619. Riportato in N. IRTI, *Un contratto incalcolabile*, in *ID.*, *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 107.

²⁹³ *Ibid.*

e il contratto non è che il «riflesso giuridico della comunità di mercato»²⁹⁴. Se, dunque, economia e mercato costituiscono il luogo in cui avviene la ri-naturalizzazione delle dinamiche giuridiche, e tale luogo fonda la sua esistenza sull'elemento (naturalistico) dello *scambio*, la *modalità giuridica naturale*²⁹⁵ che ivi assume un ruolo preminente è costituita dal *contratto*.

Di fronte all'inadeguatezza della legge all'innovazione giuridica, come evidenziata da Galgano, ad essa si sostituisce il contratto come strumento più idoneo a rispondere alle necessità ed assecondare le tendenze del mondo globalizzato, cioè, in primo luogo, del mercato²⁹⁶. È, questa, la più viva manifestazione della già evidenziata matrice privatistica del diritto globale, in cui «il contratto appare l'istituzione giuridica più capace di rispondere alle attese giuridiche di un mondo complesso, attraversato da enormi differenze e diversità»²⁹⁷. La frantumazione del mercato mondiale in una moltitudine di Stati, dunque, viene superata tramite la *circolazione internazionale dei modelli contrattuali uniformi* (in gran parte coincidenti con i contatti in *-ing* cui si è già fatto cenno) che Galgano riconosce quale «elemento dominante»²⁹⁸ della scena giuridica contemporanea: «essi non hanno nazionalità: la loro funzione è di realizzare l'unità del diritto entro l'unità dei mercati»²⁹⁹. La centralità del contratto si manifesta, oltre che nelle dinamiche nel mercato, anche in altri due fenomeni. In primo luogo, trattasi di quel sistema che si usa chiamare *governance contrattuale*³⁰⁰, vale a dire l'utilizzo della forma contrattuale per

²⁹⁴ M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. P. Rossi, II, Milano 1974, p. 23. Riportato in N. IRTI, *Un contratto incalcolabile*, op. cit., p. 107.

²⁹⁵ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., p. 146.

²⁹⁶ «Abbiamo la sensazione che l'avvento della società post-industriale non comporti, sulla scena del diritto, sconvolgimenti altrettanto profondi quanto quelli provocati dalla rivoluzione industriale. Il diritto pensato per la società industriale può, senza sostanziali mutamenti, regolare anche i rapporti interni alla società industriale. [...] La transizione alla società post-industriale si sviluppa nel segno della continuità, non della frattura, delle norme giuridiche. Questa prima sensazione è però subito corretta da una diversa constatazione: l'avvento della società post-industriale non reclama, come reclamò l'avvento dell'era industriale, profonde riforme legislative: il quadro del diritto codificato resta immutato. Ma resta immutato perché sono altri, non già le leggi, gli strumenti mediante i quali si attuano le trasformazioni giuridiche. Il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto. [...] Il contratto fra privati prende il posto della legge in molti settori della vita sociale» F. GALGANO, op. cit., pp. 242-243 (tondo aggiunto). «La diffusione del contratto come modalità giuridica del mondo globale dipende dalle prestazioni che esso può assicurare innanzitutto ai bisogni di scambio del mercato globale, che sembrano attuare all'ennesima potenza quella "cooperazione" che Durkheim celebrava come corrispettivo della divisione sociale del lavoro. Poiché il mondo globalizzato è dedito al commercio e agli scambi, il successo del contratto, pur all'interno di differenti versioni, ha accompagnato l'espansione della ratio economica nelle relazioni giuridiche, e potenziato non solo gli scambi dei beni, ma anche l'invenzione di nuove tipologie di beni» M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., pp. 146-147 (tondo aggiunto).

²⁹⁷ M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., p. 149.

²⁹⁸ F. GALGANO, op. cit., p. 245.

²⁹⁹ *Ibid.* (tondo aggiunto).

³⁰⁰ Cfr. M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna 2010, pp. 149 e ss.

«governare situazioni di complessità sociale»³⁰¹ non direttamente economiche. Altro importante fenomeno, in secondo luogo, è il ricorso sempre più frequente dei soggetti pubblici alla modalità contrattuale: tanto con finalità di delega ai privati di attività e compiti³⁰², quanto nel diritto dei trattati che, scrive Ferrarese, «costituisce uno strano mix: da un lato appare come un succedaneo della legislazione, che si impone dall'alto, dall'altro corrisponde a una ispirazione contrattuale, in quanto nasce dall'accordo tra le parti, proprio come la enorme massa dei contratti tra privati e tra imprese che soddisfano i bisogni dell'economia e del mercato»³⁰³.

In questo nuovo assetto globale, si rende necessario un cambio di paradigma nella lettura della realtà giuridica. Come scrive Galgano, «le concezioni classiche del diritto non collocano il contratto fra le fonti normative; ma se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto, e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo»³⁰⁴.

Il contratto, insomma, è protagonista³⁰⁵ della moderna spinta allo scavalco di confini. Come espressione primaria dell'*autonomia privata*, esso supera gli argini di un diritto privato

³⁰¹ EAD., *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., p. 147.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ivi*, p. 57 (corsivo aggiunto).

³⁰⁴ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 243.

³⁰⁵ Si badi che, oltre al contratto, nel diritto globale si registra anche la particolare importanza del *judge-made-law*, peraltro connesso anche con l'espansione stessa del diritto contrattuale: «Il ruolo attualmente svolto dagli organismi giudiziari e l'insieme di sentenze prodotte da corti e altri organismi di carattere giudiziario, specie internazionali, hanno molto a che vedere innanzitutto con la diffusione di istanze di carattere costituzionalistico nel contesto odierno. Le decisioni in materia di diritti sono al centro di un ormai fitto "dialogo tra le corti", che coinvolge giudici nazionali e soprattutto internazionali di vario tipo. [...] Le corti assolvono anche a svariate funzioni, colmando vuoti normativi o risolvendo problemi di sovrapposizione e conflitti di competenza, o definendo e ridefinendo dottrine, principi, regole e standard di vario tipo. Dunque spesso le pronunce giudiziarie non sono solo rivolte a dare risposte a problemi e conflitti specifici, ma si occupano anche di temi generali, di problematiche sociali e giuridiche diffuse, così come, d'altra parte, esse sono spesso chiamate a enunciare o fissare principi generali, criteri gerarchici, raccordi tra varie giurisdizioni, ecc. D'altra parte, la diffusa presenza di *judge-made-law* a livello interno ed internazionale va vista anche nella prospettiva di una crescente proceduralizzazione del sistema giuridico. [...] Il successo delle corti e degli organismi similgiudiziari, per la verità, non è estraneo neppure all'enorme espansione del diritto contrattuale. Anzi il ricorso tanto esteso a mezzi giudiziari può essere messo in rapporto anche con la parallela estensione del mezzo contrattuale [...] per almeno due ragioni. In primo luogo, infatti, si potrebbe dire che la variegata trama dei contratti pubblici e privati, così come gli accordi dei trattati internazionali, viene continuamente rivista, arricchita, ridefinita e adattata dal diritto di produzione giudiziaria che assume varie forme e diversa consistenza. Inoltre, la funzionalità del diritto giudiziario rispetto al diritto contrattuale [...] spiega la nascita e l'espansione di organismi internazionali di risoluzione dei conflitti anche a carattere privato, o misto pubblico-privato, che hanno accompagnato il processo di globalizzazione» M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, op. cit., pp. 151-153. Per completezza di discorso, si noti che nell'elaborazione di Ehrlich, accanto al contratto, anche le sentenze giudiziarie sono considerate come testimonianza del diritto vivente, E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, op. cit., pp. 593-594.

inscritto nell'ambito rigidamente concessogli dal diritto pubblico, finendo per invertire il senso della produzione giuridica che, da movimento discendente, diventa discendente, o addirittura, come visto, sostituendosi alla legge. Entrando nello specifico della disciplina italiana, sarà interessante osservare l'evoluzione giuridica del concetto di autonomia privata, che è storia, come si vedrà, di un progressivo superamento di confini.

3. L'evoluzione dell'autonomia privata attraverso le teorie sul concetto di *causa del contratto*

Nel 1929, nove anni dopo la pubblicazione dell'*Ordinamento giuridico* di Santi Romano, Widar Cesarini Sforza pubblica il suo *Il diritto dei privati*. Anch'egli illustre rappresentante della teoria dell'istituzione si distanzia, tuttavia, e non poco, da Romano per la diversa considerazione del concetto di *rapporto giuridico*. Secondo Santi Romano, «non basta, perché sorga una istituzione, l'esistenza di persone collegate fra loro da semplici rapporti, ma occorre che fra esse si stabilisca un legame più stretto e più organico: è necessario che si formi una superstruttura sociale da cui, non solo i loro rapporti singoli, ma prima la loro stessa posizione generica, dipendano o siano dominati»³⁰⁶. Questa concezione del rapporto giuridico è al centro della critica mossa da Cesarini Sforza, secondo cui Romano concependo l'istituzione «non come attuazione bensì come posizione di norme, non come verifica di un dato principio d'organizzazione bensì come esigenza che una data organizzazione si verifichi»³⁰⁷, «in sostanza non esce dal campo della concezione obbiettivistica»³⁰⁸. In altre parole, la priorità accordata da Romano all'istituzione, in senso obbiettivo, sul rapporto, in senso subiettivo³⁰⁹, in cui può

³⁰⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit. p. 68 (tondo aggiunto).

³⁰⁷ W. CESARINI SFORZA, *op. cit.*, pp. 23-24 (in nota)

³⁰⁸ *Ivi*, p. 24 (in nota). Cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 55 e ss.

³⁰⁹ «Il rapporto giuridico attiene alla concezione soggettiva del diritto, in quanto presuppone come punti di riferimento almeno due termini, dei quali, secondo noi, uno è costituito da una persona considerata comprensivamente o limitatamente ad un suo aspetto o anche (se si tratta di persona giuridica) ad un suo organo, e l'altro è dato o dalla stessa persona, in quanto al primo suo aspetto o organo si contrappone un altro suo aspetto o organo, o infine dall'obbietto di un suo diritto o di un suo obbligo. Il rapporto non è quindi un'entità a sé, ma una relazione fra diverse entità, adoperata questa parola in senso largo. L'istituzione invece è il diritto obbiettivo, ed è diritto obbiettivo perché è un ente, un corpo sociale, che ha, nel mondo giuridico, un'esistenza effettiva, concreta, obbiettiva. Essa implica dei rapporti, ma non si risolve in questi, anzi è a questi preordinata, nel senso che consiste in quella organizzazione o struttura che è necessaria perché i rapporti medesimi, se e quando si

correttamente vedersi la rappresentazione della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato, finisce per ricadere nel più bieco normativismo poiché, come rilevano i critici di Romano, «l'istituzione non può precedere le norme giuridiche [...] perché senza le norme l'istituzione non sarebbe un'istituzione»³¹⁰.

Per non incorrere nel medesimo inciampo argomentativo, Cesarini Sforza propone una diversa considerazione del rapporto giuridico, intendendolo come «forma elementare dell'organizzazione sociale»³¹¹, persino «cellula primitiva e nucleo irriducibile di ogni realtà sociale»³¹². Così facendo, come scrive Michele Spanò, Cesarini Sforza riesce a «re-impaginare la “topologia”»³¹³ di diritto pubblico e diritto privato rendendola «una disgiunzione inclusiva: pubblico e privata giacciono cioè sul medesimo piano»³¹⁴. All'*ordinamento di norme* tipico del paradigma obbiettivistico, dunque, egli contrappone un *ordinamento di rapporti*³¹⁵, com'è

svolgono nella sua orbita, possano essere qualificati come giuridici. L'istituzione è unità; il rapporto, giuridico o non giuridico, postula la pluralità» S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 67 (tondo aggiunto).

³¹⁰ W. CESARINI SFORZA, op. cit., p. 23 (in nota). Romano risponderà, nella seconda edizione dell'*Ordinamento giuridico* (1946), a questa critica. Tuttavia, la sua risposta («l'affermazione che la gallina nasce dall'uovo non è in contraddizione con l'altra che l'uovo nasce dalla gallina: tutto sta a vedere a che proposito e in che senso si afferma l'una o l'altra cosa, che sono entrambe vere, come è vera anche l'affermazione che uovo e gallina sono sue aspetti dello stesso fenomeno», S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 53, in nota) non convincerà Bobbio, che scriverà: «perché si possa svolgere quel processo di istituzionalizzazione che trasforma un gruppo inorganico in un gruppo organizzato, cioè in un ordinamento giuridico, occorrono tre condizioni: 1) che siano fissati i fini a cui l'istituzione dovrà tendere; 2) che siano stabiliti i “mezzi” [...] che si ritengono idonei a raggiungere quei fini; 3) che siano attribuite le funzioni specifiche dei singoli componenti del gruppo [...]. Ora, è chiaro che sia la determinazione dei fini, sia la determinazione dei mezzi e delle funzioni, non può avvenire se non attraverso regole [...]. Il che val quanto dire che processo di istituzionalizzazione e produzione di regole di condotta non possono andare disgiunti e che quindi là dove c'imbattiamo in un gruppo organizzato, là siamo sicuri di trovare un complesso di regole di condotta che a quell'organizzazione hanno dato vita, o, in altre parole, che, se istituzione equivale a ordinamento giuridico, ordinamento giuridico equivale a complesso di norme. Ma allora la teoria dell'istituzione non esclude, bensì include, la teoria normativa del diritto. [...] Ne traiamo conferma da un saggio di M. S. Giannini, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici* (1950), il quale, ribadendo l'equivalenza delle due espressioni “gruppo organizzato” e “ordinamento giuridico”, ha cura di distinguere il fenomeno della normazione (cioè della produzione delle norme) da quello della organizzazione. Egli osserva che vi può essere normazione senza organizzazione [...], ma non vi può essere organizzazione senza normazione. [...] E dunque la produzione di regole è pur sempre il fenomeno originario, anche se non esclusivo, per la costituzione di un'istituzione» N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, in ID., *Teoria generale del diritto*, op. cit., pp. 14-15 (tondi nel testo).

³¹¹ W. CESARINI SFORZA, op. cit., p. 23

³¹² *Ivi*, p. 21.

³¹³ M. SPANÒ, *Zona Cesarini*, in *ivi*, p. 130.

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ «Nella concezione obbiettivistica le norme devono produrre comportamenti presso i destinatari: da un lato stanno le norme e le regole, dall'altro – come materia da informare – attività che si realizzano più o meno conformemente a esse. In questo caso il rapporto giuridico insiste tra la persona verso cui la norma si dirige e la norma stessa. Nella concezione subbiettivistica, al contrario, il rapporto giuridico è rapporto tra due soggetti. A un ordinamento di norme si oppone, in anamorfosi, un ordinamento di rapporti» *ivi*, p. 131.

evidente dal titolo stesso del suo lavoro. Con il sintagma *diritto dei privati*, Cesarini Sforza intende indicare «quello che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti di interesse collettivo in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statale»³¹⁶, cioè «*quel diritto che attualmente non emana né dallo Stato [...] né dagli enti di carattere territoriale che dello Stato sono organi*»³¹⁷. Così facendo, egli distingue il diritto dei privati dal diritto privato: «*quest'ultima [espressione] denota un complesso di volontà statuali miranti a regolare rapporti tra persone private, il diritto dei privati, invece, pur regolando rapporti tra persone private (e, qualche volta, quegli stessi rapporti che sono già regolati dal diritto privato e anche pubblico), non emana dallo Stato, né immediatamente né mediamente*»³¹⁸. In altre parole, secondo questa impostazione il diritto dei privati costituisce un vero e proprio ordinamento giuridico a sé stante.

Naturalmente, Cesarini Sforza non manca di approfondire la relazione intercorrente tra rapporto giuridico e norma. Quest'ultima, infatti, è un elemento necessario del rapporto giuridico: «*non si dà rapporto senza una stabilita regola dell'interdipendenza delle azioni in cui esso si concreta*»³¹⁹. Elemento, specifica Cesarini Sforza, *intrinseco* che non consente la costruzione della *gerarchia normativa* su cui si basa il monopolio statale degli «*attributi della giuridicità*»³²⁰. Tuttavia, ciò non significa che non sia possibile «*giustificare la parte preminente che lo Stato ha, di fatto, nella vita giuridica*»³²¹. Il punto sta nel considerare lo Stato come «*ente sociale sovrano per i suoi poteri giurisdizionali*»³²² e non «*per i suoi poteri di creazione giuridica*»³²³. Spiega Cesarini Sforza: «*il momento della creazione, nella vita del diritto, è dato dal sorgere del rapporto giuridico, dal combinarsi di due volontà secondo una certa relazione caratteristica; che poi sia necessario, a volte, per l'applicazione della norma in cui tale relazione si esprime, l'intervento di un potere estraneo alle due volontà tra le quali la relazione è sorta, è un fatto logicamente distinto da quello della creazione giuridica, e materialmente posteriore*»³²⁴. L'intervento statale in campo privato, insomma, «*bisogna che*

³¹⁶ W. CESARINI SFORZA, *op. cit.*, p. 13 (tondo nel testo).

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ *Ivi*, p. 14 (tondi nel testo).

³¹⁹ *Ivi*, p. 24.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Ibid.* (tondo nel testo).

³²² *Ibid.*

³²³ *Ibid.*

³²⁴ *Ivi*, pp. 24-25 (tondi aggiunti). Rileva Cesarini Sforza in nota: «*Ne consegue che la coattività non è un carattere differenziale del diritto. Il non concepir questo senza possibilità di sanzione equivale a concepire come diritto solo quello sanzionato dallo Stato, perché la suprema organizzazione coattiva non può essere che statale. [...] Ma la possibilità di costringere con la forza è connessa ad ogni manifestazione di volontà imperativa in quanto e fino a tanto che è imperativa [...]. Qualunque norma (o regola imperativa) è, perciò, potenzialmente*

*sia chiesto*³²⁵, le sue norme vengono emanate solo per indicare «*a quali rapporti giuridici esso concederà la sua protezione*»³²⁶. Da questo punto di vista, il ruolo che lo Stato assume è quello di «*un mezzo formale di tutela di quella giuridicità sostanziale che la volontà privata pone in essere*»³²⁷.

Cesarini Sforza, com'è evidente, costruisce il suo sistema teorico sull'elemento della *volontà*. Quest'ultima è quell'entità *regolatrice* che conferisce *unità* all'ordinamento giuridico³²⁸ e, se da un lato muove i privati alla costituzione dei rapporti giuridici, dall'altro essa anche ciò che muove l'attività dello Stato, la cui stessa *autorità* non poggia su altro che non sul *fatto materiale* di essere manifestazione della volontà più forte³²⁹. Chiaramente influenzato dall'idealismo di Giovanni Gentile, Cesarini Sforza scrive: «*il riconoscere, secondo la concezione subbiettivistica, che il diritto vive anche in rapporti che non traggono la loro giuridica esistenza dalla volontà dello Stato, equivale certamente ad ammettere che vi è una medesima sostanza spirituale tanto nell'ordinamento giuridico il cui supremo principio s'identifica con la volontà normativa statuale, quanto in quegli altri ordinamenti che si connettono a volontà normative e non statuali o, genericamente, private*»³³⁰. L'unità assicurata da una *medesima sostanza spirituale*, evidentemente, solleva un problema di convivenza tra le due differenti volontà. Una volta accertata la prevalenza di fatto della volontà statuale, tuttavia,

coattiva; e di solito vi sarà una forza, di colui o di coloro che sono interessati all'osservanza della norma, che cercherà di impedirne la inosservanza o di rimediare alle conseguenze di questa. Ma allora siamo nella fase dell'applicazione: che la norma sia o non sia giuridica già risulta, invece, nella fase della sua creazione» *ibid.* (in nota) (tondi nel testo).

³²⁵ *Ivi*, p. 20.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ «*Il concetto di ordinamento giuridico viene in considerazione ogni volta che da un rapporto giuridico, attraverso la norma che lo regola, si risale a una volontà regolatrice, quale che sia codesta volontà. In pratica ad ogni ordinamento giuridico corrisponde l'unificazione di certi rapporti col riferirli ad un'unica volontà, anche se, perciò, non si riscontrano ordinamenti riducibili a un solo rapporto, ossia se non esistono rapporti giuridici isolati (i cui soggetti siano soggetti di un solo diritto e di un solo obbligo), basta tuttavia l'interdipendenza stabilita da una norma tra un diritto e un obbligo, perché sia possibile un ordinamento, cioè una organizzazione sociale»* *ivi*, p. 23 (tondo nel testo).

³²⁹ «*Ogni norma è una regola per la volontà, quindi è, e non può non essere, un fatto di volontà; il volere è dominato immediatamente solo dal volere, non mai – o solo mediatamente – dal pensare. Ora dato che tra più volontà ve ne sia una più forte delle altre, codesta è l'autorità, ossia è la volontà a cui la norma può riferirsi. Accanto ad ogni rapporto giuridico esiste, quindi, un'autorità, ma tra questa e il rapporto non c'è una relazione come tra creatore e creatura: l'autorità è piuttosto un mezzo, uno strumento per la rivelazione del diritto, che è d'ordine spirituale, mentre l'autorità è la esistenza di una volontà più forte delle altre, è un fatto d'ordine materiale»* *ivi*, p. 29 (tondo aggiunti).

³³⁰ *Ivi*, p. 27 (tondo aggiunto).

il problema di convivenza si rivela come un semplice problema di confini: fin dove può spingersi l'autonomia della volontà privata?

Dal punto di vista normativo, l'ovvia soluzione consiste nel considerare tali limiti come rigidamente definiti dallo Stato attraverso le sue norme³³¹. In effetti, ammette Cesarini Sforza, «*si osserva come la massima parte degli atti privati di convenzione e di disposizione si modellino sui tipi o schemi offerti dalla legge mediante norme cogenti e norme dispositive*»³³². Ma cosa dire, invece, dei casi in cui la volontà privata regola *autonomamente* materie non prese in considerazione dalla legge statale, oppure decida di regolarle in modo, del tutto o solo in parte, diverso? In questi casi, scrive ancora Cesarini Sforza, «*è il diritto dei privati che affiora, quel diritto che si concreta in una serie di ordinamenti la cui giuridicità non deriva dalla loro posizione entro la gerarchia del diritto statale*»³³³. L'osservazione di queste diversa origine della giuridicità conduce Cesarini Sforza a costruire un *parallelismo* tra diritto dei privati e diritto statale, rifiutando la vecchia concezione verticale che vedeva il primo sottoposto al secondo³³⁴.

L'idea del parallelismo, beninteso, non serve a negare l'evidenza della supremazia dello Stato, che Cesarini Sforza concentra, come sopra visto, nel momento *applicativo-giurisdizionale* del diritto: «*lo Stato [...] non crea la giuridicità, ma stabilisce a quali applicazioni di essa è disposto a prestare la sua forza per realizzarle, ossia, tanto per fare un esempio, non crea la giuridicità de contratti, che dalle parti possono essere formati ed eseguiti anche se hanno una causa illecita, ma stabilisce con gli articoli 1119 e 1122 che, ove sia richiesto di tutelare l'esecuzione di un contratto illecito, rifiuterà il proprio intervento*»³³⁵. In quest'ultimo brano, Cesarini Sforza accenna alla stretta connessione del tema con la problematica della *causa*. La tematica dei rapporti tra autonomia individuale e autorità dello

³³¹ «Una volta che si concepisca l'ordinamento giuridico come emanazione della volontà dello Stato, è logico che si neghi assolutamente alla volontà privata la capacità di creare effetti giuridici, riconoscendole solo quella di designare certi scopi "a servizio dei quali il diritto – quando lo reputi opportuno – concede la sua forza tutelare". Posta l'equazione: volontà dello Stato-ordinamento giuridico, è solo la prima che crea la giuridicità dei rapporti nascenti nella vita, è solo dalla prima che deriva la costituzione giuridica di un dato rapporto sorto per soddisfare un privato interesse. Tuttavia il regolamento del rapporto è lasciato alla volontà individuale» *ivi*, p. 32 (tondi nel testo).

³³² *Ibid.*

³³³ *Ivi*, p. 33.

³³⁴ «È consueto, dall'osservatorio del diritto statale, lo scambio tra i prodotti dell'autonomia contrattuale e i prodotti di quell'altra autonomia, che si potrebbe chiamare organizzativa od associativa, la quale sta alla base del diritto dei privati. Un'esatta valutazione di quest'ultimo induce a concepirlo, invece, come una formazione giuridica non sottoposta, ma parallela al diritto dello Stato» *ivi*, p. 35 (tondo nel testo).

³³⁵ *Ivi*, p. 25.

Stato, insomma si sostanzia nella disciplina del contratto e si manifesta, segnatamente, nella considerazione giuridica della causa.

Gli articoli cui fa riferimento sono, chiaramente, quelli del Codice del 1865 allora ancora vigente. In esso, la causa veniva riferita propriamente all'obbligazione, piuttosto che al contratto, indicando l'art. 1104 come uno dei requisiti essenziali della stipulazione «una valida causa per obbligarsi». Agli articoli citati da Cesarini Sforza, poi, si stabilisce che l'obbligazione priva di causa, «*o fondata sopra una causa falsa od illecita*», non è idonea a produrre effetti giuridici (art. 1119), e si definisce come illecita la causa «*contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico*» (art. 1122)³³⁶. Modellato sull'esperienza del *Code civil* francese³³⁷, il Codice italiano del 1865, oltre a ricalcarne sostanzialmente la struttura, da esso trae buona parte della disciplina dell'obbligazione, limitandosi quasi a tradurre nei due articoli sopra visti gli artt. 1131 e 1132 in merito alla causa. Per questo tramite, si afferma in Italia la *teoria soggettiva* della causa, già espressa in Francia da chi aveva riscoperto le teorie di Jean Domat³³⁸, e perfettamente confacente all'ispirazione liberale e liberistica che muoveva la società italiana appena unificata, tanto che si parla del Codice civile del 1865 come della «Costituzione dell'Italia liberale»³³⁹.

La teoria soggettiva della causa faceva coincidere quest'ultima con lo *scopo individuale* del contratto, la motivazione in virtù del quale la parte prestava il consenso ad obbligarsi³⁴⁰. Già allora, tuttavia, non mancavano opinioni contrarie, che presto accesero una discussione teorica che diventerà, ed è tuttora, tra le più dibattute dell'intera civilistica italiana. Si cominciava a sostenere, cioè, che la ricostruzione soggettiva della causa ingenerasse una confusione con il diverso elemento soggettivo della *volontà* delle parti, dalla quale poteva esser tenuta distinta solo a condizione di considerarla «*come essenza materiale ed oggettiva del contratto*»³⁴¹: «*si iniziò così opportunamente a notare – scrive Alessandro Galati – come la causa sia un antecedente storico della volontà, che da essa non può in alcun modo dipendere*

³³⁶ Art. 1120: «*il contratto è valido, quantunque non ne sia espressa la causa*»; art. 1121: «*la causa si presume sino a che non si prova il contrario*».

³³⁷ Vd. G. ALPA, *Diritto civile italiano*, op. cit., pp. 127 e ss.

³³⁸ J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Parigi 1745 ; H. CAPITANT, *De la cause del obligations*, Parigi 1927.

³³⁹ S. SOLIMANO, *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in AA. VV., *Tempi del diritto*, op. cit., pp. 353 e ss.

³⁴⁰ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze 1885.

³⁴¹ A. GALATI, *La causa del contratto tra «funzione economico-sociale» e «sintesi degli interessi individuali delle parti»*, articolo consultabile online: http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_civile/1_Galati.html.

(BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.* 1908, II, 115 ss.) in quanto, rileva questa dottrina, non può essere vista come il motivo per il quale la parte agisce ma – semmai – come il motivo in virtù del quale l'ordinamento riconosce e sanziona giuridicamente il rapporto che le parti hanno posto in essere»³⁴².

Anche chi rimaneva, in fondo, ancorato ad una concezione soggettiva, inoltre, comincia ad elaborare il concetto di *finalità economico-giuridica* del contratto³⁴³, avvicinandosi ad una «ricostruzione caratterizzata da maggiore oggettività»³⁴⁴: «questo motivo ultimo o funzione economico – giuridica del negozio non poteva quindi essere confusa coi motivi remoti o impellenti, che orientano la volontà dell'agente, che sono dotati di marcata rilevanza sociale ma assolutamente privi di valore giuridico: lo scopo o funzione del negozio, in questa linea interpretativa, costituisce dunque la causa oggettiva della contrattazione, il lato oggettivo del negozio giuridico (SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma 1933, 88 – 90)»³⁴⁵.

Tuttavia, è solo con l'intervento del nuovo Codice civile, nel 1942, che la teoria soggettiva viene del tutto abbandonata in favore di una concezione oggettiva della causa. Invero, nel Codice non si rinviene una chiara definizione della causa, né dalle sue disposizioni è possibile dedurre una presa di posizione univoca sul tema. È piuttosto nella Relazione del Guardasigilli che viene esplicitata l'opzione per tale soluzione teorica del problema: «bisogna tener fermo, contro il pregiudizio incline a identificare la causa con lo scopo pratico individuale, che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreta (ché allora non sarebbe ipotizzabile alcun negozio senza una causa), ma è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che la sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art. 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica»³⁴⁶. La nuova concezione è diretta conseguenza dell'atmosfera culturale e dell'idea di Stato proprie del

³⁴² *Ibid.* (maiuscolo nel testo).

³⁴³ R. DE RUGGIERO, *Istituzioni di diritto civile*, Messina 1929.

³⁴⁴ A. GALATI, *op. cit.*

³⁴⁵ *Ibid.* (maiuscolo nel testo). Cfr. G. DE GENNARO, *I contratti misti*, CEDAM, Padova 1934.

³⁴⁶ *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del «Codice civile»*, in *Codice civile. Testo e Relazione Ministeriale*, Istituto poligrafico dello Stato, Roma 1943, p. 132.

regime fascista³⁴⁷. In effetti, nella stessa Relazione è specificato che «un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione della causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto»³⁴⁸.

Come rileva sinteticamente Rosalba Alessi, «il suggerimento proveniente dalla Relazione connotava il concetto di causa del contratto da tre profili: una concezione della causa riferita [...] all'esito, al risultato avuto di mira dal contratto; una concezione oggettiva ma al contempo astratta, diversa e distinta dallo "scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto"; una concezione della causa che ne intendeva accentuare il ruolo di veicolo del controllo dell'ordinamento sull'atto di autonomia privata evocando una sorta di "funzionalizzazione" di questa»³⁴⁹.

Di tale teoria fu più illustre ed autorevole sostenitore Emilio Betti, secondo cui: «ogni tipo di negozio serve a una funzione economico-sociale sua caratteristica (in questo senso, tipica), la quale, mentre viene normalmente tenuta presente da chi lo compie (e così ne costituisce l'intento pratico tipico), è presa in considerazione dal diritto sia quale ragione giustificatrice della garanzia e sanzione giuridica, sia quale criterio direttivo per la configurazione di effetti ordinativi ad essa conformi. [...] Tale funzione o ragione [...] si qualifica causa del negozio giuridico. [...] Il diritto non concede la propria sanzione al mero arbitrio, al capriccio individuale, al motivo transeunte (motivo che, quando non sia frivolo, ma plausibile, rimane irrilevante), ma la concede solo a funzioni che esso valuta socialmente rilevanti e utili per la comunità cui dà ordine e in cui si svolge»³⁵⁰. Poiché «l'elemento di novità che l'autonomia privata mira ad introdurre nella situazione preesistente [...], esige una giustificazione oggettiva»³⁵¹, la causa va intesa come «un interesse sociale oggettivo e socialmente controllabile [...] attinente all'esigenza di socialità che presiede alla funzione ordinatrice del diritto»³⁵². Continua Betti, che contro i «vari modi di identificare la causa con elementi singoli del negozio»³⁵³ in nota cita persino la *Scienza della logica* di Hegel a supporto della sua tesi:

³⁴⁷ «Il diritto civile, quale settore dell'ordinamento giuridico, è una componente essenziale del modello politico di una società. Nell'ambito di una società accentrata, statalista, collettivista, esso finisce inevitabilmente per collocarsi in una posizione subalterna rispetto al diritto pubblico» G. ALPA, *Diritto civile italiano*, op. cit., p. 425 (tondo aggiunto).

³⁴⁸ *Relazione al codice*, op. cit., p. 132 (tondo aggiunto).

³⁴⁹ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Giappichelli, Torino 2015, p. 303 (tondi nel testo).

³⁵⁰ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2002, pp. 56-57 (tondo nel testo).

³⁵¹ *Ivi*, p. 170 (tondo aggiunto).

³⁵² *Ivi*, p. 172.

³⁵³ *Ivi*, p. 180

«la causa o ragione del negozio s'identifica con la funzione economico-sociale del negozio intero, ravvisato spoglio della tutela giuridica, nella sintesi de' suoi elementi essenziali, come totalità e unità funzionale in cui si esplica l'autonomia privata. La causa è, in breve, la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata»³⁵⁴.

L'accoglimento di una simile impostazione porta con sé talune conseguenze teoriche di non poco conto che hanno sollevato diverse critiche, divenute in un certo senso *classiche*. Secondo quest'ordine d'idee, la causa sembrerebbe porsi più come elemento esterno che non come elemento interno al contratto. In quanto *funzione* del contratto, infatti, essa costituirebbe nient'altro che un giudizio dell'ordinamento sostanzialmente coincidente con quello di *meritevolezza dell'interesse*. Ma se la causa viene considerata in questo modo come *funzione astratta*, essendo la valutazione della situazione concreta del tutto pretermessa, risulterà difficile, se non impossibile, distinguerla dal *tipo* disciplinato dal Codice. Scrive Rosalba Alessi: «se la causa esprime la (generale ed astratta) funzione economico-sociale propria di quel contratto, scevra da ogni elemento di concretezza riferito al singolo, concreto, contratto, dovrà ammettersi che tale funzione sia stata preventivamente individuata ed “approvata” dal legislatore allorché egli ne abbia previsto e regolato il tipo (compravendita, locazione, mandato, ecc.)»³⁵⁵.

Ciò conduce a due importanti osservazioni. In primo luogo, accettando questa tesi, ci si troverebbe nell'assurdo di dover ritenere in ogni caso lecita la causa di un contratto tipico. Dovendo escludere dall'analisi ogni elemento di concretezza, infatti, ci si potrebbe trovare di fronte a paradossali situazioni limite per cui, come nell'esempio divenuto celebre di Rodolfo Sacco: «se vendo droga, il contratto dovrebbe avere causa lecita, perché è una compravendita, e assolverebbe alla funzione di scambiare merce contro prezzo, funzione espressamente approvata dal legislatore con l'art. 1470»³⁵⁶. In secondo luogo, seguendo la linea argomentativa tracciata da questa teoria, si sarebbe costretti a ritenere riferite ai soli *contratti atipici*, nonostante la loro apparente valenza generale, alcune importanti disposizioni del

³⁵⁴ *Ibid.* (tondo nel testo). Scrive Betti in nota: «questa nostra conclusione riceve luce da quanto HEGEL, *Wissenschaft der Logik*, 1841, II, 74, rileva circa il concetto speculativo di “ragione” (*Grund*), che corrisponde a quello giuridico di causa del negozio: “Gli aspetti parziali dell'azione vengono compresi mercé le rispettive cause; ma la relazione reciproca fra loro – relazione, che configura il nocciolo essenziale di ciò che esiste in concreto – non è contenuta nelle singole cause di carattere meccanico. Questa relazione, che è il tutto quale sintesi essenziale (*wesentliche Einheit*), sta solo nel concetto, nello scopo (*Zweck*)» *ibid.* (maiuscolo nel testo).

³⁵⁵ R. ALESSI, *op. cit.*, p. 303 (tondo nel testo).

³⁵⁶ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, UTET, Torino 1993, p. 787.

Codice: l'art. 1325, n. 2 c.c. che annovera la causa tra i requisiti del contratto, e l'art. 1343 c.c. che disciplina il caso della causa illecita.

Mentre, insomma, il giudizio di meritevolezza degli interessi sarebbe effettuato *a priori* dal legislatore nel caso dei contratti tipizzati nelle norme del Codice, nel caso dei contratti atipici questo andrebbe effettuato secondo il criterio di un *minimun* di utilità sociale. Considerando il sistema politico (e ideologico) di dirigismo fascista di cui il Codice fu diretta emanazione, come sopra accennato, solleva il sospetto più che legittimo che in questo assetto normativo (e in questa interpretazione dottrinarica) si manifesti l'intento di arginare l'autonomia privata entro i ristretti fini dell'ordinamento giuridico, con una significativa compressione della *signoria del volere* dei privati, segnatamente attraverso il giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma II. Intesa in modo oggettivo, dunque, taluni hanno considerato la causa «*come un mezzo grazie al quale lo Stato nella sua connotazione fascista poteva attuare una sorta di politica dirigistica dell'economia nazionale, relegando anche l'autonomia privata nel novero delle libertà dell'individuo intese dal regime non come strumenti di esplicazione dell'umana personalità, ma come strumenti per il tramite dei quali l'ordinamento corporativo poteva soddisfare i fini suoi propri, che erano quelli eticizzanti tipici del regime* (CATAUDELLA, *I contratti, parte generale*, Torino 2000, 187; ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto, in nuova giur. civ. comm.* 1995, II, 1 ss.)»³⁵⁷.

Vale la pena notare che, pur nell'alveo della dottrina della causa in senso oggettivo, vi sono alcuni non trascurabili elementi utili a mitigare il tiro puramente obbiettivistico della teoria. Già Betti parla, accanto ad una *tipicità legale* della causa, di una sua *tipicità sociale*: «*la configurazione per tipi non si opera di necessità mediante qualifiche tecnico-legislative: essa può operarsi anche mediante rinvio a quelle che sono le concezioni dominanti nella coscienza sociale dell'epoca nei vari campi dell'economia, della tecnica e della morale*»³⁵⁸. Si tratta, com'è evidente, di una tipicità «*assai più elastica nella configurazione dei tipi*»³⁵⁹, che si pone persino come «*via preferibile appena il bisogno di tutela giuridica dell'autonomia privata si faccia sentire in una sfera così ampia da far divenire le denominazioni tradizionali inadeguate e insufficienti ad esaurirne il campo*»³⁶⁰. È nella rispondenza a questa forma sociale di tipicità, dunque, che Betti ritiene di poter individuare il contenuto stesso del giudizio di meritevolezza

³⁵⁷ A. GALATI, *op. cit.* (maiuscolo nel testo).

³⁵⁸ E. BETTI, *op. cit.*, p. 192 (tondo nel testo).

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ *Ibid.*

degli interessi³⁶¹. Tale soluzione non persuade Francesco Gazzoni. Egli parte dalla constatazione per cui l'art. 1322, comma II c.c. costituisce «una delle rare norme che avrebbe potuto (se non dovuto) essere con maggiore ragionevolezza³⁶² coinvolta in toto nella caduta dell'ordinamento corporativo fascista, essendone compiuta espressione (ovviamente a livello di ideologia, quale traspare dalla Relazione del Guardasigilli)»³⁶³. Secondo Gazzoni, infatti, l'art. 1322, comma II c.c. «deve la propria continuità nel sopravvenuto ordinamento democratico probabilmente ad un puro caso “mancando in esso una esplicita menzione dell'ordinamento corporativo”. Eppure – continua Gazzoni – non è dubbio che una tale menzione vi avrebbe ben figurato ad esprimere quelle esigenze di “produttivismo collettivo” tipiche del sistema economico fascista, le quali erano state la molla che aveva indotto alla formulazione di una norma, mirante in realtà, sotto il manto dell'autonomia contrattuale, a svuotare dall'interno il potere di autodeterminazione del singolo»³⁶⁴. Alla luce di ciò, egli ritiene che la portata del giudizio di meritevolezza vada sensibilmente ridimensionata rispetto alle intenzioni manifestate nella Relazione del Guardasigilli. Muovendo dal presupposto secondo cui «utilizzando criteri di giudizio direttamente o indirettamente normativi, non è possibile individuare un tertium genus oltre il lecito e l'illecito»³⁶⁵, egli giunge a rigettare la tesi bettiana che fa, in ultima analisi, dell'art. 1322, comma II c.c. un doppione dell'art. 1343 c.c.³⁶⁶. Gazzoni, infatti, evidenzia il fatto che Betti «parla di utilità sociale e di rispondenza “all'economia nazionale e all'ordine pubblico” come di termini omogenei di riferimento, così involontariamente chiarendo, al di là di ogni possibile dubbio, che il giudizio di utilità sociale coincide con un giudizio di non contrasto proprio con quell'ordine pubblico che è tipico

³⁶¹ Ivi, pp. 192-193.

³⁶² «Il d.l.l. 14 settembre 1944, n. 287, abrogando l'ordinamento corporativo, ha portato all'eliminazione immediata di tutti quei richiami ai suoi principi operati variamente ed in varie materie dal codice civile, rinviando invece al futuro una revisione integrale dell'intera codificazione. Tra le norme interessate dall'abrogazione molte sono di fondamentale importanza ed hanno incontrato un comune destino di rifiuto totale da parte di una larga parte della dottrina e della giurisprudenza (che le ha condannate alla morte giudiziaria mediante disapplicazione) soprattutto a motivo delle origini, per così dire “politicizzate”. Al contrario può certamente affermarsi che i contenuti normativi delle regole, così come più in generale il disegno stesso del codice civile, non sono in nulla condizionati dai principi corporativi; essi vivono di vita propria specialmente quando sono racchiusi in una clausola generale, che permette una automatica espansione del comando fino ad abbracciare i nuovi principi dell'ordinamento repubblicano» F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, ed. Key, Vicalvi 2017, p. 1. Continua l'autore in nota: «la tecnica delle clausole generali, infatti, permette, da un lato, di porre la norma al riparo dalla naturale obsolescenza e, dall'altro, di superare, senza dover ricorrere alle forbici censorie, anche i momenti di crisi istituzionale» *ibid.* (in nota).

³⁶³ Ivi, p. 2.

³⁶⁴ Ivi, pp. 2-3.

³⁶⁵ Ivi, p. 55 (tondo nel testo).

³⁶⁶ Ivi, p. 54.

criterio per giudicare della liceità del contratto. D'altra parte non potrebbe essere altrimenti, una volta che il giudizio di meritevolezza sia condotto sulla base di riferimenti normativi: se l'utilità sociale coincide con la conformità a regole economiche enucleate dal legislatore, l'alternativa non può essere se non quella dell'inserimento armonico o del contrasto tra atto privato e norme di legge (eventualmente riunite in sistema generale di ordine pubblico), cioè della liceità o illiceità dell'atto medesimo»³⁶⁷. In conclusione, sostiene Gazzoni, «l'art. 1322 cap. c.c. non può essere quel veicolo di funzionalizzazione del contratto che l'ideologia fascista propugnava a parole e che fece rischiare alla norma la soppressione integrale successivamente all'abrogazione del sistema corporativo»³⁶⁸.

Un secondo importante aspetto consiste nello spazio che la teoria oggettiva della causa come funzione d'interesse economico-sociale pur concede ad una dimensione caratterizzata da maggior concretezza. Alla voce *causa del negozio giuridico* nel *Novissimo Digesto Italiano*, Betti scrive: «a codesto aspetto oggettivo della causa fa riscontro il suo riflesso soggettivo (si tratta di due profili logicamente correlativi, non già di due nozioni contrastanti, come di solito si ritiene). Poiché la causa, infatti, ritorna in modo uniforme e costante in tutti i concreti negozi che appartengono al medesimo tipo, è chiaro che nella normalità dei casi, viene a coincidere con essa l'intento pratico cui s'indirizza in concreto la volontà di chiunque compia negozi di quel tipo [...]. Il che conferma come non sia esatto contrapporre la causa alla volontà,

³⁶⁷ Ivi, p. 55. «La riprova della plausibilità dell'impostazione è, pur sempre, nell'analisi dell'opposta teoria, al fine di dimostrarne l'incongruità. Il Betti, dopo aver indicato taluni esempi di contratti che comportano l'astensione da un'attività produttiva e un'esplicazione sterile della propria attività, osserva come sia "ovvio che un regime intento a potenziare le energie e iniziative individuali e a tutelare l'incremento della produzione collettiva dev'essere portato a considerare simili contratti – anche se non immorali nel senso di urtare contro i buoni costumi – siccome immeritevoli di tutela giuridica. Ma a negar questa non si arriva attraverso la qualifica di illiceità, per quanto estesa, giacché, ove siano in gioco interessi meramente individuali, è lecita in sé ogni diminuzione di un bene disponibile, che avvenga dietro compenso e col consenso dell'interessato, sempre che i buoni costumi o l'ordine pubblico non siano in questione (art. 5 c.c.)". Questo passo dimostra realmente l'inconsistenza di della distinzione, che si riduce a mera terminologia: certo, se il contrasto con l'ordine pubblico viene limitato nella fattispecie all'ipotesi di cui all'art. 5 c.c. è ovvio che residui una vasta area scoperta, che la c.d. meritevolezza dovrebbe coprire. Ma è sufficiente ampliare il concetto di ordine pubblico comprendendovi anche i principi economici generali dell'ordinamento giuridico (non diciamo del regime, per carità!) per togliere ogni funzione e giustificazione al giudizio di meritevolezza, così congegnato. È da rilevare come paradossalmente tutto questo contraddittorio ragionamento del Betti prenda le mosse proprio dall'accettazione incondizionata della libertà individuale, la quale incontrerebbe delle limitazioni molto tenui perfino se esterne, posto il ristrettissimo confine di operatività dello stesso ordine pubblico. Tuttavia appare certo, mi pare, che il c.d. giudizio di meritevolezza nel pensiero del Betti, svolge un ruolo parallelo e omogeneo al giudizio di liceità, perché si restringe o si amplia a seconda che si potenzi o meno quest'ultimo; si concepisce, dunque, la non meritevolezza in chiave di illiceità, sia pure surrettizia» ivi, pp. 60-62 (tondi nel testo). Il virgolettato è tratto da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di dir. Civ.*, diretto da F. VASSALLI, Torino 1960, p. 400.

³⁶⁸ Ivi, p. 62.

intendendo quella esclusivamente quale momento oggettivo. In realtà la causa, l'interesse in senso oggettivo (al mutamento dello stato di fatto) in tanto opera attraverso il congegno del negozio, in quanto viene a coincidere normalmente con l'interesse individuale determinante la volontà privata nel caso concreto. Certamente nell'impartire la sua tutela all'autonomia privata, l'ordine giuridico ha riguardo non già al capriccio individuale, ma solo alla funzione socialmente rilevante del negozio-tipo in sé e per sé considerato; e la natura generale di una funzione è cosa diversa dall'interesse che il singolo può avere alla sua attuazione nel caso concreto. Ma il punto è che, senza questo concreto interesse, la funzione sociale non potrebbe normalmente attuarsi, e la causa tipica del negozio non opererebbe se dovesse rimaner fuori dalla volontà»³⁶⁹. Tuttavia, questa deviazione in senso soggettivistico della teoria oggettiva³⁷⁰, che dovrebbe porre rimedio all'esigenza di salvare la nozione di causa illecita³⁷¹, non convince Renato Scognamiglio, secondo cui «chi parla [...] di logica correlazione tra aspetto soggettivo e oggettivo della causa, si mantiene lontano dalla realtà e comunque cade nella inconseguente commistione dell'elemento psicologico e di quello oggettivo. [...] Si spiega meglio che la causa, com'è intesa dalla teoria oggettiva, costituisce logicamente un coefficiente fisso e immutabile del negozio, un elemento astrattamente stilizzato, laddove la volontà, l'intento, rappresenta essenzialmente qualcosa di individuale, di concreto, un "quid" di mobile, di cangiante: per far incontrare dunque questi elementi deve intendersi la volontà come oggettivamente tipica, ovvero la funzione (oggettiva) come lo scopo concreto, mutevole delle parti; ciò significa cadere in proposizioni contraddittorie»³⁷².

Il problema della coincidenza tra causa (in senso oggettivo) e tipo, viene avvertito anche dalla giurisprudenza. Nel 1973, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione precisano che: «La causa, come funzione economico-sociale del negozio, va intesa, nei contratti tipici come funzione concreta obiettiva, che corrisponde ad una delle funzioni tipiche ed astratte determinate dalla legge. Pertanto anche nei contratti tipici, avendo riguardo a detta funzione concreta, è concepibile una causa illecita, che si ha quando le parti, con l'uso di uno schema

³⁶⁹ E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in A. AZARA e E. EULA (a cura di), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Unione tipografico-editrice torinese, Torino 1967, p. 36 (tondi nel testo).

³⁷⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, Napoli 2008, p. 240.

³⁷¹ Problema che non si pone, d'altro canto, Francesco Santoro-Passarelli, secondo cui: «poiché il requisito della liceità deve ritenersi stabilito per la causa in senso proprio, concretamente considerata, e non per il motivo al quale si riferisce altra norma [...] (art. 1345), è chiaro come questo requisito si ponga soltanto per i negozi, la cui causa non è specificamente determinata dalla legge, cioè per i negozi i n n o m i n a t i: nei negozi a causa predeterminata la stessa non può essere che lecita» F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli 1978, pp. 186-187 (spaziatura nel testo).

³⁷² *Ibid.*

negoziale tipico, abbiano direttamente perseguito uno scopo contrario ai principi giuridici ed etici fondamentali dell'ordinamento» (Cass., SS. UU. 11/01/1973, n. 63). È lungo questa direttrice che si va affermando, dagli anni '60, la tendenza a valorizzare l'aspetto concreto della causa. Nel 1987, ancora la Cassazione si sofferma sul tema, spiegando che «la causa, posta direttamente dalla norma per ciascun contratto tipico, deve essere presente anche nel contratto tipico concretamente posto in essere, il quale deve avere una funzione concreta che corrisponda ad una delle funzioni tipicamente e astrattamente considerate» (Cass., 23/05/1987, n. 4681). Si palesa, insomma, la necessità di distinguere tra causa in astratto e causa in concreto. Scrive Francesco Galgano: «altro è il modello astratto, altra la concreta realizzabilità del modello: sotto il primo aspetto, se si tratta di contratto tipico, non può porsi un problema di mancanza di causa; lo si può porre, invece, sotto il secondo aspetto. [...] Il problema della causa si pone anche sotto il primo aspetto, quello della causa in astratto, per i contratti atipici o innominati [...]. Per essi il giudice dovrà accertare, in applicazione del [...] criterio dell'art. 1322, comma 2°, [...] se nel modello di operazione economica, non corrispondente a tipi regolati da fonti di diritto oggettivo, al quale le parti hanno conformato il regolamento dei propri interessi, ricorra il requisito della causa (cosiddetta causa atipica). Il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2°, attiene alla causa in astratto; è, per i contratti atipici, una valutazione sostitutiva di quella effettuata, per i contratti tipici, dal diritto oggettivo»³⁷³. Galgano, si badi, ha cura di specificare che il controllo giudiziario sull'autonomia contrattuale dei privati «è un controllo che il giudice non esercita solo in senso negativo, per accertare se si tratta di interessi illeciti, contrari all'ordinamento giuridico [...]; ma che esercita anche in senso positivo, per accertare se gli interessi perseguiti dalle parti siano “meritevoli di tutela” [...]. Il giudice, inoltre, deve qui giudicare “secondo l'ordinamento giuridico”: secondo il diritto, cioè, e non secondo equità; si pronuncerà sulla meritevolezza degli interessi perseguiti avendo presenti le norme che regolano casi simili o materie analoghe o, in mancanza, i principi generali dell'ordinamento giuridico (art. 12, comma 2°, delle preleggi)»³⁷⁴. «Questo potere di controllo dell'autonomia contrattuale – spiega Galgano – non è attribuito al giudice a protezione degli interessi pubblici. [...] È riconosciuto, invece, a protezione degli stessi contraenti: per tutelarli “contro il rischio di atti capricciosi o imponderati” e, soprattutto, a protezione del contraente più debole»³⁷⁵.

³⁷³ F. GALGANO, *Il contratto*, CEDAM, Padova 2011, pp. 151-152.

³⁷⁴ *Ivi*, pp. 152-154.

³⁷⁵ *Ivi*, p. 154.

Si manifesta qui l'idea, divenuta dominante in dottrina, della causa come *funzione economico-individuale* del contratto, in quanto nient'affatto separabile dalla considerazione del «concreto assetto di interessi *voluto e delineato dalle parti*»³⁷⁶. È il caso di notare che, come specifica Rosalba Alessi, «con la nozione di “causa in concreto” non si intende tornare ad una concezione soggettiva che in qualche modo dia risalto allo scopo o intenzione di ciascuna parte e dunque ai motivi [...]. La concezione della causa “in concreto” dà piuttosto adeguato risalto agli interessi perseguiti dalle parti solo in quanto obiettivati, trasfusi cioè nel regolamento contrattuale in concreto delineato»³⁷⁷. In merito si è più volte espressa la Cassazione. In una delle pronunce più significative, la 10490 del 2006, si legge: «si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale» (Cass., 08/05/2006, n. 10490).

Se, allora, come scrive di recente Fabrizio di Marzio, «il confine legale della libertà di negoziare e concludere contratti è nella cosiddetta meritevolezza degli interessi perseguiti»³⁷⁸, risulta chiaro che la teoria della causa in concreto, cioè come *sintesi degli interessi reali*, restituendo centralità allo scopo individuale avuto di mira dalle parti, rappresenta un significativo scavalcamento di confini rispetto all'antica concezione rigidamente statualistica che aveva orientato la stesura del Codice del '42 e che a lungo ha resistito in dottrina. La rivincita del diritto privato, attraverso il successo del contratto, non poteva che favorire

³⁷⁶ R. ALESSI, *op. cit.*, p. 304 (tondo nel testo).

³⁷⁷ *Ibid.* (tondo nel testo).

³⁷⁸ F. DI MARZIO, *La politica e il contratto. Dalla affermazione dei valori alla negoziazione degli interessi*, Donzelli, Roma 2018, p. 20 (tondi nel testo).

l'approdo a tale espansione della sfera dell'autonomia privata, funzionale tanto alle mutevoli esigenze inscritte nella dinamica del diritto vivente, quanto a quella ipertrofia del mercato a dimensione globale che ha riportato la *lex mercatoria* agli antichi fasti, superandoli.

Il superamento degli steccati, tuttavia, non è senza conseguenze sul piano della tecnica giuridica, comportando taluni spostamenti argomentativi di non poco momento. Non v'è chi non veda in ciò, infatti, il manifestarsi di una profonda crisi dell'intero impianto sistematico dell'ordinamento in riferimento proprio al rapporto tra Stato e individui, con ripercussioni, a sentir loro, drammatiche, su quegli stessi dogmi su cui si era edificato l'universo giuridico moderno. Vale a dire, tra gli altri, l'indiscusso primato del pubblico sul privato e, non meno importante, come sopra visto, il mito della *certezza del diritto*, messo a dura prova dalla cosiddetta *crisi della fattispecie*. Sarà opportuno, dunque, nel prosieguo del discorso, indagare questi potenziali aspetti critici, considerarne gli argomenti e cercare, ove possibile, i rimedi a questi posti dall'ordinamento. Per questo, come si vedrà, si dovrà far primariamente riferimento alla giurisprudenza, e segnatamente al compito nomofilattico di cui è investita la nostra Corte di Cassazione.

CAPITOLO III

UN PROBLEMA DI CERTEZZA: IL RUOLO DELLA SUPREMA CORTE

SOMMARIO: 1. Dominare l'im-prevedibile. – 2. La crisi della fattispecie. – 3. Un contratto incalcolabile. – 4. La funzione nomofilattica della Corte di Cassazione. – 4.1. *La riforma del 2006 e il recupero della nomofilachia.* – 5. Diritto post-moderno ed eclissi del diritto civile. – 5.1. *La giurisprudenza creativa.* – 5.2. *La funzione nomofilattica come risposta al post-modernità del diritto.* – 6. Le clausole *claims made*. – 6.1. *Sulla atipicità della clausola claims made e giudizio ex art. 1322, comma 2, c.c.* – 6.2. *Sulla tipicità della clausola claims made: dalla meritevolezza alla causa concreta.*

1. Dominare l'im-prevedibile

Il complicato rapporto tra fatti e norme genera taluni problemi che la concezione normativista è costretta a fronteggiare e risolvere per salvaguardare quei capisaldi, o *miti*, su cui poggia. In primo luogo, la priorità accordata all'esigenza di assicurare la certezza del diritto incontra un limite nella disposizione del diritto ad occuparsi, come aveva intuito già Aristotele, delle cose *future* e non di quelle presenti. In secondo luogo, la fondamentale astrattezza della norma si scontra con la necessità del diritto di occuparsi di fatti concreti, singolarmente considerati. Un argine ed un conflitto che possono apparire invalicabili da un punto di vista logico, ma cui la tecnica giuridica ha posto rimedio mediante l'elaborazione del concetto di *fattispecie*.

Come scrive Natalino Irti, il cui ragionamento si seguirà nella prima parte del presente capitolo, l'esigenza di certezza del diritto è un'esigenza di *calcolabilità*: l'individuo deve poter *calcolare* ciò che avverrà, sul piano giuridico, a seguito dei suoi comportamenti. Dunque, «*il diritto* – egli scrive – *ha la pretesa di dominare l'im-prevedibile, di attribuire significato agli*

eventi futuri»³⁷⁹ e, per far ciò, si affida ad un *calcolo delle probabilità*³⁸⁰, vale a dire ad un «calcolo del grado di possibilità degli eventi che esso decide di regolare»³⁸¹. Questa operazione di «selezione di eventi probabili»³⁸² costituisce il momento genetico di ogni norma, ma «poiché gli eventi sono soltanto probabili, e dunque privi di qualsiasi determinatezza (non hanno né nome né volto, né tempo né luogo), ecco che il diritto si trova d'ordinario nella necessità di tipizzarli, di considerarli in modo astratto e generale»³⁸³. Proprio questo calcolo delle probabilità, secondo Irti, «si esprime nella costruzione della fattispecie»³⁸⁴. Introdotto da Emilio Betti, quello di *fattispecie* è un concetto di «dommatica pura»³⁸⁵ consistente nella «descrizione o immagine, non di un fatto già accaduto e quindi accertabile mercé un giudizio storiografico, ma di un fatto futuro o di una classe di fatti futuri, che la norma considera dotati di un qualche grado di probabilità»³⁸⁶. Definita da Carnelutti «costruzione di un modello dell'atto»³⁸⁷, la fattispecie, «ossia “species facti”, [è] uno schema o figura tipica, destinata a realizzarsi per indefinito numero di casi»³⁸⁸. Trattasi di una descrizione di un fatto eventuale³⁸⁹, cui la norma ricollega la produzione di un determinato effetto secondo lo schema «se A, allora B». L'accadere nella realtà empirica di un fatto integralmente corrispondente alla fattispecie determina allora la produzione dell'effetto, che la norma ricollega al verificarsi di un fatto conforme a quello descritto nella fattispecie³⁹⁰. Per *caso*, in senso giuridico, si intende un evento

³⁷⁹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, op. cit., p. 19 (tondo nel testo).

³⁸⁰ «Sono ormai cadute le filosofie o ideologie, che s'illudevano di dominare l'imprevedibilità e di tracciare il cammino necessario della storia umana. Questo tramonto travolge antiche certezze, leggi di natura, gerarchie originarie di uomini e cose; e ci lascia soli, immersi nel calcolo del probabile, di ciò che può accadere o non accadere» *ibid.* (tondo nel testo).

³⁸¹ *Ivi*, p. 20.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ *Ibid.* (tondo nel testo).

³⁸⁴ *Ivi*, p. 21 (tondo nel testo).

³⁸⁵ ID., 'Calcolabilità' weberiana e crisi della fattispecie, in ID., *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 34.

³⁸⁶ ID., *La crisi della fattispecie*, op. cit., p. 22.

³⁸⁷ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3^a ed., Roma 1951, p. 230. Riportato in *ibid.*

³⁸⁸ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 5 (tondo aggiunto).

³⁸⁹ Cfr., in questi termini, AA.VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, UTET, Torino 2006, p. 73.

³⁹⁰ È quindi opportuno operare un riferimento al concetto di rilevanza elaborato dalla dottrina, che distingue tra rilevanza interna e rilevanza esterna. La prima attiene alla combinazione, contenuta nella norma giuridica, tra fattispecie ed effetto ad essa ricollegato; mentre l'altra riguarda la sussunzione del fatto storico alla fattispecie normativa. La combinazione operata dalla norma non riguarda fatti ed effetti concreti e storici, ma è di tipo generale ed astratto, e delinea la disciplina giuridica del fatto, quale risultante dalla relazione intercorrente tra tipi di fatto e tipi di effetto. Il concetto di rilevanza esterna, invece, riguarda il momento applicativo, cioè la sussumibilità di un fatto storico ad una fattispecie, alla descrizione operata dalla norma di una classe di fatti possibili. Quindi il singolo accadimento della realtà concreta rileva in ragione della sua conformità al modello di

im-prevedibile ri-conosciuto dal diritto³⁹¹: «il diritto vuole impadronirsi dell'evento, e farne un caso della propria applicazione. [...] L'evento diventa "caso" solo se soddisfa il calcolo di probabilità, perciò entrando nella volontà normativa e ricevendo un predicato giuridico. Il quale è un predicato addizionale, che non nasce all'interno del fatto, ma dall'esterno viene voluto e assegnato»³⁹².

La fattispecie, dunque, in questo senso serve a trasformare il fatto concreto, l'evento, in un caso: «il fatto concreto, qui ed ora accaduto fra soggetti determinati, diventa "caso" per virtù della legge, che, descrivendolo in anticipo, lo valuta e qualifica, lo approva e lo disapprova»³⁹³. In questo modo si riempie la distanza tra l'astrattezza connaturata alla norma e la concretezza dell'evento da essa disciplinato: «la tipizzazione semplificatrice permette alla norma di non consumarsi in un singolo giudizio applicativo, ma di prendere in sé un numero indefinito di eventi, riconducendoli, di volta in volta, entro date fattispecie e provvedendoli di precisi nomina juris»³⁹⁴. In altre parole, spiega ancora Irti, «il fatto, considerato con riguardo all'applicazione di una legge, assume la posizione logica di "caso". La relazione di legge a caso potrebbe anche enunciarsi come relazione di forma ad evento, poiché quest'ultimo, lungi dall'esprimere un significato interno, riceve significato dalla legge, la quale, applicandosi ad esso, ne fa un proprio caso. Questo esser "caso" è come prendere una forma, che altrimenti il fatto, in sé considerato, non avrebbe mai avuta. [...] Senza legge, un fatto non è un "caso", ma resta un evento in-forme e in-significante (ossia privo di forma e di significato nel mondo del diritto)»³⁹⁵.

Questa metamorfosi giuridica interviene per mezzo di un procedimento detto di *sussunzione* cui già Hegel riconosceva un ruolo centrale nell'esercizio della decisione giurisdizionale: «per il giudice giurista, in quanto organo della legge, il caso dev'essere preparato per la possibilità della sussunzione [zur Möglichkeit der Subsumtion], vale a dire: il caso dev'essere stato estratto dai suoi caratteri empirici-fenomenici ed elevato a fatto riconosciuto e a qualificazione universale»³⁹⁶. La certezza del diritto, la sua *calcolabilità*, si manifesta, secondo Irti, nella piena

fatto previsto dalla fattispecie. Per ulteriori riferimenti, si veda *ivi*, p. 89 e ss. Cfr. anche N. IRTI, *Norme e fatti: saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano 1984, p. 23 e ss.

³⁹¹ *Id.*, *La crisi della fattispecie*, op. cit., p. 19.

³⁹² *Ivi*, p. 21 (tondi nel testo).

³⁹³ *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 5 (tondo nel testo).

³⁹⁴ *Id.*, *La crisi della fattispecie*, op. cit., p. 23 (tondo nel testo).

³⁹⁵ *Ivi*, p. 24 (tondi nel testo). «Quando diciamo che un accordo di scambio, qui ed ora concluso, è un contratto di locazione, non ricaviamo un significato dall'interno del fatto, ma attribuiamo un significato o, se si vuole, una forma, che discende dallo schema normativo» *ibid.*

³⁹⁶ G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del Diritto*, Bompiani, Milano 2010, par. 226, p. 385.

coincidenza di decisione e applicazione della legge, nella *circolarità logica* tra «decidere, giudicare, e applicare la legge»³⁹⁷ di cui la fattispecie è *necessario strumento*, «*poiché essa contiene la figura anticipatoria di ciò che accadrà; e, traendolo indietro nel tempo, lo rende prevedibile e calcolabile*»³⁹⁸. La norma, pertanto, «*pensa*» la realtà in anticipo; il giudice torna a «*pensarla*», giovandosi di quella descrizione astratta e misurandolo sul fatto in concreto accaduto.

Se, dunque, «*razionalità e calcolabilità sono garantite dal rapporto tra fattispecie normativa e fatto concreto, sicché quella possa riconoscersi in questo, assegnargli il congruo predicato, e così decidere la causa*»³⁹⁹, a ciò va aggiunto che, per aversi certezza del diritto, «*l'amministrare giustizia esige l'assoluta legalità della fattispecie, il giudizio sussuntivo del fatto concreto, la deduzione della sentenza da predisposti principi*»⁴⁰⁰. Perché il mondo giuridico soddisfi i requisiti essenziali di *oggettività e impersonalità*, tra la *decisione normativa*, effettuata dal legislatore, e quella *giudiziale*, effettuata dal magistrato, deve collocarsi il giudizio sussuntivo «*onde il fatto concreto, ricondotto sotto la fattispecie, diventa un caso di applicazione della norma*»⁴⁰¹.

2. La crisi della fattispecie

La crisi di questo sistema di calcolabilità giuridica, garanzia della certezza del diritto, è essenzialmente una *crisi della fattispecie*. Secondo Irti, di questa crisi si rintracciano i prodromi già nell'introduzione delle *clausole generali*, quali la buona fede, la ragionevolezza, il buon costume e simili. Nel 1936, Carl Schmitt li considera come quegli strumenti che, segnando la «*rinuncia al fondamento del positivismo*»⁴⁰², creano «*la possibilità di rendere immediata giustizia alla concreta realtà di un rapporto vitale*»⁴⁰³, cioè a quella che Irti definisce una «*“situazione di vita”, giudicata nella sua identità e specificità*»⁴⁰⁴. Si assiste così all'«*irruzione di criteri di giudizio, che non si richiamano alla logica sussuntiva della fattispecie e offrono*

³⁹⁷ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 6 (tondo nel testo).

³⁹⁸ *Ibid.* (tondo nel testo).

³⁹⁹ *Ibid.* (tondo nel testo).

⁴⁰⁰ *Ivi*, p. 7 (tondo aggiunto).

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² Riportato in *ivi*, p. 8.

⁴⁰³ In *ibid.*

⁴⁰⁴ *Ibid.*

*immediata risposta alle situazioni di vita. Criteri, che riposano, non più sull'oggettività di norme calcolabili, ma sull'incontrollabile soggettivismo della decisione*⁴⁰⁵. [...] *C'è il preannuncio di un soggettivismo vitalistico, che non guarda più alla "realtà" attraverso gli occhiali della legge, giudicandola conforme o difforme, ma le si pone di fronte, e l'approva o disapprova con immediata decisione. [...] Le clausole generali hanno aperto una falla, uno squarcio rovinoso, in cui precipita ogni forma di soggettivismo*»⁴⁰⁶.

In questo *squarcio* deflagrerà la crisi in tutta la sua forza dirompente, *eversiva* direbbe Irti⁴⁰⁷, la quale si manifesta attraverso due momenti cruciali:

- 1) *Innalzamento dalla legge al diritto*, vale a dire alle norme costituzionali, considerate per il loro carattere di *norme senza fattispecie* in quanto «*non soddisfano lo schema ipotetico "se A, allora B", ma assegnano diritti incondizionati, enunciano principi e regole di convivenza, tutelano interessi e beni collettivi. Le norme costituzionali – continua Irti – sono applicate senza la mediazione di leggi ordinarie, e, dunque, senza quel ri-conoscersi del tipo nel fatto, della forma generale nell'evento concreto, in cui [...] risiede la genesi logica del "caso"*»⁴⁰⁸.
- 2) *Innalzamento dal diritto ai valori*, vale a dire a *criteri supremi* che nelle norme costituzionali si celano, «*se i valori sono intesi come principi storici [...] che l'interprete scopre o scova nel fondo delle norme positive*»⁴⁰⁹, o si calano, «*se essi sono insediati fuori dalla storia, dati da sempre e per sempre, e tali che "si positivizzano"*»⁴¹⁰, *di volta in volta, dentro singole norme*»⁴¹¹.

⁴⁰⁵ «*Le clausole generali sono trasferibili da uno ad altro clima politico, possono riempirsi di etica capitalistica degli affari o di interessi totalitari del popolo, e, insomma, si offrono ad ogni uso e ad ogni manipolazione*» *ivi*, pp. 8-9.

⁴⁰⁶ *Ibid.* (tondi nel testo).

⁴⁰⁷ *Ivi*, p. 8.

⁴⁰⁸ *Id.*, *La crisi della fattispecie*, op. cit., p. 26 (tondo nel testo).

⁴⁰⁹ *Ibid.*

⁴¹⁰ «*I principi morali incorporati dalla costituzione nella forma dei diritti fondamentali, oggettivamente intesi come principi elementari dell'ordinamento, acquistano natura giuridica e, con essa, un nuovo modo di validità, senza perdere il loro status originario. Essi appartengono in pari tempo al diritto e alla morale, di guisa che, da un lato, è restituita al diritto positivo la fondazione in un ordine oggettivo di valori sostanziali, e non semplicemente nella legalità procedurale, dall'altro è salvaguardata la sua autonomia assoggettando la determinazione dei criteri di integrazione – che non può avvenire se non caso per caso in relazione a singoli contesti concreti – ai modi, alle procedure e ai vincoli specifici dell'argomentazione giuridica*» L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, 2001, in *Id.*, *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica*, Milano 2011, p. 47. Riportato in *ivi*, pp. 26-27. «*La pagina di Mengoni – osserva Irti – presuppone che si dia un "ordine oggettivo di valori sostanziali", e che taluni uomini (i facitori di norme costituzionali) abbiano avuto in sorte il privilegio di conoscerli o intuirli*» *ivi*, p. 27.

⁴¹¹ *Ivi*, p. 26.

Questo passaggio ai valori determina un significativo mutamento di paradigma all'interno del meccanismo di risoluzione delle controversie, di cui persino Schmitt, nel 1960, percepirà tutte le pericolose implicazioni⁴¹². Mentre, infatti, le norme vivono della loro validità, cioè della loro conformità a procedure e forme stabilite dall'ordinamento di cui fanno parte, i valori, scrive Irti, «valgono in sé e per sé, non hanno bisogno di altre norme o di tramiti, ma si appoggiano soltanto su se stessi»⁴¹³. Il superamento della necessità di tramiti, in sostanza, coincide con l'abbandono del meccanismo della fattispecie: «l'evento non viene più commisurato ad una fattispecie, cioè sottoposto ad un raffronto con il modello tipico, ma misurato al valore: cessa di essere un "caso" [...], e diventa soltanto un'occasione per far valere un valore. Le norme si applicano, i valori si realizzano»⁴¹⁴.

Il riferimento al *raffronto* non è casuale, ed anzi indica la tecnica specifica del giudizio sussuntivo: «le fattispecie non sono invenzioni arbitrarie e capricciose, ma piuttosto modi di semplificare e definire quel vario e controverso mondo. Che così esce dal caos, dal fluire indistinto degli eventi, e si riduce e raccoglie in schemi di azioni possibili: possibili, e dunque ancora giacenti nel nulla. Il fatto concreto, "abdicando alla sua singolarità", si pone come tipo, diventa un "caso", e così rende applicabile la norma: si eleva, anch'esso, all'astrattezza

⁴¹² «L'idea necessita della mediazione, e quando si presenta con nuda immediatezza o auto-attuandosi in modo automatico, allora incute terrore, e la sciagura è tremenda. Per ciò che oggi si definisce valore, la verità corrispondente dovrebbe apparire ovvia. Su questo bisogna riflettere bene se ci si vuole attenere alla categoria del "valore". L'idea necessita della mediazione, ma il valore ne ha bisogno ancora di più. All'interno di una comunità la cui Costituzione prevede un legislatore e delle leggi, è compito del legislatore e delle leggi da lui decretate stabilire la mediazione tramite regole misurabili e applicabili e impedire il terrore dell'attuazione immediata e automatica dei valori. È un compito difficile, di fronte al quale si può ben comprendere perché i grandi legislatori della storia, da Licurgo e Solone fino a Napoleone, siano diventati figure mitiche. Negli odierni Stati industriali altamente sviluppati, con la loro macchina previdenziale di massa, il problema della mediazione si pone in modo nuovo. Se qui il legislatore fallisce non c'è nessuno che possa sostituirlo, o al massimo dei tappabuchi che cadono più o meno rapidamente vittime del loro ingrato ruolo. Un giurista che s'impegna nel diventare un attuatore immediato di valori dovrebbe sapere ciò che fa. Dovrebbe riflettere sull'origine e sulla struttura dei valori, senza prendere alla leggera il problema della tirannia dei valori e della loro attuazione immediata. Dovrebbe farsi un'idea chiara della recente filosofia dei valori, prima di decidersi a diventare valutatore, trasvalutatore, rivalutatore o svalutatore, e di annunciare, in quanto soggetto portatore di valori e dotato di senso del valore, le posizioni di un ordine gerarchico di valori soggettivo o anche oggettivo nella forma di sentenze dotate di valore legale» C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano 2009, pp. 67-68 (tondi aggiunti).

⁴¹³ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, op. cit., p. 27 (tondo nel testo).

⁴¹⁴ Ivi, p. 28 (tondi nel testo). «Il giurista dei "valori" innalza a valore ciò che fa "valere" con l'energia della propria volontà, o d'una volontà comune a sé e ad altri. [...] Egli si pone di fronte alla "situazione di vita", e risponde con la concreta immediatezza di un valore. La decisione della controversia non è più un caso di applicazione normativa, ma un'occasione di realizzare il valore, di esprimere un incalcolabile giudizio di approvazione o disapprovazione» ID., *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 14 (tondo nel testo).

e allo schematismo della legge»⁴¹⁵. Al contrario, il giudizio di valore opera mediante *confronto*, «ossia immediato contatto del valore con un'esperienza di vita, presa di posizione esistenziale»⁴¹⁶. In altre parole, mentre il giudizio sussuntivo «registra concordanza o discordanza tra il fatto concreto e la fattispecie»⁴¹⁷, quello valutativo «approva o disapprova, discrimina ciò che vale e ciò che non vale»⁴¹⁸. Ciò in quanto il valore, come, ad esempio, la solidarietà o la tutela della salute e del paesaggio, la dignità sociale, non ha bisogno di fattispecie, di una descrizione di fatti, poiché vale in sé e si applica dovunque sia invocato e preteso. Così in base al valore della solidarietà il giudice può intervenire sul contenuto del contratto al fine di correggere il rapporto fra le prestazioni economiche cui le parti si erano originariamente obbligate; invocando il valore del paesaggio si supera il profilo della proprietà e si introduce la categoria di beni comuni, fruibili e accessibili da tutti.

Il fenomeno della crisi della fattispecie, dunque, investe direttamente i caratteri assunti dalle decisioni giurisdizionali. Esse, infatti, non presentano più al loro interno ragionamenti di tipo sillogistico condotti secondo schemi formali rigidamente predeterminati, ma esprimono un giudizio di valore, ossia di consenso o dissenso rispetto a una situazione di vita prospettata dalle

⁴¹⁵ ID., *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 14. Il virgolettato è tratto da M. ASCOLI, *L'interpretazione delle leggi*, Roma 1928, p. 53.

⁴¹⁶ *Ivi*, p. 54.

⁴¹⁷ ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica*, op. cit., p. 44 (tondo nel testo).

⁴¹⁸ *Ibid.* (tondo nel testo). «Un grande studioso tedesco, filosofo e storico della filosofia [Wildeband], introdusse e ragionò la distinzione tra pensiero nomotetico e pensiero idiografico, pensiero della legge e pensiero dell'avvenimento, ossia delle cose che si ripetono nel tempo e delle cose che accadono una volta sola. Il giudizio sussuntivo partecipa delle due forme di pensiero: nomotetico, nel muovere dalla norma, dallo schema di eventi probabili, verso il futuro; idiografico, nell'incontro con il fatto, che, messo in rapporto con la norma, perde la propria vitale unicità e si adagia nella sagoma legislativa. Il giudizio valutativo è immediato confronto tra "valore" e fatto, tra intuizione di una certa "essenza" o "principio" e flusso di vita nella sua corposa densità. L'intuizione del "valore" prende il luogo del profilo nomotetico; il momento idiografico si allarga all'intero contenuto (volontà e bisogni e attese) della singola vicenda. Potremmo dire: ciò che si guadagna in astrazione, si perde in concretezza; ciò che può reiterarsi, sacrifica la singolare unicità. Lì i fatti si riconoscono l'uno nell'altro, e vanno a collocarsi entro lo stesso tipo; qui il fatto è conosciuto come tale, irripetibile intreccio di volontà attese bisogni. Ma, appunto, il "riconoscersi" è calcolabile, poiché c'è una previa figura ("facti-species"), la quale attrae a sé e in sé gli eventi futuri; incalcolabile è invece il "conoscere" valutativo, che riguarda questo fatto e dà risposta al suo unico problema. Nei due giudizi, sussuntivo e valutativo (ma "giudizio" è propriamente soltanto il primo), c'è, elemento comune e unificante, l'incontro con il fatto, con una controversia fra parti determinate, ma svolto in modi diversi e dissimili atteggiamenti interiori. Nell'uno, quello che il sommo Francesco Carrara, in un celebre paragrafo del Programma, denominava "urto del fatto con la legge civile", dà luogo ad un "ente giuridico", reato contratto che sia, sicché il fatto, messo in rapporto con la norma, non è più questo fatto, ma un fatto astrattizzato, caso ed esempio della figura anticipata dal diritto. Nell'altro, l'incontro con il fatto perde ogni distanza, il rapporto si stabilisce con la sensibilità emotiva del giudicante, con la sua personale intuizione dei valori. È un rapporto, che non passa attraverso la mediazione purificatrice della norma, ma ha l'immediatezza di un'esperienza esistenziale. Il fatto non è convertito e ridotto a "ente giuridico", ma rimane questo fatto, unico e irripetibile» *ivi*, pp. 44-45 (tondi nel testo).

parti. La tutela giurisdizionale non può più dirsi (mera) applicazione della legge, ma costituisce decisione del conflitto, composizione di interessi e bisogni contrapposti alla luce di determinati valori.

Nell'indagare circa le possibili cause di una trasformazione del fenomeno diritto così radicale da travolgere uno dei capisaldi dell'impianto giuridico moderno come la certezza del diritto, peraltro essenziale allo sviluppo dell'economia capitalistica occidentale⁴¹⁹, Irti elabora due ipotesi. In primo luogo, l'origine potrebbe ricercarsi in un *conflitto tra potenze* che vede contrapposte da un lato le forze capitaliste e dall'altro quelle di una forma di *neogiusnaturalismo*. In secondo luogo, Irti ipotizza che «il capitalismo non abbia più bisogno del diritto statale, e di norme e fattispecie; che consideri il “decidere secondo valori” un episodio di pittoresche periferie; e provveda, esso stesso a costruirsi il proprio diritto»⁴²⁰. Questo *proprio diritto* costruito dall'universo economico capitalistico, evidentemente, non sarebbe altro che la *nuova lex mercatoria* che, come sopra visto, Irti considera alla stregua di un fantasma giuridico che, separato dallo Stato, risulta del tutto privo di fondamento. Irti non risponde all'interrogativo da lui stesso posto⁴²¹, ma quel che è certo è che all'interno di questo processo di superamento della fattispecie rientra anche, forse soprattutto, la disciplina dello strumento del contratto, così come la sua dimensione applicativa in sede giurisdizionale.

3. Un contratto incalcolabile

È ancora Natalino Irti a porre l'accento sulla problematicità di quel contratto, che definisce *incalcolabile*, in cui al concetto di «funzione tipica» è sostituito quello di «causa in concreto», e al concetto di «fattispecie» sia subentrato quello di «operazione economica»⁴²². Considerare la causa del contratto *in concreto*, significa configurarlo come *situazione di vita* proposta dalle parti «non più nello schema tipizzante delle fattispecie, ma nei caratteri di una concreta realtà, di un presente che rifiuta raffronti con il passato»⁴²³.

⁴¹⁹ «Ogni forma e tipo di capitalismo, competitivo e monopolistico, si mostra incompatibile con l'irrazionalità giuridica» ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica*, op. cit., p. 46.

⁴²⁰ ID., «Calcolabilità» weberiana e crisi della fattispecie, op. cit., p. 37 (tondo nel testo).

⁴²¹ «Resa del capitalismo dinanzi ad altre potenze storiche o ritirarsi del capitalismo in un suo proprio diritto, che non si serve più del vecchio strumentario?», ID., *Un contratto “incalcolabile”*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 113.

⁴²² *Ivi*, p. 112.

⁴²³ ID., *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 11.

Differentemente dalla causa intesa come *oggettiva e impersonale funzione*, che come tale è «*destinata a ripetersi in indefinite ipotesi*»⁴²⁴, la *causa individuale* è quella «*di queste parti, in questo dato accordo, la quale perciò di esaurisce e consuma in esso*»⁴²⁵. È il concetto di causa in concreto, infatti, che secondo Irti costituisce il vero *grimaldello* che «*reimmerge e annega*»⁴²⁶ il contratto nel fluire caotico della vita, da cui la fattispecie lo aveva isolato e tratto fuori: «*non più criterio di controllo della tipicità razionale del negozio, ma strumento che permette di andare oltre il testo linguistico, di indagare gli scopi perseguiti dalle parti, di giudicare e correggere il rapporto fra le prestazioni*»⁴²⁷. Tramite la causa in concreto «*il fatto irrompe nella complessità e varietà degli elementi*»⁴²⁸, facendo perdere al giudicante «*ogni distanza dal fatto*»⁴²⁹.

La causa in concreto, inoltre, si colloca nel quadro di un'*operazione economica*, «*unica e solitaria, non ripetitiva di uno schema già predisposto dal legislatore*»⁴³⁰, che non può in alcun modo essere anticipata dalla descrizione normativa in quanto «*è il presente della "vita", la concretezza che esige immediata risposta nel segno dei "valori"*»⁴³¹. Il concetto di operazione economica, insomma, sfugge alle schematizzazioni tipiche della fattispecie: «*non ha per sé l'avvenire (come la vecchia fattispecie normativa), ma soltanto il presente. Insomma, una sorta di "sfrenato vitalismo", che tutto risolto dell'"essere" di oggi, rifiuta il "dover essere" della fattispecie*»⁴³².

Non per caso, dunque, nella sua critica del «*pensare (e decidere) per valori*»⁴³³, Irti lo definisca, oltre che *soggettivo e altezioso, concreto*⁴³⁴. La concretezza dell'operazione economica, così come della causa che la sostiene, sembrerebbe allora minare alle fondamenta la stabilità del sistema fondato sulla certezza del diritto, lasciando alla *nuda decisione* del giudice la facoltà di calare sulla realtà quei valori liberamente tratti dall'esperienza immediata della vita⁴³⁵.

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ *Ibid.* (tondo nel testo).

⁴²⁶ *Id.*, *Un contratto "incalcolabile"*, op. cit., p. 112.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ *Id.*, *Capitalismo e calcolabilità giuridica*, op. cit., p. 43.

⁴²⁹ *Ibid.* (tondo nel testo).

⁴³⁰ *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 11.

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² *Id.*, *Un contratto "incalcolabile"*, op. cit., p. 112.

⁴³³ *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 14 (tondo nel testo).

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ «*Contro la logica della fattispecie, e il decidere per giudizi sussuntivi, si agita un linguaggio terroristico, gremito di "esperienza", "realtà", "concretezza", "vitalità" ecc.*» *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, op. cit., p. 14.

Ma è proprio vero che l'adozione della teoria della causa in concreto comporti lo scadere in una pernicioso indeterminatezza assoluta del diritto? Non v'è, all'interno del sistema del diritto positivo, un dispositivo in grado di neutralizzare i possibili effetti disordinanti di una simile impostazione? Un simile rimedio, a ben vedere, può forse rintracciarsi nella funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, tema su cui ci si concentrerà nei prossimi paragrafi.

4. La funzione nomofilattica della Corte di cassazione

La Corte di cassazione trova la propria collocazione istituzionale al vertice del potere giudiziario e le sue origini possono farsi risalire al *Tribunal de Cassation*, istituito in Francia nel 1790, all'indomani della Rivoluzione, dall'Assemblea legislativa⁴³⁶.

Questo istituto fu in un primo tempo concepito come un organo al di sopra dei giudici, ossia posto a tutela della legge – quale espressione del potere politico – al fine di garantirne la corretta applicazione da parte dei essi. Pertanto, il *Tribunal de Cassation*, inizialmente, si configurava non come un giudice collocato all'interno dell'ordine giudiziario, ma come organo che, dall'esterno, vegliava sulle funzioni svolte dei giudici. La Cassazione era, in altri termini, un «guardiano» della legge, cui era attribuita la funzione di «cassare» le sentenze emanate dai giudici di ultima istanza, laddove fossero state viziate da violazione di legge, senza scendere all'esame del merito⁴³⁷.

Solo in seguito, essendo apparsa evidente l'inconsistenza del pericolo di applicazioni eversive della legge da parte dei giudici, la Cassazione mutò la propria collocazione

⁴³⁶ Per ulteriori riferimenti circa le origini e l'evoluzione storica della Corte di cassazione, cfr. C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 567 e ss. In particolare, l'Autore sottolinea che, nonostante come primo esempio di un organo destinato a custodire e a far osservare la legge possa menzionarsi il *Conseil des Parties*, istituito in Francia nel 1578 come sezione speciale del Consiglio del Re, al *Tribunal de Cassation* possono farsi risalire le origini dell'attuale Corte di cassazione.

⁴³⁷ Punzi sottolinea che la natura del *Tribunal de Cassation* doveva essere, nelle previsioni e nelle intenzioni del legislatore francese, essenzialmente politica: la sua originaria configurazione era quella di un organo ancillare del Parlamento; la sua funzione era di «sorvegliare il potere giudiziario», tutelando, cioè, le norme legislative, così come insindacabilmente dettate dal legislatore, da possibili applicazioni eversive ad opera dei giudici. Una siffatta configurazione della Cassazione – osserva l'Autore – è il riflesso delle concezioni, proprie del legislatore illuminista, di onnipotenza e sufficienza della legge. Attraverso l'opera di codificazione, infatti, può addivenirsi alla creazione un corpo normativo idoneo in avvenire a risolvere in modo sicuro tutte le controversie, con conseguente esclusione non solo della possibilità di lacune, ma addirittura dell'eventualità di dubbi interpretativi. Pertanto, è compito del legislatore medesimo assicurare che, una volta formulate tali leggi, non venga frapposto un ostacolo alla loro applicazione. *Ivi*, p. 569.

istituzionale, divenendo organo interno del potere giudiziario e assumendo la funzione di giudice posto al vertice dell'ordinamento.

Ai sensi dell'art. 65 Ord. Giud. *«La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge».*

Questa enunciazione chiarisce, in primo luogo, che nell'ordinamento positivo, ora imperniato sulla Carta costituzionale, alla Corte di cassazione, quale «organo supremo della giustizia», è riservata una posizione di vertice nell'esercizio della giurisdizione (art. 111, co. 7 e 8, Cost.). Infatti, nonostante anche il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti siano nominati nella Costituzione e siano anch'essi collocati a capo della giurisdizione amministrativa e contabile, il controllo di legalità (costituzionalmente garantito sulle decisioni che incidono, in ultima istanza e senza ulteriori rimedi, sui diritti soggettivi) è riservato alla Corte di cassazione. A ciò si aggiunga che, ai sensi dell'art. 111, co. 8, Cost., alla Suprema Corte è assegnato il compito di vigilare sul corretto riparto di giurisdizione tra giudici ordinari, giudici amministrativi e contabili, atteso che è possibile proporre ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti *«per i soli motivi inerenti alla giurisdizione».*

La formulazione dell'art. 65 Ord. Giud. ha, inoltre, il pregio di evidenziare la duplice funzione della Corte di cassazione, che da un lato ha il compito di curare l'esatta osservanza della legge e, pertanto, quale giudice, opera sul caso concreto e su iniziativa delle parti, e dall'altro lato, mentre cura l'osservanza della legge nei singoli casi concreti, assicura *«l'uniforme interpretazione della legge»* e *«l'unità del diritto oggettivo nazionale»*, assolve cioè alla cosiddetta funzione di *nomofilachia*⁴³⁸. Si tratta di una funzione *caratterizzante* della giurisdizione di legittimità, ulteriore rispetto a quella perseguita dai giudici di merito. La formulazione dell'art. 65 *«è espressione diretta del pensiero di Calamandrei»*⁴³⁹. A proposito dello scopo precipuo della Corte di Cassazione, infatti, egli scrive: *«è uno scopo di carattere costituzionale, di coordinazione tra la funzione legislativa e la funzione giudiziaria, di unificazione di tutto l'ordinamento: che attiene, più che alla fase di applicazione del diritto al*

⁴³⁸ Il termine «nomofilachia» – dal greco *nomos* (diritto) e *filakia* (custodia) – sta ad indicare il custode del diritto. Nell'antica Grecia il *nomifilace* era, infatti, il magistrato che custodiva il testo delle regole giuridiche. In sostanza, nomofilachia, ancora oggi, sta a significare che la cassazione si erge a custode dell'interpretazione della legge e dell'unità del diritto nazionale.

⁴³⁹ S. RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Giappichelli, Torino 2012, p. 49 (in nota).

caso concreto, alla fase di formazione o di formulazione del diritto da applicare ai casi futuri»⁴⁴⁰. È questa concezione *mista* della natura dello scopo della Suprema Corte che si consolida nella formulazione dell'art. 65, che positivizza l'*ambiguità del vertice*⁴⁴¹: «*giudice di terza istanza deputato a dare giustizia del caso concreto, organo di vertice del sistema giudiziario creato in funzione della tutela di un interesse di carattere pubblicistico alla corretta interpretazione della legge*»⁴⁴².

In altre parole, secondo Renato Rordorf, «*l'ambiguità nasce dal dovere imposto alla Corte di assicurare in ultimo grado la giustizia del caso concreto in ogni singola vicenda processuale sottoposta al suo esame, ma al tempo stesso di disegnare percorsi interpretativi destinati ad una più generale funzione di orientamento dell'intera giurisprudenza nazionale. Uno sguardo rivolto all'indietro, che si riferisce ad ogni specifica vertenza ed al modo più o meno corretto in cui essa è stata decisa in sede di merito, ed un altro sguardo rivolto al futuro, per creare precedenti idonei a fungere da riferimento in ogni altra decisione che comporti la soluzione dei medesimi problemi interpretativi del diritto*»⁴⁴³.

Tale duplice funzione assolta dalla Suprema Corte risponde a due diverse esigenze di tutela. Da un lato, infatti, vi sono esigenze oggettive di rispetto della norma sostanziale e processuale, a tutela del cosiddetto *ius constitutionis* o, meglio, dell'ordinamento visto nella sua coerenza. In questa ottica deve essere inquadrata la nomofilachia, in base alla quale è possibile sottoporre al vaglio del supremo giudice le divergenze circa l'osservanza e la corretta esegesi del diritto oggettivo che ogni giudice è tenuto ad applicare (art. 101 Cost.), al fine di assicurare l'uniforme interpretazione ed applicazione della regola giuridica, evitando il formarsi di differenti indirizzi interpretativi da parte dei tribunali⁴⁴⁴.

Dall'altro lato la funzione della Corte di cassazione va ricondotta a esigenze soggettive di tutela del cosiddetto *ius litigatoris*, che risponde alla finalità di ottenere giustizia nel caso

⁴⁴⁰ P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino 1937, vo. II, p. 981.

⁴⁴¹ La celebre definizione è di Taruffo. Si veda M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna 1991.

⁴⁴² S. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 53.

⁴⁴³ R. RORDORF, *L'ampliamento della nomofilachia nella riforma*, in A. DI PORTO (a cura di), *La nuova Cassazione civile*, CEDAM, Padova 2017, p. 24 (tondi aggiunti).

⁴⁴⁴ A quest'ultimo riguardo si rammenti che le decisioni della Corte di cassazione costituiscono dei precedenti che, senza essere vincolanti per i giudici di futuri giudizi i quali si trovino a dover risolvere le medesime questioni di diritto, finiscono in pratica con l'orientarli nel senso delle decisioni assunte dalla Suprema Corte. Ciò per la forza stessa delle argomentazioni giuridiche su cui si fondano, oltre che per l'autorità del giudice dal quale promanano.

concreto, a rimedio di eventuali errori verificatisi – in danno del soccombente – nella precedente fase del giudizio⁴⁴⁵.

Al primo ordine di esigenze si collega, in particolare, la necessaria presenza del pubblico ministero in ogni vertenza davanti alla Cassazione (art. 70, co. 2, c.p.c.), nonché il potere del Procuratore Generale di chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto cui avrebbe dovuto attenersi il giudice di merito, nei casi in cui le parti non abbiano proposto ricorso nei termini di legge o vi abbiano rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile (art. 363, co. 1, c.p.c.). A ciò si aggiunga il potere della Corte di cassazione di pronunciare, anche d'ufficio, detto principio quando il ricorso della parte sia dichiarato inammissibile e la questione sia di particolare importanza (art. 363, co. 3, c.p.c.). In ogni caso, ai sensi del comma 4 della richiamata norma, la pronuncia della Suprema Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito che non si è attenuto al principio così enunciato, con la conseguenza che la parte interessata non se ne può in concreto giovare. Ne discende che la pronuncia in sede di legittimità è destinata, come «precedente», a influenzare, non già a vincolare (salvo quanto stabilito dall'art. 393 c.p.c.) l'orientamento di tutti i giudici, a prescindere dalla decisione sulla controversia che vi ha dato occasione.

Il secondo ordine di esigenze ravvisa nella pronuncia della cassazione, come in quella di ogni altro giudice, la *iuris dictio*, intesa come dichiarazione del diritto sul caso concreto. Ad esso si ricollega, in particolare, l'istanza della parte esercitata attraverso la proposizione del ricorso (art. 366 c.p.c.), la possibilità di rinuncia al ricorso (art. 390 c.p.c.) e la stessa facoltà della Corte di decidere nel merito la controversia nell'ipotesi di cui all'art. 384 c.p.c.⁴⁴⁶.

Nell'esercizio di queste ultime funzioni – rispondenti, come osservato, alle esigenze soggettive di tutela della pronuncia nel caso concreto – la Cassazione assume la veste di giudice di legittimità. Infatti, la Suprema Corte, in via di principio, recepisce i fatti (c.d. *quaestio facti*) così come sono stati ricostruiti dal giudice che ha emanato la sentenza impugnata, e si limita ad esaminare il solo problema di diritto (c.d. *quaestio iuris*). Tuttavia, deve rilevarsi che in talune ipotesi, quali il regolamento di giurisdizione o quello di competenza, la Cassazione ha poteri di

⁴⁴⁵ Sulla duplicità di funzioni della Corte di cassazione, si veda, *amplius*, C. NATALINI, *Ius constitutionis e ius litigatoris: aspetti storici*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1147 ss.; G. SCARSELLI, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della nuova riforma del giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 355 ss.

⁴⁴⁶ Cfr., per ulteriori riferimenti, M. FARINA e A. PANZAROLA, *Enunciazione del principio di diritto e decisione della causa nel merito*, in AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, IV, 2014, p. 1099 ss.

indagine anche in ordine al fatto. Si aggiunga che, sempre in via di eccezione, i cosiddetti fatti processuali sono rimessi direttamente alla valutazione della Corte e, a partire dalla riforma del 1990, è stata introdotta la *cassazione sostitutiva del merito*⁴⁴⁷.

4.1. La riforma del 2006 e il recupero della nomofilachia

Con la riforma introdotta con il d.lgs. 40/2006 si è inteso perseguire l'obiettivo di recuperare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione⁴⁴⁸. Ciò emerge, in primo luogo, già dalla formulazione della legge-delega (l. 14 maggio 2005, n. 80), il cui art. 3, lett. a) affidava al legislatore delegato l'incarico di «disciplinare il processo di cassazione in funzione nomofilattica»⁴⁴⁹. Nell'ottica del recupero della nomofilachia vengono poste tre erano fondamentali indicazioni al legislatore della riforma.

Innanzitutto, quella relativa alla necessità di prevedere «l'obbligo che il motivo di ricorso si chiuda, a pena di inammissibilità dello stesso, con la chiara enunciazione di un quesito di diritto». A tale direttiva era stata data attuazione con l'art. 6 d.lgs. n. 40/2006, e, quindi, con l'art. 366 bis c.p.c. (oggi soppresso), concernente la «formulazione dei motivi». In particolare, il primo comma dell'art. 366 bis c.p.c. precisava che ciascuno dei motivi di ricorso di cui all'art. 360, comma 1, nn. 1, 2, 3 e 4, c.p.c. doveva concludersi, a pena di inammissibilità, con la formulazione di un «quesito di diritto» sottoposto alla Corte; in tal modo la Corte di cassazione era chiamata a pronunciarsi enunciando il principio di diritto. Tuttavia, la formulazione del «quesito di diritto» aveva creato diversi problemi in fase applicativa ed è stata, pertanto, eliminata con l'abrogazione dell'art. 366 bis ad opera della l. 18 giugno 2009, n. 69.

⁴⁴⁷ A tale riguardo occorre osservare che la decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione, introdotta nel codice di procedura civile con la novella del 1990, era talvolta già praticata forzando i limiti applicativi dell'art. 382, co. 3, c.p.c. Cfr., sul tema, A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, II, Giappichelli, Torino 2005, p. 377 ss.

⁴⁴⁸ Trattasi del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (adottato sul fondamento della delega di cui alla l. 14 maggio 2005, n. 80). Con questa riforma sono stati rafforzati gli strumenti per assicurare la nomofilachia (con l'introduzione dei nuovi precetti di cui agli artt. 360, comma 1, n. 3, 420 bis, 360, comma 2, 374, comma 3, 384, 363, 366 bis c.p.c.; e prevedendo il c.d. quesito di diritto ex art. 366 bis c.p.c., ecc.) e, in pari tempo, la giusta decisione del caso controverso (estendendo i casi di decisione di merito e gli strumenti di controllo su di essa, inclusa la opposizione di terzo e la revocazione straordinaria, prevedendo nel rito camerale il c.d. opinamento a tutela dei diritti al contraddittorio, ecc.).

⁴⁴⁹ Si osservi che la norma richiamata rappresenta la prima volta in cui il legislatore ha utilizzato la parola «nomofilattico» in un testo legislativo.

Occorre poi menzionare la direttiva sulla «*enunciazione del principio di diritto, sia in caso di accoglimento, sia in caso di rigetto dell'impugnazione e con riferimento a tutti i motivi della decisione*». Tale indicazione – relativa alla necessità di enunciare il principio di diritto «*con riferimento a tutti i motivi di ricorso*» – è stata interpretata nel senso di affidare alla Corte il compito di proclamare il principio di diritto non solo in relazione alla censura di cui al n. 3 dell'art. 360 c.p.c., ma anche con riferimento agli altri motivi di ricorso. L'attuazione della direttiva è stata realizzata attraverso il nuovo art. 384, in base al quale la Corte provvede all'enunciazione del principio di diritto non solo «*quando decide il ricorso proposto a norma dell'articolo 360, primo comma, n. 3*», ma anche «*in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza*». Pertanto, dalla formulazione della norma emerge che la censura mossa in base al n. 3 dell'art. 360 è per la Suprema Corte fonte di un obbligo *tout court* di enunciare il principio di diritto, mentre, per le altre censure, la pronuncia di detto principio è subordinata al requisito della «particolare importanza» della questione sottoposta alla Corte medesima⁴⁵⁰.

Un ulteriore aspetto su cui la riforma del 2006 ha innovato profondamente è stato l'istituto del *ricorso nell'interesse della legge*. Tale istituto era stato ripreso ad opera del legislatore del 1940 dalla tradizione francese e consisteva, secondo l'originaria formulazione dell'art. 363 c.p.c., nella possibilità per il Procuratore generale presso la Corte di cassazione di proporre ricorso nell'interesse della legge quando le parti non avessero notificato il ricorso nei termini di legge o vi avessero rinunciato. La regola dell'art. 363, ult. comma, c.p.c. secondo cui dell'eventuale annullamento della sentenza le parti non potevano «*giovarsi*», rappresentava un'ulteriore conferma in ordine alla centralità della funzione di tutela della «*esatta osservanza*» ed «*uniforme interpretazione*» del diritto attribuita alla Suprema Corte dall'art. 65 Ord. Giud.

In base al nuovo art. 363 c.p.c., rubricato «*Principio di diritto nell'interesse della legge*», il ricorso alla Suprema Corte da parte del Procuratore generale è divenuto proponibile non solo

⁴⁵⁰ Ancora Punzi rileva che la previsione di far seguire l'enunciazione del principio di diritto sia in caso di accoglimento che in caso di rigetto del ricorso (e non solo più all'ipotesi in cui la Cassazione sia investita del ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, secondo quanto prevedeva il vecchio testo dell'art. 384 c.p.c.) è stata attuata assieme alla «*estensione delle ipotesi di decisione nel merito, possibile anche nel caso di violazione di norme processuali*». Per effetto della novellazione dell'art. 384, infatti, la previsione del potere della Corte Suprema di decidere la causa nel merito, contenuta ora in un separato comma 2 dell'art. 384 c.p.c. C. PUNZI, *op. cit.*, p. 575

quando le parti non abbiano proposto ricorso nei termini o vi abbiano rinunciato, ma anche quando il provvedimento non è ricorribile in Cassazione e non è altrimenti impugnabile⁴⁵¹.

A ciò si aggiunga che, ai sensi del comma 3 della richiamata disposizione, il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa sia di particolare importanza. Si è inteso, in tal modo, consentire alla Suprema Corte di pronunciare il principio di diritto anche in relazione a quelle materie – come la materia cautelare e camerale – che tradizionalmente sono sottratte al suo sindacato, per la natura non definitiva dei relativi provvedimenti, o quando il giudizio risulti precluso per inammissibilità o per rinuncia delle parti⁴⁵².

Altra innovazione di grande importanza, dal punto di vista della valorizzazione della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, è l'introduzione del vincolo delle sezioni semplici ai principi di diritto già affermati, in occasione della decisione di precedenti ricorsi, dalle sezioni unite. L'art. 374 c.p.c. prevede, infatti, che le sezioni semplici, ove ritengano di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, non possono giudicare affermando un principio difforme, ma devono rimettere alle sezioni unite, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Tale previsione si ricollega a quella contenuta nell'art. 374, comma 2, c.p.c., in base al quale il Primo Presidente può disporre che la Corte pronunci a sezioni unite su questioni di diritto sulle quali è sorto un contrasto.

Pertanto, tale disciplina prevede che ove la sezione semplice sia chiamata a decidere una questione sulla quale le sezioni unite hanno già enunciato un principio di diritto e prefigurati una propria decisione in contrasto con tale principio, è tenuta ad astenersi dalla pronuncia e ad investire le Sezioni Unite, a garanzia dell'uniforme interpretazione e applicazione della legge.

⁴⁵¹ Si veda, sul punto, quanto osservato da Giorgio Costantino, secondo cui la richiesta di enunciare il principio di diritto è espressione massima dello *jus constitutionis*, che costituisce un istituto in grado di rafforzare e sviluppare il consolidamento della giurisprudenza come autorevole risultato interpretativo da parte dell'organo a cui è assegnata la funzione di 'certificazione' della esatta interpretazione della legge. G. COSTANTINO, *Note sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 712

⁴⁵² Deve rilevarsi, infatti, che la legge-delega prevedeva espressamente il compito, per il legislatore delegato, di predisporre «meccanismi idonei, modellati sull'attuale articolo 363 del codice di procedura civile, a garantire l'esercitabilità della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, anche nei casi di non ricorribilità del provvedimento ai sensi dell'articolo 111, comma 7°, della Costituzione». Cfr. inoltre, quanto affermato da Impagnatiello, secondo cui il comma 3 dell'art. 363 c.p.c., attribuendo alla Corte il potere officioso e ampiamente discrezionale di selezionare, nell'ambito dei ricorsi inammissibili, quelli che le consentono di affrontare in funzione nomofilattica e senza effetto per le parti questioni di notevole rilevanza, rende la tutela dello *ius constitutionis* formalmente autonoma da quella dello *ius litigatoris*. G. IMPAGNATIELLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2009, p. 933.

Dalle considerazioni sinora effettuate emerge, pertanto, nell'attuale configurazione delle funzioni attribuite alla Corte di cassazione, la *centralità* assunta da quella nomofilattica. Infatti, sia dall'allargamento dei casi di ricorso nell'interesse della legge del Procuratore generale, sia dalla previsione del potere della Corte di enunciare il principio di diritto in casi d'inammissibilità del ricorso delle parti, nonché dalla proclamazione dell'obbligo delle sezioni semplici di conformarsi al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, discende la possibilità per la Suprema Corte di assolvere al proprio compito di assicurare l'esatta interpretazione della legge e l'uniforme applicazione del diritto oggettivo nazionale anche in quei settori del contenzioso nei quali altrimenti, a causa della sottrazione dei provvedimenti dei giudici di merito al sindacato della Cassazione, una siffatta funzione nomofilattica non potrebbe essere adeguatamente esercitata⁴⁵³.

5. Diritto post-moderno ed *eclissi* del diritto civile

Dopo aver delineato i principali caratteri della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, occorre ora soffermarsi sul ruolo che tale funzione assume nell'ambito di quello che è stato definito da più Autori «diritto post-moderno»⁴⁵⁴. Tale locuzione è utilizzata, in particolar modo, per indicare le più recenti tendenze della modernità giuridica, tra cui deve menzionarsi, in primo luogo, la perdita di rilevanza unificante dei modelli normativi e delle categorie tradizionali.

Si segnalano, inoltre, come elementi del postmoderno giuridico, la figura del «giudice legislatore», con il suo portato di soggettivismo interpretativo, la pluralità delle fonti (con la nuova rilevanza di quelle sovranazionali, in particolare del diritto europeo) e, infine, la sovrabbondante quantità e la cattiva qualità dell'intervento legislativo⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Cfr., per ulteriori riferimenti, B. SASSANI, *Tra "consapevolezza culturale" e "buona volontà organizzativa": considerazioni sparse sulla deprecata funzione nomofilattica della Corte di cassazione*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di Cipriani, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2008, p. 277 ss.

⁴⁵⁴ La categoria del postmoderno è nota e utilizzata nelle più diverse discipline a partire da J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, 1979, trad. it. Milano, 1985. La caratteristica della società postmoderna è per l'Autore la fine della "grandi narrazioni" (illuminismo, idealismo, marxismo, cristianesimo, capitalismo) che avevano variamente legittimato l'idea, tipica della modernità, della storia come progresso. Egli osserva, infatti, che «Semplificando al massimo, possiamo considerare "postmoderna" l'incredulità nei confronti delle meta narrazioni».

⁴⁵⁵ Tali caratteri sono enucleati da C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, in *A proposito del diritto post-moderno*, a cura di C. Salvi e G. Grisi, p. 15.

Autorevole dottrina ha descritto il fenomeno cui stiamo assistendo in termini di «eclissi del diritto civile»⁴⁵⁶, in cui i principi costituzionali, la giurisprudenza creativa di tipo «rimedialista» e il diritto privato europeo, soprattutto nella sua elaborazione da parte della Corte di Giustizia, determinano tre principali conseguenze: una perdita della neutralità del formalismo pandettistico; la sostituzione di una sussunzione del fatto nella fattispecie con un apprezzamento del fatto medesimo alla stregua di un valore; il passaggio da una regolamentazione neutrale, secondo fattispecie scandite dalla legge, a un rimedialismo più vicino ai bisogni, ma non avallato da una distinta scelta legale, il tutto a scapito del principio di legalità⁴⁵⁷.

Ne deriva che principi come la solidarietà, l'eguaglianza, la funzione sociale, la tutela della persona, ossia quelle clausole generali di cui, come sopra visto, parla Natalino Irti, vengono usati come «specchi deformanti degli istituti, sobri nella loro coerenza, del diritto civile»⁴⁵⁸. Perde allora rilevanza la funzione della norma legale, che regola i rapporti attraverso il meccanismo della sussunzione; e cresce invece la pratica del bilanciamento, in cui l'interprete, se non è chiara la gerarchia tra i principi bilanciati, con la sua scelta concorre a produrre la norma.

È nell'ambito di questa «eclissi» del diritto civile, propria del diritto post-moderno, che può inquadrarsi quel fenomeno, sopra visto, denominato crisi della fattispecie.

5.1. La giurisprudenza creativa

Alla crisi della fattispecie si accompagna, quindi, un'espansione dei poteri del giudice, la quale ha dato luogo, negli anni più recenti e non solo, a una giurisprudenza *creativa*. In tale ottica, i giudici fanno ricorso ai principi costituzionali, creando inoltre collegamenti *ad hoc* tra le clausole generali codicistiche e le norme costituzionali. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla riconduzione da parte della giurisprudenza del dovere di buona fede al generale principio solidaristico enunciato dall'art. 2 Cost.⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2015.

⁴⁵⁷ Si veda, sul punto, *ivi*, p. 7, p. 11 e p. 31.

⁴⁵⁸ *Ivi*, p. 8.

⁴⁵⁹ Si veda, *ex multis*, Cass., 6 agosto 2008, n. 21250, in *Giur. comm.*, 2010, p. 229 ss., in cui si afferma che il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto è espressione del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra. Esso costituisce pertanto un dovere giuridico autonomo a carico delle parti contrattuali, a prescindere

Dal punto di vista dei rapporti tra i poteri, deve rilevarsi che nello Stato di diritto tutti i poteri sono soggetti alla legge, e l'applicazione della legge è separata e indipendente dalla sua produzione. La giurisprudenza creativa contrasta con il principio – avente rilevanza costituzionale – della soggezione del giudice alle leggi, e quindi con il principio di legalità, sul quale «*si regge l'intera struttura dello stato di diritto*»⁴⁶⁰.

Alla luce di tali considerazioni, viene sottolineato da più Autori il contrasto, proprio del diritto post-moderno, tra «diritto vigente» e «diritto vivente»⁴⁶¹. Se per diritto vigente si intende «*l'insieme degli enunciati normativi*», mentre per diritto vivente «*l'insieme dei loro significati quale risulta dalla loro interpretazione e applicazione*», allora può affermarsi che mentre il diritto vigente rappresenta il risultato della legislazione, il diritto vivente è frutto della giurisdizione e perciò dell'argomentazione giudiziaria e, in particolare, di quella interpretativa⁴⁶². Si pensi, a titolo esemplificativo, all'interpretazione operata dalla giurisprudenza della già richiamata clausola di buona fede, finalizzata, in ultima analisi, a introdurre un'idea di «giustizia contrattuale» anche contro il regolamento negoziale predisposto dalle parti.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno infatti affermato, in una discussa pronuncia⁴⁶³, la funzione della buona fede di «*mantenere il contratto nei binari dell'equilibrio e della proporzione*»; successivamente, anche la Corte costituzionale⁴⁶⁴, pronunciatisi in

dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge. Critico, al riguardo, è Mengoni, il quale osserva che «*alla nozione costituzionale di solidarietà non può essere avvicinato il concetto civilistico di buona fede*» L. MENGONI, *Fondata sul lavoro*, in *Ius*, 1988, p. 49.

⁴⁶⁰ Cfr., in questi termini, L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016, p. 13 ss.

⁴⁶¹ Si vedano, in particolare, C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 87 ss; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 297 ss.; G. GRISI, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*, in *A proposito del diritto post-moderno*, cit., p. 29 ss.

⁴⁶² Così L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁶³ Trattasi della nota pronuncia relativa al c.d. “caso Renault”, Cass., Sez. Un., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contr.*, 2010, p. 5 ss., con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; e in *Giur. it.*, 2010, p. 809 ss. In tale pronuncia la Suprema Corte inquadra l'abuso del diritto come espressione dei principi di correttezza e buona fede e, in tale ottica, afferma che si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Da tali presupposti, poi, la medesima pronuncia fa derivare il potere, in capo al giudice di merito, di sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale.

⁴⁶⁴ Si veda C. Cost., ord., 21 ottobre 2013, n. 248, in *Contratti*, 2014, p. 926 ss., con nota di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, seguita da C. Cost., ord., 26 marzo 2014, n. 77, su cui cfr. S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e integrazione)*

materia di caparra confirmatoria, ha ritenuto nulla la relativa clausola iniqua gravemente sbilanciata in danno di una parte, sulla base del dovere costituzionale di solidarietà, che avrebbe il potere di attribuire «*vis normativa alla buona fede*».

Tuttavia, a parte il rilievo che la buona fede non necessita di un aggancio costituzionale per acquisire *vis normativa*, va osservato che la giurisprudenza addivene in tal modo a una non consentita conversione della buona fede da regola di comportamento in regola di validità.

La distinzione è nota: le regole di comportamento attengono al modello di condotta descritto dalla fonte e richiedono lo svolgimento di un giudizio di conformità tra la descrizione contenuta nella fattispecie e la condotta effettivamente posta in essere. La difformità di questa rispetto al modello di comportamento descritto nella fonte determina mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta e comporta la costituzione di un'obbligazione risarcitoria, senza incidere sulla validità dell'atto⁴⁶⁵. Pertanto, al di fuori delle ipotesi espressamente disciplinate dalla legge, permangono difficoltà teoriche per attribuire a una regola di comportamento effetti invalidanti dell'atto, in ragione del principio di non interferenza tra comportamento dovuto e validità dell'atto.

Tuttavia, la giurisprudenza, dichiarando la nullità della clausola che, in contrasto con la regola di buona fede, giunga al risultato di un contenuto contrattuale iniquo, conferisce alla buona fede una funzione *destruens* che dovrebbe invece operare solo in presenza di un'espressa previsione di legge, atteso che nella disciplina generale del contratto e del rapporto obbligatorio la buona fede è contemplata unicamente come regola di condotta⁴⁶⁶.

È evidente come la giurisprudenza abbia «creato» – attraverso il mutamento di funzione della buona fede da regola di condotta a regola di validità – un vero e proprio strumento di controllo sulla giustizia del contratto, laddove questo abbia un contenuto ritenuto dal giudice «*non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte*». La ricostruzione ermeneutica elaborata, infatti, nel generalizzare – in virtù del dovere costituzionale di solidarietà – il controllo materiale sulla giustizia di qualsiasi contratto, intacca il contenuto essenziale dell'atto di autonomia e determina, in tal modo, un effetto abrogativo dell'autonomia privata.

tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?, in *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Giappichelli, Torino 2014, p. 156 ss.

⁴⁶⁵ Cfr., in tal senso, Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. civ.*, 2008, p. 1175 ss., con nota di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*.

⁴⁶⁶ Rileva un utilizzo della buona fede quale strumento giurisprudenziale di conversione di regole di condotta in regole di validità E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1268.

In tal modo non vengono, inoltre, prese in considerazione le possibili ragioni che hanno condotto all'accordo, così come confezionato dalle parti: l'utilità che il bene assume, dal punto di vista soggettivo, per il singolo contraente; il desiderio di garantirsi l'affare rispetto ad altri acquirenti; un mero calcolo di convenienza dell'operazione economica; la superficialità nel governare le informazioni precontrattuali⁴⁶⁷.

5.2. La funzione nomofilattica come risposta al post-modernità del diritto

Si è osservato che, tra i principali caratteri del fenomeno che alcuni Autori hanno denominato «diritto post-moderno», rientrano la proliferazione delle fonti normative, la cattiva qualità dell'intervento legislativo, la perdita di centralità del meccanismo della sussunzione del fatto in una descrizione normativa contenuta in una fattispecie generale ed astratta, in favore di un sempre maggiore ricorso ai valori⁴⁶⁸, cui si ricollega inoltre il nuovo ruolo della tutela giurisdizionale, non più mera applicazione della legge, ma vera e propria composizione, alla luce di determinati valori, del conflitto intercorrente tra interessi e bisogni contrapposti.

Le decisioni giurisdizionali presentano quindi il carattere della individualità, intesa come relazione immediata sussistente tra valore e caso concreto⁴⁶⁹. Non rispondono allo schema del sillogismo applicativo, in base al quale il fatto viene raffrontato con il suo modello tipico e, ove conforme, determina il prodursi degli effetti; esprimono, invece, giudizi di valore, funzionali unicamente alla risoluzione del conflitto concretamente prospettato dalle parti.

In questo quadro, una posizione di assoluta centralità è assunta dalle clausole generali, quali la buona fede, l'equità, la solidarietà. Ciò in quanto – come si è autorevolmente sostenuto – «*la clausola generale conduce l'esegesi a uno stadio assiologico, esigendo che l'interprete si confronti con i "valori" del caso concreto*»⁴⁷⁰. La conseguenza immediata e diretta che discende da una giustizia di tipo «rimediale», finalizzata alla sola composizione della

⁴⁶⁷ *Ivi*, p. 1270.

⁴⁶⁸ Osserva, peraltro, Salvi, che il ricorso ai principi, alle clausole generali, all'interpretazione conforme a Costituzione (elementi che concorrono a definire il quadro della postmodernità) era già presente nella cultura e nella prassi giuridica del secondo dopoguerra. Esso era però inserito nel quadro di un progetto complessivo, ovverosia l'attuazione dei valori del nuovo costituzionalismo sociale. C. SALVI, *op. cit.*, p. 15

⁴⁶⁹ Con riferimento a tale dimensione «individuale» della tutela giurisdizionale, Salvi osserva che nei rapporti patrimoniali, la giurisprudenza creativa si esaurisce nella decontestualizzazione del conflitto collettivo a vantaggio di una logica equitativa individualistica. *Ivi*, p. 19.

⁴⁷⁰ Si veda, in questi termini, G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 367.

controversia relativa al caso concreto, è quell'incalcolabilità del diritto di cui parla Irti: un'imprevedibilità della decisione e, in ultima analisi, un certo grado di disuguaglianza dei cittadini.

Pertanto, taluni Autori hanno prospettato l'idea che la nomofilachia possa costituire una efficace risposta del legislatore alle implicazioni della post-modernità del diritto e, in particolar modo, alla tutela giurisdizionale «del caso concreto»⁴⁷¹.

Per comprendere come la nomofilachia possa assurgere al ruolo di *antidoto* all'incertezza e alla fluidità dell'esperienza giuridica post-moderna, si pensi, a titolo esemplificativo, alla regola procedurale – che della funzione nomofilattica attribuita alla Suprema Corte costituisce diretta applicazione – contenuta nell'art. 374 c.p.c. In base a tale norma, infatti, le sezioni semplici, ove ritengano di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, non possono pronunciarsi affermando un principio difforme, ma devono rimettere alle sezioni unite, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

Dall'analisi del disposto dell'art. 374 c.p.c. emerge come il legislatore sia consapevole delle possibili difformità che possono presentare le decisioni relative al singolo caso. Nondimeno, detta una regola che permette di garantire l'uniforme interpretazione e applicazione della legge, anche nella infinita varietà di casi e situazioni che la realtà di fatto può presentare, laddove si tratti, però, delle medesime *quaestiones iuris*.

6. Le clausole *claims made*

Un terreno sul quale la Corte di cassazione si è pronunciata in più di un'occasione, anche nell'ottica di evitare il proliferarsi di orientamenti giurisprudenziali contrastanti, è certamente quello delle c.d. clausole *claims made*, inserite in un contratto di assicurazione.

La clausola *claims made* (letteralmente: «a richiesta fatta») non lega la copertura assicurativa al momento in cui l'assicurato commetta l'azione illecita, indennizzando l'assicurato dei risarcimenti versati per i sinistri occorsi durante la vigenza del contratto, quale

⁴⁷¹ L'orientamento è espresso, in particolare, da G. CANZIO, (*ivi*, pp. 367-368). L'Autore, inoltre, osserva che la nomofilachia, per contrastare la fluidità sociale e l'incertezza del diritto post-moderno, deve essere intesa non più in un'accezione «verticale», riservata cioè alla Corte di cassazione e declinata in senso gerarchico, ma in una «orizzontale», promossa in primo luogo dai giudici di merito, i primi a confrontarsi con la fluidità sociale medesima, per tornare poi sempre ai giudici di merito, che misurano gli effetti pratici della giurisprudenza di legittimità.

che sia il momento in cui la richiesta di danni venga avanzata (modello cosiddetto *loss occurrence* o *act committed*), bensì obbligano l'assicuratore all'indennizzo solo per i danni il cui risarcimento sia stato richiesto all'assicurato durante il periodo di vigenza della polizza.

Tali clausole hanno trovato la loro diffusione nell'ambito del mercato assicurativo anglosassone e statunitense, in risposta all'aumento dei costi per indennizzo derivante dall'espansione, qualitativa e quantitativa, della tutela risarcitoria, con particolare riferimento all'area dei danni cosiddetto lungo-latenti, quali quelli scaturenti da prodotti difettosi, quelli ambientali e quelli da responsabilità professionale, specie nell'ambito della responsabilità sanitaria.

Onde l'esigenza, avvertita dalle imprese di assicurazione, di circoscrivere l'operatività della assicurazione ai soli sinistri «reclamati» durante la vigenza del contratto, in modo da consentire alla compagnia «*di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte ai relativi esborsi*», con evidente ulteriore agevolazione nel calcolo del premio assicurativo⁴⁷².

La clausola può presentare una duplice configurazione strutturale: *claims made* «pura», per tale intendendosi quella clausola imperniata sulle richieste risarcitorie inoltrate nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito; ovvero *claims made* «impura» o «mista», operante laddove tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con possibile retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere anteriormente⁴⁷³.

A ciò si aggiungano le varianti, per un verso, volte a rendere effettiva la copertura assicurativa rispetto a richieste intervenute anche in un certo arco temporale successivo alla scadenza del contratto (cosiddetta *sunset clause* o clausola di ultrattività); per altro verso, dirette a consentire all'assicurato, in aggiunta alla richiesta del danneggiato, di comunicare

⁴⁷² Così Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, in Foro it., 2018, p. 3511 ss., con nota di A. PALMIERI.

⁴⁷³ Sulla clausola *claims made* mista, si veda, in particolare, E. BOTTIGLIERI, *L'assicurazione contro i danni, Artt. 1904-1918*, in *Trattato*, diretto da Schlesinger, Busnelli, Milano 2010, p. 274 ss.; L. BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 922 ss.; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 432 ss.; M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2016, p. 107 ss.; L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 1030 ss. Sul punto Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, in *Giur. it.*, 2006, p. 254, nonché in *Danno e resp.*, 2005, p. 1071 ss., con note di R. SIMONE, *Assicurazione e clausola claims made*, *ivi*, p. 1079 ss. e di C. LANZANI, *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*, *ivi*, p. 1084 ss., nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 145 ss., con nota di A. ANTONUCCI, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione claims made*, *ivi*, p. 153 ss.

all'assicuratore, ai fini di operatività della polizza, anche le circostanze di fatto conosciute in corso di contratto e dalle quali potrebbe, in futuro, originarsi la richiesta risarcitoria (cosiddetta *deeming clause*).

La prima critica alla regolazione temporale della copertura dettata dalla clausola in esame è legata alla supposta inderogabilità dell'impianto normativo dell'articolo 1917 c.c., in forza del quale per «assicurazione della responsabilità civile» si intende quella ove l'impresa deve tenere indenne l'assicurato per quanto questi debba pagare a un terzo «*in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione*».

Spostando la garanzia dal momento in cui si verifica il fatto illecito a quello della richiesta di risarcimento del danno, che ben potrebbe intervenire molto tempo dopo, la clausola sembrerebbe pertanto derogare al principio secondo cui è la commissione dell'illecito l'elemento temporale cui fa riferimento la copertura assicurativa; e, inoltre, elide l'alea propria del contratto assicurativo – rappresentata dal fatto illecito medesimo – potendo il sinistro (ma non anche la richiesta di risarcimento) essersi già verificato al momento della accensione della polizza.

Da qui il forte dibattito sulla sua ammissibilità. La giurisprudenza ha infatti registrato significative oscillazioni e posizioni disomogenee, che traggono origine dalla questione circa la compatibilità della clausola con la natura e la struttura causale del contratto di assicurazione⁴⁷⁴.

Alla soluzione positiva – a talune condizioni – del quesito sull'ammissibilità, segue poi l'interrogativo in ordine a quale sia il tipo di sindacato giudiziale, al fine di stabilire se il giudice, che abbia rilevato l'inadeguatezza del negozio, possa pronunciare solo la nullità del contratto, ovvero possa procedere alla sua integrazione, non già con il trasferimento del regime *claims made* a quello ordinario della *loss occurrence*, bensì attingendo dalle indicazioni reperibili dalla

⁴⁷⁴ Per la soluzione negativa si veda, in particolare, Lanzani il quale afferma che un primo significativo ostacolo all'ammissibilità della clausola, legato essenzialmente alla conformazione strutturale della stessa nella sua versione «pura», consiste nella possibile scoperta di taluni sinistri, e segnatamente di quelli che si verifichino nell'ultima parte di vigenza del contratto, per i quali può concretamente risultare impossibile presentare la richiesta di risarcimento in tempo utile: se, infatti, è vero che la previsione *claims made* consente astrattamente di offrire copertura assicurativa al passato, è altrettanto vero che la limitazione temporale dell'operatività della garanzia al tempo di vigenza del contratto ne impedisce il funzionamento per quanto accade dopo la scadenza dello stesso, costringendo spesso l'utente a stipulare polizze aggiuntive, definite anche *sunset clauses*, che prolunghino l'efficacia del contratto, a fronte, però, di ulteriori costi. Quanto alle clausole cosiddette «miste», strutturate, cioè, in modo da delimitare la vigenza retroattiva della copertura a tempi più brevi rispetto a quelli della prescrizione ordinaria, in special modo a due, tre o cinque anni, la delimitazione del tempo di copertura si rivela ulteriormente svantaggiosa per il contraente, che rischia nuove scoperture e ulteriori costi per evitarle. C. LANZANI, *Storia delle clausole claims made*, in *Nuova giur. civ.*, 2010, p. 865.

stessa regolamentazione legislativa «quanto necessario per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato»⁴⁷⁵.

Tanto l'indagine sull'ammissibilità, quanto quella sull'intervento giudiziale, sono state svolte in particolare da due pronunce a sezioni unite, intervallate da una a sezione semplice⁴⁷⁶.

6.1. Sulla atipicità della clausola *claims made* e giudizio ex art. 1322, comma 2, c.c.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, investite della questione sulla ammissibilità o meno delle clausole *claims made*, hanno affrontato, in primo luogo, il problema se siffatte clausole debbano considerarsi come limitative della responsabilità ovvero attengano all'oggetto del contratto.

Occorre preliminarmente osservare che per clausole limitative della responsabilità devono intendersi quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento, ovvero che escludono il rischio garantito, mentre attengono all'oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, pertanto, specificano il rischio garantito⁴⁷⁷. Seguendo questa impostazione, si ha quindi delimitazione dell'oggetto quando la clausola negoziale ha lo scopo di stabilire gli obblighi concretamente assunti dai contraenti, laddove è delimitativa della responsabilità la clausola che ha l'effetto di escludere una responsabilità che sarebbe altrimenti insorta.

Pertanto, la clausola *claims made* «impura», la quale si discosta dal modello codicistico nella misura in cui sia diretta a circoscrivere la copertura assicurativa ai soli casi in cui sia il fatto illecito sia la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, si iscrive a pieno titolo nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, entro i quali, ai sensi dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato. Ne consegue che la clausola *claims made* è volta a stabilire quali siano, rispetto al modello predisposto dall'art. 1917 cod. civ., i danni risarcibili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità dell'assicuratore.

⁴⁷⁵ In questi termini, Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit.

⁴⁷⁶ Trattasi, rispettivamente, di Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit.; Cass., 28 aprile 2017, n. 10506.

⁴⁷⁷ Cfr., *ex plurimis*, Cass., 7 agosto 2014, n. 17783; Cass., 7 aprile 2010, n. 8235; Cass., 10 novembre 2009, n. 23741.

Specularmente, la clausola *claims made* pura, in cui si prescinde dal momento di verifica del fatto illecito e assume rilievo la sola circostanza che durante la vigenza del contratto intervenga la richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato, si configura come meritevole di tutela in quanto comporta vantaggi e svantaggi reciproci per il danneggiato e per l'assicurato. Infatti, dette clausole, se tendenzialmente non coprono i fatti illeciti verificatisi prima della scadenza del contratto, la cui richiesta risarcitoria intervenga dopo la scadenza stessa (effetto svantaggioso), coprono tuttavia i fatti illeciti verificatisi prima della vigenza del contratto a patto che durante la vigenza dello stesso intervenga la richiesta risarcitoria, effetto, quest'ultimo, da ritenersi senz'altro vantaggioso per l'assicurato⁴⁷⁸.

In ordine al problema circa la validità di tali clausole, le Sezioni Unite hanno affermato che esse, nella parte in cui consentono la copertura di fatti commessi dall'assicurato prima della conclusione del contratto, non sono nulla e non rendono nullo il contratto di assicurazione per inesistenza del rischio, ai sensi dell'art. 1895 c.c.⁴⁷⁹. Inoltre, tale clausola, essendo, come osservato, delimitativa dell'oggetto del contratto e non della responsabilità dell'assicuratore, non deve reputarsi vessatoria. Essa, tuttavia, potrebbe risultare in singoli casi specifici nulla ove non sia diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322 c.c., ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al Codice del consumo, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto⁴⁸⁰.

Va comunque precisato che il vaglio di meritevolezza della clausola *claims made* deve essere compiuto in concreto e non in astratto, valutando in relazione al singolo caso se la

⁴⁷⁸ Si veda, in questi termini, Cass., 23 novembre 2017, n. 27867.

⁴⁷⁹ Deve tuttavia precisarsi che, secondo quanto affermato da Cass., 13 marzo 2014, n. 5791, ai fini della validità del contratto di assicurazione, ad essere "futuro" rispetto alla stipula del contratto non deve essere il prodursi del danno risarcibile, ma l'avverarsi della causa di quest'ultimo. Non potrebbe essere infatti consentita l'assicurazione di quel rischio i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della stipula, a nulla rilevando che l'evento – e quindi il concreto pregiudizio patrimoniale – si sia verificato dopo la stipula del contratto, quando l'avveramento del sinistro non rappresenta che una conseguenza inevitabile di fatti già avvenuti prima di tale momento.

⁴⁸⁰ Con riferimento a tale questione circa la nullità della clausola *claims made* nei casi in cui sia applicabile la disciplina del d.lgs. n. 206/2005 per il fatto di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi contrattuali, cfr. Cass., 11 gennaio 2017, n. 417; Cass., Sez. Un., 2 dicembre 2016, n. 24645. Sulla valutazione della vessatorietà ex art. 1341 c.c. della stessa clausola, cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22891 e Cass., 15 marzo 2005, n. 5624. Cfr. anche Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872, secondo cui la clausola *claims made* inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile in virtù della quale l'assicuratore si obbliga a tenere indenne l'assicurato dalle conseguenze dannose dei fatti illeciti da lui commessi anche prima della stipula del contratto, se per essi gli sia pervenuta una richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato durante il tempo per il quale è stata stipulata l'assicurazione, deve reputarsi valida ed efficace, spettando al giudice stabilire, caso per caso, se la clausola stessa abbia natura vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.

clausola oggetto di valutazione subordini l'indennizzo alla circostanza che sia il danno, sia la richiesta di risarcimento da parte del terzo avvengano nella vigenza del contratto. Resta, quindi, da stabilire caso per caso se detta clausola possa dirsi anche diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., in particolare quando escluda il diritto all'indennizzo per i danni causati dall'assicurato in costanza di contratto, ma dei quali il terzo danneggiato abbia chiesto il pagamento dopo la scadenza del contratto, dando così luogo a richieste risarcitorie «postume»⁴⁸¹.

La Cassazione ha poi precisato che l'immeritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c. discende dalla contrarietà non del patto in sé, ma del risultato che il medesimo patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Devono pertanto ritenersi immeritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., quei contratti che, sebbene formalmente rispettosi della legge, hanno «*per scopo o per effetto di attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra, ovvero a porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra, ovvero costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti*»⁴⁸².

La Suprema Corte ha indicato determinati elementi che devono essere presi in considerazione nell'ambito del giudizio di meritevolezza, quali l'asimmetria tra le parti (sia di potere negoziale che informativa), il complessivo regolamento contrattuale, nonché l'ammontare del premio corrisposto. Qualora, all'esito della valutazione, la clausola risulti immeritevole di tutela, la conseguenza è l'applicazione del modello codicistico fissato dall'art. 1917 c.c.

⁴⁸¹ Cfr., in questi termini, V. AMENDOLAGINE, *La clausola claims made nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2018, p. 218.

⁴⁸² Così Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, cit. Per la Suprema Corte la clausola *claims made* che escluda le richieste postume deve ritenersi immeritevole di tutela, in quanto attribuisce all'assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza una contropartita per il cliente, in quanto riduce il periodo effettivo di copertura assicurativa, dal quale resteranno verosimilmente esclusi tutti i danni causati dall'assicurato nella prossimità della scadenza del contratto. A ciò si aggiunga che secondo gli stessi giudici di legittimità, la clausola *claims made* volta ad escludere le richieste postume va considerata immeritevole di tutela *ex art. 1322 c.c.* anche sotto il diverso profilo che pone l'assicurato in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra parte, in quanto fa dipendere la prestazione dell'assicuratore non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell'assicurato, ma altresì da un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla mera volontà del terzo danneggiato: la richiesta di risarcimento del danno. L'avveramento di tale condizione, infatti, costituisce un elemento completamente estraneo alla sfera di dominio, volontà ed organizzazione dell'assicurato, il quale non ha su essa alcun potere di controllo.

6.2. Sulla tipicità della clausola *claims made*: dalla meritevolezza alla causa concreta

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la sent. 24 settembre 2018, n. 22437, si sono nuovamente pronunciate sulla questione della meritevolezza e della validità della clausola *claims made*. Le ragioni di un nuovo intervento delle Sezioni Unite sono da rinvenirsi nelle difficoltà applicative del principio di diritto affermato nel 2016. I criteri indicati dal precedente arresto della giurisprudenza di legittimità, infatti, non si prestano ad un'applicazione univoca e prevedibile *a priori*.

Un'ulteriore problematica è quella relativa al regime applicabile nel caso in cui la clausola sia giudicata invalida. Infatti, la trasformazione di una singola polizza *claims made* in una basata sul sistema previsto dall'art. 1917 c.c. (cosiddetta *loss occurrence*) non sempre consente di coprire il sinistro verificatosi. Ne consegue che l'immeritevolezza della clausola *claims made* e la conseguente applicazione del tipo legale non comporti automaticamente la copertura del sinistro⁴⁸³. La giurisprudenza ha allora fatto ricorso ad interpretazioni *creative* al fine di estendere la copertura della polizza al sinistro oggetto della controversia.

Le incertezze derivanti da questo regime si riversano, peraltro, anche sui terzi danneggiati, i quali potrebbero vedere limitata la possibilità di ottenere il risarcimento del danno proprio in ragione della mancata copertura derivante dalla conversione automatica del modello «atipico» nel tipo legale.

Alla luce di tali problematiche, in alcuni settori dell'assicurazione della responsabilità professionale è direttamente intervenuto il legislatore: si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 11 della l. 8 marzo 2017, n. 24, che ha tipizzato la clausola *claims made* nel settore della responsabilità medica, prevedendo una retroattività di dieci anni e, in caso di cessazione dell'attività professionale, una copertura postuma di ulteriori dieci anni⁴⁸⁴.

Con riferimento al profilo della meritevolezza della clausola, la Suprema Corte si discosta dal proprio precedente orientamento, affermando che essa, pur rappresentando una deviazione dal modello previsto dall'art. 1917 c.c., è comunque da ricondursi all'interno del sottotipo

⁴⁸³ Si veda, in particolare, G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1523 ss.

⁴⁸⁴ L'introduzione di modelli di assicurazione *on claims made basis* si è registrata anche nel settore dell'assicurazione professionale degli avvocati, in cui il D.M. 22 settembre 2016 ha disposto che la polizza debba prevedere un'irretroattività illimitata e una ultrattività almeno decennale in caso di cessazione dell'attività ed anche in favore degli eredi.

dell'assicurazione contro i danni, della quale condivide la causa indennitaria⁴⁸⁵. Di conseguenza, la clausola non può essere assoggettata al vaglio di meritevolezza, previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c. per i soli contratti non appartenenti ai tipi aventi una disciplina particolare.

Tuttavia, tale clausola deve essere sottoposta al vaglio concernente i «*limiti imposti dalla legge*» di cui all'art. 1322, comma 1, c.c., operanti in relazione al tipo nella valutazione della sua realizzazione concreta, quale regolamentazione degli interessi che contraenti intendono in concreto perseguire.

Il giudizio di validità concerne quindi gli interessi delle parti e l'effettiva idoneità del contratto a realizzarli: esso ha ad oggetto la causa concreta del negozio, la quale costituisce la sintesi degli interessi che lo stesso è volto a realizzare, quale specifica operazione economica configurata dalle parti⁴⁸⁶.

Tale verifica va effettuata in relazione ad ogni singolo caso, senza che possa darsi una soluzione uniforme e determinata *a priori*. Al di fuori dei richiamati settori disciplinati dalla legge, dove le caratteristiche della clausola *claims made* sono obbligatorie, pena la nullità della stessa, si afferma che «*l'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo rappresenta un veicolo utile per apprezzare se, effettivamente, ne sia realizzata la funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo, laddove l'emersione di uno squilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione economica*»⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Ne è riprova la tipizzazione legale di detta clausola in vari settori dell'assicurazione della responsabilità civile.

⁴⁸⁶ Così R. FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 675 ss.

⁴⁸⁷ In questi termini, Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit. Deve tuttavia sottolinearsi che il passaggio dal giudizio di meritevolezza a quello concernente la causa concreta non sembra portare né ad una modifica dell'oggetto di indagine, né all'utilizzo di parametri differenti. Se esso permette di mettere da parte la nozione di meritevolezza e le incertezze che la stessa comporta, tale spostamento sembra tuttavia essere più apparente che reale, in quanto non modifica né l'oggetto, né il metodo, né le finalità del giudizio. Cfr., in tal senso, R. FORNASARI, op. cit., p. 690, nonché M. D'AURIA, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 28 ss.

CONCLUSIONI

Quanto esposto nelle pagine di questa tesi getta luce su un problema che pare proprio destinato a non trovare mai una definitiva soluzione. Se l'*excursus* storico permette di inquadrare l'origine e l'evoluzione della questione, mettendone in risalto gli aspetti più problematici, sul piano della prassi (o tecnica) giuridica, il discorso sembra naufragare sullo scoglio di un'incomunicabilità di fondo tra posizioni che, partendo da presupposti antitetici ed applicando metodi divergenti, rimangono l'una di fronte all'altra senza pervenire ad alcun compromesso. D'innanzi al medesimo fenomeno giuridico, infatti, alcuni assumeranno un atteggiamento critico, parlando delle storture di una *giurisprudenza creativa*, mentre altri guarderanno con favore a quel *procedimento ricognitivo* che permette di estollere dal magma sociale un diritto già formatosi nei fatti.

Pertanto, nell'esaminare il tema in oggetto conviene forse rimanere sul piano del discorso filosofico, dove la comunicazione è sempre possibile. In tale ambito, infatti, è consentito muoversi, come fa Jürgen Habermas, lungo un percorso discorsivo che incorpora in sé la premessa secondo la quale «*nella dimensione dell'obbligatorietà giuridica, la tensione fattualità/validità non può essere cancellata*»⁴⁸⁸.

In logica, di fronte ai due corni di un dilemma si possono adottare due diverse strategie. Per un verso si possono *afferrare le corna* e tentare di dimostrare che una o entrambe le opzioni non sono corrette; differentemente si può *passare in mezzo alle corna* mostrando che non si è di fronte ad una reale alternativa, poiché ve ne sono di intermedie o ulteriori, ovvero che le premesse delle opzioni non stanno tra loro in relazione vicendevolmente escludente (*aut-aut*) bensì includente (*vel-vel*).

Questa seconda strategia è quella adottata proprio da Habermas, secondo il quale, come scrive Luca Corchia: «*questa "tensione dilemmatica" tra i differenti "meccanismi di integrazione" della sfera politica sarebbe elusa dalle "interpretazioni unilateralmente normative o empiriche"*»⁴⁸⁹. Non è qui possibile dar pienamente conto della complessa elaborazione giusfilosofica di Habermas, tuttavia sarà sufficiente esplicitarne quei tratti

⁴⁸⁸ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, Ed. Laterza, Roma-Bari 2013, p. 49.

⁴⁸⁹ M. AMPOLA e L. CORCHIA, *Dialogo su Jürgen Habermas. Le trasformazioni della modernità*, Edizioni ETS, Pisa 2007, p. 121.

essenziali che permettono se non altro di far tesoro del suo approccio alla tematica in esame, da lui approfonditamente affrontata.

Habermas si propone di analizzare gli ordinamenti «*sia dall'alto che dal basso*»⁴⁹⁰ integrando le diverse prospettive di un «*discorso sociologico sul diritto*»⁴⁹¹ ed un «*discorso filosofico sulla giustizia*»⁴⁹². Secondo l'insigne filosofo tedesco «*il senso della validità giuridica diventa chiaro soltanto se ci si riferisce simultaneamente ad entrambe le cose: alla validità sociale o fattuale del diritto, da un lato, alla sua legittimità o validità ideale, dall'altro*»⁴⁹³. Con *validità sociale* egli intende quella tautologicamente definita dal diritto positivo, cioè una «*fattualità artificialmente prodotta dalla minaccia di sanzioni giuridicamente definite e azionabili in tribunale*»⁴⁹⁴. Con *legittimità* delle leggi, per converso, egli indica un valore parametrato sulla loro «*riscattabilità discorsiva della loro pretesa normativa di validità*»⁴⁹⁵, e pertanto dipendente dal loro esser state formate mediante un «*procedimento legislativo razionale*» o dal loro essere «*giustificabili da un punto di vista pragmatico, etico e morale*»⁴⁹⁶.

Questo secondo aspetto solleva immediatamente qualche perplessità in ordine alla ricavabilità stessa del principio di legittimazione. Il sospetto che sorge, infatti, è che si voglia far surrettiziamente riferimento ai medesimi meccanismi metafisici posti alla base tanto del diritto sacro delle società arcaiche quanto dei sistemi etico-religiosi e del diritto naturale. Tuttavia, il sospetto, pur comprensibile, se non cade quanto meno vacilla di fronte alle lucide argomentazioni habermasiane, del tutto inscritte in un orizzonte rigidamente post-metafisico o post-tradizionale.

Habermas, dunque, sensibile alle «*esigenze post-convenzionali di fondazione*»⁴⁹⁷, elabora quello che definisce «*un sobrio principio di discorso*» dotato di un'astrattezza tale da garantirne la neutralità «*rispetto all'alternativa "diritto o morale"*»⁴⁹⁸ e che gli permette di riferirsi indifferentemente a tutte le *norme d'azione*: «*Sono valide soltanto le norme d'azione che tutti i potenziali interessati potrebbero approvare partecipando a discorsi razionali*»⁴⁹⁹. Il

⁴⁹⁰ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ *Ivi*, p. 39.

⁴⁹⁴ *Ibid.* (tondo nel testo).

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ *Ivi*, p. 40.

⁴⁹⁷ *Ivi*, p. 125.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ *Ibid.*

particolare lessico utilizzato da Habermas richiede un chiarimento, che egli fornisce immediatamente e che occorre riportare per afferrare il senso del principio di discorso:

- 1) valide: «*si riferisce alle norme d'azione e ai relativi enunciati di carattere normativo; esprime una validità normativa in senso non-specifico, cioè ancora indifferente rispetto alla distinzione moralità oppure legittimità*»⁵⁰⁰;
- 2) norme d'azione: «*aspettative di comportamento generalizzate sul piano temporale, sociale e materiale*»⁵⁰¹;
- 3) potenziali interessati: «*tutti coloro i cui interessi risultano coinvolti dai prevedibili effetti d'una prassi generale regolata dalla norma in esame*»⁵⁰²;
- 4) discorso razionale: «*qualsiasi tentativo d'intesa circa pretese problematiche di validità, purché esso avvenga in base a presupposti comunicativi tali che consentano [...] di mettere liberamente sotto processo temi e contributi, informazioni e ragioni*»⁵⁰³.

Dall'applicazione del principio di discorso derivano, pensati quindi come cooriginari, tanto il principio morale quanto il *principio democratico*. Quest'ultimo, in particolare, nasce dalla «*specificazione del principio di discorso rispetto a norme formulate in termini giuridici e giustificate con ragioni pragmatiche, etico-politiche e morali (dunque non soltanto con ragioni morali)*»⁵⁰⁴. Tenendo ferma l'irriducibile duplicità sopra vista, pertanto, per aversi un diritto *legittimamente prodotto* questo dev'essere tale che «*in una formazione discorsiva dell'opinione e della volontà, potrebbe essere razionalmente accettato da tutti i consociati giuridici*»⁵⁰⁵.

Il principio democratico si distingue da quello morale poiché, dando per scontata la possibilità di fornire razionalmente giudizi morali, esso stabilisce soltanto i procedimenti di una legittima produzione giuridica, spiegando cioè il *senso performativo delle pratiche di autodeterminazione*. E fa ciò «*tramite un "sistema" dei diritti che garantisca, a tutti e a ciascuno, l'eguale partecipazione a un processo di produzione giuridica anch'esso (a sua volta) garantito nei suoi presupposti comunicativi. Mentre il principio morale opera sul piano della costituzione interna d'un determinato gioco argomentativo, il principio democratico si riferisce al piano dell'istituzionalizzazione esterna (cioè direttamente condizionante l'azione)*

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Ibid.*

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.* (tondo nel testo).

⁵⁰⁴ *Ivi*, p. 126.

⁵⁰⁵ *Ivi*, p. 154.

di una paritaria partecipazione politica a quella formazione discorsiva dell'opinione e della volontà che si realizza in forme comunicative a loro volta giuridicamente tutelate»⁵⁰⁶.

La cooriginarietà di morale e diritto, secondo Habermas, permette al secondo di liberarsi dalla subordinazione alla prima, emancipandosi dalla legge universale dell'*imperativo categorico* kantiano⁵⁰⁷. Diversamente, infatti, l'uscita dal «dominio delle leggi» sarebbe soltanto apparente e nient'affatto efficace sul *piano politico* conservando il carattere dell'*eteronomia* che impedisca di concepire i privati al tempo stesso come autori e destinatari delle norme d'azione⁵⁰⁸.

Per aversi un'autentica *autonomia*, allora, il principio di discorso s'intreccia alla *forma giuridica* nel principio democratico, determinando quella che Habermas definisce *genesì logica dei diritti*, che costituisce «un processo circolare, all'interno del quale il codice giuridico (o forma giuridica) e il meccanismo generativo di diritto legittimo (cioè il principio democratico) si costituiscono fin dall'inizio cooriginariamente»⁵⁰⁹. Detto per esteso: «si parte dall'applicazione del principio di discorso al diritto tutelante in generale le libertà soggettive (cioè al diritto costitutivo della forma giuridica come tale) e si finisce nell'istituzionalizzazione giuridica delle condizioni per l'esercizio discorsivo dell'autonomia politica»⁵¹⁰.

Da questo breve accenno al paradigma habermasiano può senz'altro trarsi un'importante indicazione che sarà utile in chiusura di discorso. Se la teoria della fattualità del diritto ha il pregio di *umanizzare* il diritto, fornendone un'immagine ben più confortante per l'individuo e ben più malleabile sulle frenetiche dinamiche intrasociali, d'altra parte essa rischia di trascurare completamente il ruolo *politico* del diritto. Questa sua funzione *ordinativa*, infatti, pare essere in ultima analisi ineludibile, per quanto suscettibile di un pur forte ridimensionamento. Continuando, per un momento, il saccheggio ai danni di Habermas, occorre rilevare che,

⁵⁰⁶ *Ivi*, p. 128 (tondi nel testo).

⁵⁰⁷ *Ivi*, p. 139.

⁵⁰⁸ «L'idea di un'autolegislazione messa in atto dai cittadini pretende infatti che coloro che come destinatari sono sottomessi al diritto possono anche, nello stesso tempo, ritenersene autori. Quest'idea non è soddisfatta se noi vediamo nel diritto a pari libertà soggettive soltanto un diritto fondato moralmente, che il legislatore dovrebbe limitarsi a positivizzare. Certo, una volta che abbiamo a disposizione l'idea della legalità, possiamo anche convincerci dal nostro punto di vista morale della validità dell'originario diritto dell'uomo. Ma in quanto legislatori morali noi non siamo identici ai soggetti giuridici cui, come destinatari, tale diritto viene messo a disposizione. Anche se ogni soggetto giuridico, nel suo ruolo di persona morale, capisce che avrebbe potuto benissimo darsi, anche da solo, determinate leggi, tuttavia una ratifica morale di questo tipo – intrapresa ogni volta a posteriori e da un punto di vista strettamente privato – non toglie affatto, sul piano politico, il paternalismo di un "dominio delle leggi" che assoggetterebbe i privati alla eteronomia» *ivi*, pp. 139-140 (tondi nel testo).

⁵⁰⁹ *Ibid.* (tondo nel testo).

⁵¹⁰ *Ibid.*

radicandosi sia nella *cultura* che nella *società*, il diritto può «compensare le debolezze d'una morale di ragione presente soprattutto come forma culturale del sapere»⁵¹¹, sgravando l'individuo di ogni pretesa di carattere *cognitivo, motivazionale, organizzativo*.

D'altra parte, la funzione politica del diritto non può esercitarsi in un altrove estraneo alla realtà che intende amministrare, facendo calare le sue norme come da un mondo iperuranico. Occorre, in altre parole, che si tenga a mente che all'origine e al termine della prassi giuridica, dalla formazione all'applicazione del diritto, vi è un soggetto consapevole inserito in una comunità (mutedevole) discorsivamente relazionata. Pertanto, come insegna Habermas, che si parta dal fatto oppure dalla norma non importa, se si ragiona con quella circolarità per cui ciò che conferisce legittimità e validità non è altro che il *principio democratico*.

⁵¹¹ *Ivi*, p. 133 (tondo nel testo).

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Dieci lezioni introduttive a un corso di diritto privato*, Torino, UTET, 2006.
- ABBAGNANO, N., *Positivismo*, in ID., *Dizionario di filosofia* (3^a edizione aggiornata e ampliata da G. FORNERO), Torino, UTET, 2008.
- , *Soprastruttura*, in *ivi*.
- ALESSI, R., *La disciplina generale del contratto*, Torino, Giappichelli, 2015.
- ALPA, G., *Che cos'è il diritto privato*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
- , *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna, il Mulino, 2018.
- AMENDOLAGINE, V., *La clausola claims made nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2018.
- ANTONUCCI, A., *Prassi e norma nel contratto di assicurazione claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 153 ss.
- ASCHERI, M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2008.
- BASSANI, L.M. e MINGARDI, A., *Dalla Polis allo Stato. introduzione alla storia del pensiero politico*, Torino, Giappichelli, 2015.
- BECCARIA, G., *Dei delitti e delle pene*, Milano, Mondadori, 2008.
- BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- , *Causa del negozio giuridico*, in A. Azara e E. Eula (a cura di), *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1967.
- BIN, R., *Soft law, no law*, consultabile online: <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Softlaw.pdf>.
- BIROCCHI, I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002.
- BOBBIO, N., *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli, 2010.
- , *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996.
- , *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2011.
- , *Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, 2004.
- , *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.
- , *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

- BOURDIEU, P., *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico*, Roma, Armando, 2017.
- BUGIOLACCHI, L., *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r. c. con clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, pp. 922 ss.
- CALAMANDREI, P., *Cassazione civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, a cura di M. D'Amelio, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1937.
- , *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968.
- CANZIO, G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contr. e impr.*, 2017.
- CAPITANT, H., *De la cause des obligations*, Parigi 1927.
- CARNELUTTI, F., *La certezza del diritto*, in F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968.
- CASTRONOVO, C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015.
- LOPEZ DE OÑATE, F., *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968.
- CESARINI SFORZA, W., *Il diritto dei privati*, Macerata, Quodlibet, 2018.
- COSTANTINO, G., *Note sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2017.
- CROUCH, C., *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2005.
- D'AMICO, G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 809 ss.
- D'AURIA, M., *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, in *Corr. giur.*, 2019, pp. 28 ss.
- DE GENNARO, G., *I contratti misti*, Padova, CEDAM, 1934.
- DE RUGGIERO, R., *Istituzioni di diritto civile*, Mesina 1929.
- DI MARZIO, F., *La politica e il contratto. Dalla affermazione dei valori alla negoziazione degli interessi*, Roma, Donzelli, 2018.
- DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Parigi 1745.
- EHRlich, E., *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1976.
- , *La sociologia del diritto*, in Id., H. Kelsen e M. Weber, *Verso un concetto sociologico di diritto*, a cura di A. Febbrajo, Milano, Giuffrè, 2010.

FACCI, G., *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, pp. 1523 ss.

FARINA, M. e PANZAROLA, A., *Enunciazione del principio di diritto e decisione della causa nel merito*, in AA. VV., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, IV, 2014, pp. 1099 ss.

FERRAJOLI, L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016.

FERRANTE, R., *Giusnaturalismo, illuminismi, codificazioni*, in AA. VV., *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 201-270.

FERRARESE, M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

–, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, il Mulino, 2010.

–, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

FOUCAULT, M., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, Feltrinelli, 2005.

FORNASARI, R., *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*, in *Danno e resp.*, 2018, pp. 675 ss.

GALATI, A., *La causa del contratto tra «funzione economico-sociale» e «sintesi degli interessi individuali delle parti»*, articolo consultabile online: http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_civile/1_Galati.html.

GALGANO, F., *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2010.

–, *Il contratto*, Padova, CEDAM, 2011.

GAGGERO, P., *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. e impr.*, 2013, pp. 432 ss.

GAZZARRA, M., *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

GAZZONI, F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, Vicalvi, ed. Key, 2017.

GENTILI, A., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 297 ss.

–, *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2014.

GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze 1835.

GRISI, G., *Giudice e legge nell'agone postmoderno*, in *A proposito del diritto post-moderno*, a cura di Id. e C. Salvi, p. 29 ss.

GROSSI, P., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

–, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

–, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007

–, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

GURVITCH, G., *Sociologia del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1957.

HEGEL, G. W. F., *Sistema dell'eticità*, in ID. *Scritti di filosofia del diritto (1802-1803)*, a cura di A. Negri, Bari, Laterza, 1962.

–, *Lineamenti di filosofia del Diritto*, Milano, Bompiani, 2010.

HOBBS, T., *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino*, Roma, Editori Riuniti, 2018.

IMPAGNATIELLO, G., *Principio di diritto nell'interesse della legge e funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2009.

IPPOLITO, D., *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, Donzelli, 2016.

IRTI, N., *Norme e fatti: saggi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984.

–, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

–, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000.

–, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1959.

LANZANI, C., *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 1084 ss.

–, *Storia della clausole claims made*, in *Nuova giur. civ.*, 2010.

LATOUCHE, S., *L'invenzione dell'economia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2010.

–, *Limite*, Torino, Bollati Boringhieri, 2012.

LOCATELLI, L., *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2005, pp. 1030 ss.

LOPEZ DE OÑATE, F., *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968.

LUZZATI, C., *Ancora sulla certezza*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», n. 23/2017.

LYOTARD, J.F., *La condizione postmoderna*, Milano, Feltrinelli, 1985.

- MENGONI, L., *Fondata sul lavoro*, in *Ius*, 1988.
- MOUFFE, C., *Per un populismo di sinistra*, Roma-Bari, Laterza, 2019.
- MONTESQUIEU, C-L., *Lo spirito delle leggi*, Milano, Rizzoli, 2007.
- MORTARI, V.P., *Il potere sovrano nella dottrina giuridica del secolo XVI*, Napoli, Liguori Editore, 1973.
- NATALINI, C., *Ius constitutionis e ius litigatoris: aspetti storici*, in *Riv. dir. Proc.*, 2018, pp. 1147 ss.
- NAVARETTA, E., *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016.
- PADOA SCHIOPPA, A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2016.
- PAGLIANTINI, S., *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: il "mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in Id., *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 156 ss.
- PANZAROLA, A., *La Cassazione civile giudice del merito*, II, Torino, Giappichelli, 2005.
- PASSERIN D'ENTRÈVES, A., *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2006.
- PRETEROSSO, G., (a cura di), *Potere*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- PUNZI, C., *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012.
- RESTA, E., *Il diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza, 2008.
- ROBESPIERRE, M., *Sui principi di morale politica che devono guidare la Convenzione nazionale nell'amministrazione interna della Repubblica* (discorso alla Convenzione del 5 febbraio 1794), in ID., *La rivoluzione giacobina*, a cura di U. CERRONI, Roma, Editori Riuniti, pp. 158-181.
- ROMANO, B., *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- ROMANO, S., *Lo stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969.
- , *L'ordinamento giuridico*, Macerata, Quodlibet, 2018.
- RORDORF, R., *L'ampliamento della nomofilachia nella riforma*, in *La nuova Cassazione civile*, a cura di A. Di Porto, Padova, CEDAM, 2017.

- ROUSSEAU, J.J., *Il contratto sociale*, Milano, Mondadori, 2002.
- RUFFOLO, G., *Lo specchio del diavolo. Storia dell'economia dal Paradiso terrestre all'inferno della finanza*, Torino, Einaudi, 2006.
- RUSCIANO, S., *Nomofilachia e ricorso in cassazione*, Torino, Giappichelli, 2012.
- SACCO, R., e DE NOVA, G., *Il contratto*, Torino, UTET, 1993.
- SALVI, C., *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, in *A proposito del diritto post moderno*, a cura di Id. e G. Grisi.
- SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1978.
- SASSANI, B., *Tra "consapevolezza culturale" e "buona volontà organizzativa: considerazioni sparse sulla deprecata funzione nomofilattica della Corte di cassazione*, in *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di F. Cipriani, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 277 ss.
- SCARSELLI, G., *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della nuova riforma del giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 355 ss.
- SCHMITT, C., *La tirannia dei valori*, Milano, Adelphi, 2009.
- SCOGNAMIGLIO, R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 2008.
- SEN., A., *Identità e violenza*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
- SIMONE, R., *Assicurazione e clausola claims made*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 1079 ss.
- SOLIMANO, S., *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in AA. VV., *Tempi del diritto, Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 319-387.
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976.
- TARUFFO, M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991.
- VIOLA, F., *La teoria della separazione dei poteri*, in «Studi in memoria di Giovanni Tarello», II, Milano, Giuffrè, 1990.