

GIUSEPPE ZACCARIA*

Introduzione

Esattamente venticinque anni fa veniva pubblicato il primo fascicolo di “Ars Interpretandi”, una rivista che nasceva come risposta alla crescente rilevanza della prospettiva ermeneutica nel dibattito culturale contemporaneo e per rispondere all’esigenza di un suo più solido radicamento all’interno della filosofia del diritto. In questi anni, mantenendo ben ferma l’apertura di dialogo con la filosofia, con le altre ermeneutiche regionali e con il diritto positivo, “Ars Interpretandi” ha visto la collaborazione di illustri filosofi, da Apel ad Hans Albert, da Derrida a Gadamer, da Davidson a Searle, da Ricoeur ad Amartya Sen, e di autorevoli giuristi, da Robert Alexy a Manuel Atienza, da Winfried Hassemer ad Arthur Kaufmann a Luigi Mengoni, da Duncan Kennedy a Jerzy Wroblewsky, da Natalino Irti a Paolo Grossi, solo per fare qualche nome noto. Filiazione del gruppo che si raccoglie attorno alla rivista sono le *Giornate di ermeneutica giuridica*, in cui si dibatte un tema, poi oggetto di un numero monografico della rivista. Le *Giornate* rappresentano ogni anno un appuntamento scientifico atteso, che con un’ottica marcatamente interdisciplinare ha fornito nel corso del tempo fondamentali approfondimenti su un’amplessissima serie di tematiche relative al rapporto tra comunità giuridica e contesti politici e sociali, al rapporto tra legislatore e giudice, ai mutamenti della struttura del diritto e delle attività interpretative e argomentative dei giudici e dei giuristi. Tra i più recenti vanno almeno ricordati i seminari dedicati al tema della ragionevolezza, dell’argomentazione, a fatti e interpretazioni, ai conflitti interpretativi, alla crisi del concetto di fattispecie. Negli ultimi anni sono stati indagati una serie di temi che toccano profondamente le trasformazioni del diritto contemporaneo – rendendolo sempre più complesso – e la crisi degli strumenti quotidiani con cui lavorano i giuristi. Il mondo attuale è sempre più instabile e conflittuale, cosicché la causa prima dell’incertezza è il deperimento di un quadro di principi di senso e di valore generalmente condivisi. Nelle società pluralistiche contemporanee si assiste ad un incessante conflitto e confronto tra diverse concezioni del mondo e diversi valori. Il diritto

* Professore emerito di Teoria generale del diritto presso l’Università degli Studi di Padova e accademico dei Lincei.

to fatica molto più che in passato, quando si davano società coese e omogenee, ad esercitare la sua tipica funzione stabilizzatrice e ordinatrice. Per il giudice interprete chiamato a risolvere il caso concreto diviene più problematico reperire una gerarchia delle fonti di diritto, per cui il suo compito si fa più discrezionale e difficile. Tanto più dunque in un simile contesto sono necessari la riflessione, l'approfondimento critico, il tentativo di ripensare le categorie giuridiche del passato.

Il tema prescelto per questo fascicolo di “Ars Interpretandi” è: *Diritto privato. Nuove frontiere e nuovi strumenti metodologici*. La matrice originaria di quella che è stata poi chiamata la “grande dicotomia”¹, costituita della distinzione tra l'ambito del privato e l'ambito del pubblico, nata con l'idea di Ulpiano dell'*utilitas singulorum* e con la teorizzazione nell'esperienza giuridica di Roma antica di una normatività privata che si fa *lex*, ma chiaramente risalente nella sua formulazione moderna alla teoria liberale, alla tesi della libertà dallo Stato, fu, come è noto, potentemente teorizzata e praticata con una sorta di “riduzionismo monistico”² nell'età delle codificazioni, e in particolare in quel monumento del diritto borghese che è il Codice Napoleone, che attribuiva *force de loi* al contratto; ma fu anche favorita dall'istituzione e dal consolidamento di una giustizia amministrativa operante nell'area pubblica. Un tempo la separazione tra la sfera pubblica e la sfera privata era chiara e netta; venivano individuati con precisione i due campi del diritto privato e del diritto pubblico, e quindi l'ambito di operatività dei privati era definito in modo chiaro e semplice, secondo una precisa idea dei rapporti tra autorità e libertà. Prevalsa un'idea astratta, di derivazione formalistica e pandettistica, di soggetto di diritto, titolare di alcuni diritti essenziali. Ora, invece, assistiamo al concomitante effetto di una pluralità di diversi fattori, che mettono in crisi la concezione semplicistica e binaria della differenziazione-contrapposizione tra le due grandi branche del diritto: la crescente complessità delle fonti del diritto civile e il primato in esse della costituzione, il forte ruolo di fonti sovranazionali che possiedono efficacia nel diritto interno e riducono il ruolo degli Stati, il ricorso sempre più esteso ai principi generali e a norme dotate di formulazione generica ed elastica, la sempre maggiore incisività e creatività della giurisprudenza, in particolare dei giudici costituzionali e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, l'introduzione di sempre più numerose Autorità indipendenti, l'enorme espansione dell'autonomia privata, ma insieme la sempre più consistente attrazione alla sfera pubblica di segmenti della vita sociale considerati un tempo come pertinenti al libero comportamento sociale.

La conseguenza è che i nuovi confini del diritto privato si sono dilatati e sono nel contempo divenuti mobili e meno netti, non certamente più riprodu-

1. Sordi, 2016.

2. Grossi, 2021, pp. 7-9.

INTRODUZIONE

cibili nei termini tradizionali del rapporto tra diritto privato e diritto pubblico: ci si presenta un panorama giuridico indubbiamente più incerto ma anche più realisticamente rispondente alla complessità giuridica. In questo modo, pur mantenendo una perdurante resistenza l'impianto codificatorio, sono entrati in crisi il ruolo centrale del codice civile e molte categorie del sistema dogmatico. Sono cadute separazioni del passato, talora artificiose, tra campi disciplinari diversi, si è ampliata la domanda di intervento pubblico, che tende ad appropriarsi di alcune delle aree tradizionalmente proprie del diritto privato. In questa relativizzazione dei confini tra diritto privato e diritto pubblico si realizza anzi frequentemente una commistione di rapporti pubblici e privati, nella quale è problematico mantenere le antiche distinzioni e continuare a distinguere i rispettivi istituti giuridici. Non si tratta soltanto di "invasioni" del campo privatistico da parte di modelli pubblicistici o, al contrario, del ricorso ad istituti privatistici da parte di organismi pubblici: siamo di fronte a fenomeni più complessi di sottrazione di campi giuridici alla disciplina esclusiva del diritto privato e quindi all'appropriazione da parte del diritto pubblico di ambiti privatistici tradizionali o viceversa di incorporazione di istituti privatistici nel tessuto pubblico. Fenomeni che tuttavia implicano una crisi irreversibile della distinzione-contrapposizione tradizionale.

In questa nuova geografia dello spazio giuridico, determinata dall'impatto di nozioni giuridiche aperte, che l'interprete riempie via via di contenuti, si affacciano quindi nuove terminologie, nuovi modelli normativi e, una volta consumata negli ultimi decenni del Novecento la cesura nel modo di rappresentare le discipline contrattuali, emergono per un verso un'applicazione diretta delle regole della Costituzione e dei principi desumibili dalla normativa europea al contratto e per altro verso un diritto privato "regolatorio", che nasce dal basso – come diritto privato dei privati – e da una rinnovata fiducia nelle forze dell'autonomia, ma che affida poi i processi di liberalizzazione al controllo delle autorità di regolazione. Si delinea così un diritto privato più mutevole, elastico ed espansivo, dotato di legami con l'area pubblica, anche se più difficilmente definibile.

Infine, dopo il lungo affermarsi dell'ideologia neoliberista, che basandosi sulla più ampia autonomia delle parti denotava un'orgogliosa rivendicazione della spontaneità dell'agire economico e manifestava insofferenza per qualsivoglia intervento esterno rispetto agli affari privati, il recente sconvolgimento conseguente all'emergenza pandemica ha fatto registrare il collasso e la paralisi economica del settore privato e il conseguente nuovo e massiccio intervento dello Stato con l'accumulazione di un consistente debito pubblico a sostegno dei privati, delle famiglie e delle imprese; ed una diffusione ancor più imponente di contratti atipici, nei quali è sempre più difficile trovare una pallida traccia della perfetta eguaglianza dei contraenti di un tempo. Insomma si assiste da un lato ad un travaso di ricchezza dal pubblico – in rapido e inarrestabi-

le indebitamento – al privato di famiglie e imprese, mentre dall’altro lato proliferano situazioni “miste”, nelle quali la differenza tra i due ambiti sparisce o diventa evanescente.

È chiaro che a questo scenario di estrema complessità si è pervenuti attraverso un lungo percorso precedente, che ha visto la civilistica porsi in un rapporto diverso con il problema delle fonti del diritto, rompendo con i paradigmi giuspositivistici tradizionali, assumendo inizialmente come centrale il rapporto tra diritto civile e riconosciuta normatività della costituzione. Quello che ha determinato la trasformazione dell’individuo, concepito in modo individualistico, astratto e metastorico, in persona, intesa in modo concreto e con riferimento alla dimensione relazionale della vita sociale. In tal modo la costituzione è stata per così dire attratta all’interno della dimensione civilistica, divenendo criterio insopprimibile e pervasivo di riferimento e di controllo. Successivamente si è assistito ad un ridimensionamento del potere della legge e ad un’attenzione crescente al tema della decodificazione e ancora in seguito ad un largo passaggio alla logica dei principi, pur con tutte le diverse formulazioni che essa ha effettivamente assunto; e per finire ad una valorizzazione del ruolo del giudice, che rischia però non di rado di sfociare in una progressiva *giurisdizionalizzazione* del diritto³. Nel tempo, in preciso collegamento con il rapido mutare della dimensione storica, sono stati via via costruiti, sia per via legislativa sia per via giurisprudenziale e anche ricorrendo a diversi modelli giuridici, un complesso di diritti riconosciuti alla persona come diritti soggettivi (all’onore e alla reputazione, alla *privacy*, alla protezione dei dati personali, all’identità personale, all’oblio), che hanno reso molto più ampio e frastagliato il panorama giuridico di tutela della persona e hanno finito per espandere la sfera del diritto privato. Nuovi territori sono stati annessi al diritto privato tramite dinamiche di tipo contrattuale, delineando un modello di *governance through contracts*. Si sono rafforzati notevolmente i diritti dei consumatori e si è aperto l’ampissimo e controverso campo del biodiritto, nel quale l’idea di natura codificata per millenni dai giuristi e il diritto all’autodeterminazione individuale sono messi alla prova dall’evoluzione dei trattamenti medici.

La realtà concreta attuale – poiché la distinzione pubblico-privato non può avere soltanto un valore logico-giuridico astratto – con l’accresciuta rapidità dei ritmi di cambiamento dei rapporti sociali, economici e politici, apre dunque un terreno ricchissimo e fertilissimo di analisi per i teorici del diritto e per l’intera scienza giuridica che si vogliano misurare con i fatti: nei temi emergenti (si pensi solo all’impiego delle tecnologie informatiche e al diffondersi del mercato digitale) gli aspetti privatistici incrociano continuamente aspetti di diritto commerciale, di diritto costituzionale e di diritto penale. Certo, occorre continuare ad utilizzare le grandissime lezioni dei classici del

3. Lipari, 2019, pp. 163 ss.

INTRODUZIONE

passato e i tentativi già effettuati di rivedere le categorie concettuali del diritto privato, come nel caso esemplare di Angelo Falzea⁴, ma anche esercitarsi nell'impegno rischioso a costruire qualche linea di un edificio nuovo e diverso, consapevole degli intrecci del presente e delle enormi trasformazioni della prassi. Anche perché in questa erosione della specificità del diritto privato (che può essere conseguente anche alla sua penetrazione in spazi tradizionalmente occupati dal diritto pubblico) vi è il rischio di una perdita di parte della sua identità e matura l'esigenza di ricostruire volta per volta una linea di confine credibile. Insomma, l'evolversi della realtà impone alla scienza giuridica di guardare al fenomeno giuridico con occhi e paradigmi nuovi, tenendo conto dei significati che la comunità e la pratica giuridica vi viene attribuendo; ma a sua volta essa può contribuire all'ampliamento ragionato dei diritti individuali.

Di tutto questo travagliato impegno all'interno di una riflessione senza pregiudizi e precostituiti confini disciplinari costituisce eloquente e significativa testimonianza l'insieme dei contributi raccolti nel fascicolo, saldamente unificati dall'esigenza di esplorare nuovi campi di riflessione e di aggiornare le categorie del passato incorporando le novità del presente.

Valerio Nitrato Izzo traccia nel suo saggio una puntuale radiografia delle grandi trasformazioni intervenute nell'ambito del diritto privato, distinguendo – all'interno dei motivi principali che tali trasformazioni hanno determinato – elementi di natura *esterna* (quali l'accentuato pluralismo culturale del nostro tempo, la palese inadeguatezza economica e sociale del modello proprietario, basato sulla signoria assoluta della cosa, le vertiginose trasformazioni tecnologiche in atto) ed elementi di natura *interna* al diritto. Tra questi ultimi egli cita la perdita di centralità del codice, la crisi sempre più evidente della fattispecie, l'irresistibile affermarsi del paradigma dello stato costituzionale di diritto.

La dogmatica giusprivatistica non è rimasta inerte né insensibile di fronte a tali sviluppi: ha anzi ripetutamente sottolineato i problemi posti da un diritto sempre più incalcolabile ed i rischi di arbitrarietà creati da una giurisprudenza sempre più invadente. Interagendo positivamente con tali stimoli, Nitrato Izzo rivendica la fondamentale importanza epistemologica di un atteggiamento ermeneutico che nell'approccio al caso muova dal primato della domanda e sostiene una valorizzazione del momento argomentativo, che saldi la dimensione interpretativa e quella argomentativa in una comprensiva teoria del ragionamento giuridico.

Entrando con decisione in *medias res* circa le nuove caratteristiche assunte negli ultimi decenni dal diritto privato, Andrea Zoppini pone sul tappeto l'interrogativo sulla qualità *generale* o *speciale* delle norme di diritto privato,

4. Falzea, 1975.

mostrandone in modo convincente la natura problematica e la dipendenza da mutevoli modelli storici di comprensione del reale giuridico. All'interno del diritto *speciale* viene definito come sotto-insieme il diritto privato *regolatorio*, correttivo dell'autonomia privata in una direzione funzionale all'obiettivo della tutela dell'integrità del mercato. Il tema diviene allora, ovviamente, quello del rapporto tra le norme generali del codice civile e la disciplina dei contratti conclusi nei mercati regolamentati.

Respinta la tentazione di un approccio di tipo generalista, che intenda cioè governare con la regola generale gli specialismi settoriali, Zoppini prospetta la necessità – anche con riguardo alla famosa sentenza CEDU “Franz Grande” del 2014 – di un approfondimento analitico delle regole speciali. Ma solleva al contempo la problematica se sia possibile un'unificazione dei mercati regolamentati, ossia di quei mercati che affidano i propri processi di liberalizzazione al controllo delle autorità di regolazione.

Emergono così tutte le difficoltà metodologiche di un discorso di tipo generale in questa materia e la conseguente esigenza realistica di considerare separatamente i singoli mercati, proprio perché la singola persona può comportarsi in modi molto diversi nei diversi mercati di riferimento.

Ormai chiaramente irrealistici sono i presupposti che ispiravano il modello codicistico (un approccio di tipo individualistico che presupponeva lo Stato nazionale, la netta separazione tra diritto pubblico e diritto privato, la presunta “perfezione” del mercato): e pertanto il codice civile può offrire un ben modesto contributo riguardo alla disciplina dei mercati regolamentati. Ma più ampiamente è l'intera costruzione teorica del contratto, che per tanto tempo ha retto l'architettura dottrinale dell'Europa giuridica, a mostrare tutte le sue difficoltà dinanzi alla mutata morfologia dei comportamenti sociali. La prospettiva di Zoppini indica i vantaggi della teoria della regolazione: guardando al contratto più come ad una necessità che ad un'espressione di libertà – nella prospettiva tradizionale è il libero consenso che fonda la vincolatività dell'accordo – essa muove dall'esigenza di correggere effetti distorti e asimmetrie presenti nei rapporti contrattuali, la “violenza istitutrice”, per dirla con Benjamin, del privato sul privato che è presente nell'accordo. L'oggi, caratterizzato dal dominio dell'immaterialità in un mercato davvero globale, vede un'incisiva presenza di contratti predeterminati nei contenuti e spersonalizzati, nei quali è assai difficile reperire un reale consenso e piuttosto si può parlare di inconsapevole adesione ad uno scambio. Gli antichi schemi del codice civile in tema di contratti, fondati sull'incontro di volontà e sull'esistenza di un accordo in cui confluiscono una proposta di intesa ed una sua accettazione, sempre più malamente si adattano a casi oggi frequenti, come quello delle intese illecite o di accordi anticoncorrenziali.

Quanto al tema delle regole con cui interpretare le norme disciplinanti i mercati regolamentati, il saggio di Zoppini evidenzia l'esigenza di un'interpre-

INTRODUZIONE

tazione da ponderare caso per caso, anche con riferimento ai necessari profili di armonizzazione comunitaria, che prevedono un'interpretazione coerente alle fonti comunitarie, senza arricchimenti delle soglie da esse previste. Insomma, tali fonti, in grado di produrre regole suscettibili di penetrare e di integrarsi sempre più profondamente nel diritto nazionale, vanno considerate con tecniche di applicazione del diritto collocate in un giusto bilanciamento con la salvaguardia degli interessi nazionali e del mercato interno.

In tal modo, mostrando tutta la complessità del rapporto interpretativo tra la disciplina europea e quella nazionale in ordine ai mercati regolamentati, la conclusione di Zoppini è che alla tutela dell'integrità del mercato vada attribuita non una valenza di tipo specifico, ma di tipo generale, anche al di là degli ambiti delle specifiche discipline di settore.

A rendere ancor più mosso e articolato il quadro descrittivo delle novità giuridiche delineato da Andrea Zoppini, contribuisce il saggio di Massimo Palazzo. Nel ricostruire l'itinerario storico che ha condotto ad una notevole evoluzione del ruolo della prassi notarile, ed emancipandosi con decisione dalla soffocante immobilizzazione giuspositivistica delle fonti del diritto, Palazzo sottolinea, ed anzi rivendica, la funzione innovatrice acquisita da tale prassi nell'esperienza giuridica contemporanea: un ruolo essenziale non soltanto nell'interpretare le norme, ma ancor più nell'adeguarle ai nuovi contesti di una realtà sociale che costantemente supera il diritto scritto. In altre parole Palazzo, prendendo sul serio la pluralità contemporanea dei soggetti e dei luoghi di formazione del diritto, enfatizza la crescente complessità della funzione notarile nella fase giuridica attuale, soprattutto con riguardo ai profondi cambiamenti intervenuti nella funzione che assume e nello stesso modo di intendere quell'elemento tradizionalmente fondamentale dell'autonomia privata che è il contratto. Garante della continuità del sistema, ma nel contempo adattatore dinamico del diritto alla mutevolezza sociale: questa l'immagine del notaio e della sua funzione che emerge dall'analisi di Palazzo, che fa di questa figura un elemento chiave della dinamica giuridica attuale e della formazione del caso concreto. In questa prospettiva la costruzione progressiva di complessi testi contrattuali (dal *leasing* al *factoring* al *franchising*, al cosiddetto *rent to buy* di immobili e aziende, all'elaborazione di formule di testi contrattuali immobiliari) diviene così l'emblema di un diritto frequentemente e dinamicamente ideato e creato da grandi studi legali e notari per rispondere a vive e impellenti esigenze della prassi e solo in un secondo momento, dopo una fase di consolidamento – come nel caso del *trust* – recepito dal legislatore.

La constatazione di Palazzo è che sia nel caso in cui la prassi notarile abbia una funzione *attuativa* di disposizioni legali, sia in quello in cui essa abbia invece una funzione *genetica*, ossia costitutiva della regola all'esterno del dettato di una fonte del diritto "lacunosa", l'apporto del notaio si rivela sempre

di tipo produttivo e sembra quasi riavverare in forme modernissime l'analisi di Widar Cesarini Sforza su *Il diritto dei privati*⁵, come diritto creato dai privati, estraneo al diritto dello Stato e basato su rapporti di reciproca fiducia e lealtà. Esso infatti configura in numerosi casi una sorta di *soft law*, capace, con la vitalità posseduta dai territori extralegali con cui interagisce, di adattare gradualmente la normazione al mutare di dinamiche sociali ed economiche: un canale privato di produzione giuridica fondato sull'apporto degli esperti che si affianca a quelli ufficiali e che contribuisce affermandosi nella prassi a riconfigurare il modo in cui è concepito l'ordinamento. Questo avviene oggi assai di frequente nel diritto societario con l'esperienza delle massime notarili (rilevanti per risolvere problematiche relative agli atti costitutivi della società e ai verbali delle società di capitali) e in settori che riguardano attività patrimoniali e commerciali.

Uno degli aspetti di maggior interesse del contributo di Palazzo è in definitiva il mostrare – con la documentata e partecipe esperienza del protagonista – come alla più nota e riconosciuta opera delle corti nell'aggiornamento e nel continuo rinnovamento del diritto si affianchi quel lavoro di incessante rimodellamento garantito dalla prassi notarile e dal mondo professionale, che si pone in costante contatto con l'esigenza di concretezza pretesa dai fruitori delle regole e più ampiamente da interi gruppi sociali. Già Salvatore Satta aveva intuito la crucialità della funzione del notaio al centro della connessione tra interessi pubblici e privati, ma ora i fatti della vita interrogano in forme sempre più stringenti il notaio–interprete: per dirla con uno slogan siamo dinnanzi ad un “diritto privato prodotto dai privati”, che facendosi carico di una funzione insieme stabilizzatrice e innovatrice e intrecciandosi con l'*hard law*, offre un suo specifico e flessibile contributo a rompere il monopolio e il rigido controllo statale del diritto, così come immaginato dal giuspositivismo statualistico e legicentrico.

Un ulteriore ampliamento di prospettiva esige di indagare il tema dottrinale dell'effettività. Il saggio di Giuseppe Vettori muove da un atteggiamento critico nei riguardi del diffondersi, all'interno della cultura giuridica, di concezioni amplissime ed estensive di ragionevolezza e proporzionalità, sostenendo che entrambe “debbono confrontarsi con regole e istituti elaborati nel tempo”. Nella visione di Vettori la ragionevolezza appartiene alla costruzione della regola e non alla soluzione del conflitto, mentre la proporzionalità si configura come un criterio valutativo elastico tratto, secondo criteri logici e in base ad un indice normativo o giurisprudenziale consolidato, dalle circostanze concrete.

Anche l'analisi di Vettori – come del resto numerose di quelle sopra citate – prende dunque sul serio le novità del quadro giuridico attuale: la presenza di un nuovo sistema plurale delle fonti, il ruolo delle Corti e del diritto europeo, l'ob-

5. Cesarini Sforza, 2018.

INTRODUZIONE

bligo per gli stati di garantire la piena effettività dei diritti e dei doveri; il declino della fattispecie giuridica e il conseguente ampliarsi dello spazio dell'argomentazione giuridica. In una parola gli istituti fondamentali del diritto privato sono chiamati ad operare in un contesto completamente diverso rispetto al passato: di conseguenza egli fa propria l'idea di una nuova e più concreta legalità, non più basata su visioni moniste, ma espressione di un articolato pluralismo giuridico. Questo concetto di effettività, che si sostituisce a quello di matrice pandettistica di legalità formale e che, come ha insegnato Pietro Piovani⁶, contribuisce alla conversione del fatto in diritto, getta le basi per un nuovo ruolo della dogmatica giuridica – vista come necessario vincolo dell'argomentazione giuridica – e dunque per un nuovo rapporto tra ermeneutica e dogmatica. Insomma, anche in un sistema plurale di fonti ed in una società che non esprime più come in passato una struttura sociale omogenea ed un blocco di valori incontestabili, con l'effetto di porre in discussione il modello tradizionale di dogmatica, nell'approccio realistico di Vettori rimane e anzi si rafforza l'esigenza che la dogmatica garantisca il rigore sistematico del discorso giuridico, conferendo ai significati stabilità e continuità. Ritorna in forme nuove e in un nuovo orizzonte di problemi l'idea di Ascarelli di creatività nella continuità del diritto: pur in un quadro profondamente mutato, che costringe l'interprete a fare i conti con il pensiero casistico della giurisprudenza, la dogmatica continua a rivendicare la propria funzione, in senso ampio politica, di strutturazione degli eventi e dell'agire umano. La nuova legittimazione della scienza giuridica sta nella sua rinnovata capacità di comprendere e ordinare con la forza della ragione un presente disordinato e complesso e di assicurare una ragionevole prevedibilità delle decisioni giuridiche.

L'approccio di Diego Papayannis è perfettamente consapevole del fatto che il diritto privato si è tradizionalmente mantenuto ai margini del discorso sulle politiche pubbliche e dunque della potenziale antinomia tra l'ambito di libertà dell'autonomia privata e l'intervento pubblico.

Tuttavia, ad indiretta ma significativa conferma dell'ampliarsi dello spazio del diritto privato, con un rovesciamento di prospettiva sostiene la tesi contro intuitiva per cui il diritto privato costituisce una parte necessaria delle politiche pubbliche; e denuncia i pregiudizi, spesso di natura ideologica più che teorica, di quanti al contrario affermano che esso non sarebbe in grado di contribuire efficacemente ad obiettivi di natura più ampia. Tesi, queste ultime, che ad avviso di Papayannis risentirebbero di una sopravvalutazione delle possibilità del diritto pubblico e di una simmetrica sottovalutazione delle potenzialità del diritto privato.

Per giungere alla conclusione, sulla linea dell'analisi economica del diritto, che il diritto privato è strumentale ad obiettivi sociali, Papayannis analizza

6. Piovani, 1959.

criticamente la nozione di *politica pubblica*, onde dimostrare che si può ipotizzare l'implementazione di politiche pubbliche anche tramite meccanismi di diritto privato. Nulla in linea di principio – egli argomenta – osta al fatto che le funzioni del diritto privato, così come avviene per ogni ramo del diritto, possano essere inquadrate come discussioni sul ruolo delle politiche pubbliche in quanto forme di risposta a problemi sociali. È vero che *alcuni* obiettivi di natura pubblica – ammette Papayannis – non possono essere razionalmente perseguiti tramite il diritto privato; ma ciò non toglie che *altri* possano essere invece realizzati (come nel caso di consumatori che siano anche beneficiari di una politica pubblica).

L'effetto del saggio di Papayannis e della sua tesi di fondo per cui le politiche pubbliche del diritto privato non meno di quelle perseguite nell'ambito pubblico sono giustificabili per le loro conseguenze “globali” è di porre in discussione, sia pure con un qualche manicheismo, la relatività della sommaria distinzione tradizionale tra problemi pubblici e problemi usualmente ascritti al diritto privato; e superando i confini delle rispettive attività di suggerire l'idea di un diritto privato maggiormente equitativo, capace di contenere le disuguaglianze e di agire in combinazione con il diritto pubblico. Pur riconoscendone la non autosufficienza, del diritto privato va infatti valorizzata la maggior capacità rispetto al diritto pubblico di favorire la distribuzione di beni immateriali, come la libertà, la sicurezza, l'onore, il potere di negoziare. Se ne possono dunque utilizzare gli strumenti anche nell'alveo pubblicistico, che può anche assoggettare l'autonomia privata a controlli, con il fine di riequilibrare i sempre possibili rapporti di disparità tra le parti.

La seconda sezione del fascicolo di “Ars Interpretandi” si concentra maggiormente su temi di teoria generale del diritto, sforzandosi di offrire sistemazione teorica ad una serie di problematiche emerse nell'ambito del descritto superamento dei confini tra diritto pubblico e diritto privato.

Dedicato ad un'analisi degli impieghi giurisprudenziali del brocardo *in claris non fit interpretatio*, ancor oggi richiamato da numerose sentenze di legittimità, il contributo di Vito Velluzzi mostra in modo convincente difetti e ambiguità di questo criterio di interpretazione del contratto, che da un lato viene associato all'ambigua nozione di significato letterale, ma dall'altro va ricollegato all'individuazione della comune intenzione dei contraenti. Non che le ragioni sottese all'uso di tale criterio, quelle di evitare di giungere ad attribuire al contratto un significato inconciliabile con l'intento comune dei contraenti, siano trascurabili: e tuttavia esse sono “servite” in modi insoddisfacenti e le loro ambiguità possono essere risolte solo attraverso ulteriori segni che riconducano gli esiti dell'indagine ai possibili significati che il testo può esprimere. Può anzi accadere che il giudice occulti dietro la presunta chiarezza un ampio esercizio di discrezionalità.

INTRODUZIONE

Attraverso un uso avvertito dell'approccio analitico, sia nell'esame delle diverse tendenze giurisprudenziali che richiamano con diverse caratteristiche il principio dell'*in claris*, sia nel distinguere le diverse ragioni invocate a difesa di quella che Velluzzi denomina come "chiarezza ambigua", le conclusioni critiche del saggio sottolineano la non appropriatezza dell'uso della formula *in claris non fit interpretatio*, proprio perché suscettibile di essere articolata in diverse direzioni, nell'interpretazione dei contratti. Nella sua strutturale ambiguità essa potrebbe addirittura mostrarsi come un mezzo controproducente rispetto agli scopi desiderati.

Detto in altre parole, dietro questa formula si nascondono composite questioni interpretative legate all'interpretazione dei contratti, che vanno affrontate per quello che sono e con il dovuto impegno argomentativo. Ciò non significa lasciare attraverso insoddisfacenti scorciatoie campo libero all'interprete, ma responsabilizzarlo riguardo al proprio compito di costruire e giustificare adeguatamente una relazione coerente tra le regole sull'interpretazione del contratto e il significato attribuito al testo contrattuale.

Il saggio di Mauro Grondona rilegge, alla luce dell'attuale contesto sociale e culturale e del fitto dibattito sviluppatosi in materia di responsabilità civile sul bilanciamento tra interessi in conflitto, la classica problematica del "danno ingiusto". Nell'ottica di adeguare le categorie dottrinali alle novità della prassi, Grondona mostra l'intrinseca problematicità della formula e ancor più radicalmente l'intrinseca politicità del tema, ricondotto alla problematica delle condizioni d'uso delle clausole generali.

Ad avviso di Grondona l'espressione "danno ingiusto" nell'idea originaria del codice civile non esprimeva una clausola generale, ossia una disposizione a fattispecie aperta, bensì una disposizione a fattispecie chiusa. L'obiettivo perseguito da Grondona è quello di evitare che le decisioni in materia di danno ingiusto si risolvano in un'area che fuoriesca dal controllo razionale, sottratta cioè, magari per comprensibili ragioni di equità, ai necessari controlli argomentativi dell'interprete; ma, ancor prima, è quello di riaffermare l'esigenza di confini, se pur sempre mobili, alla responsabilità civile individuale. In altre parole il suo punto di vista oltrepassa il perimetro tecnico della responsabilità civile, per assumere la portata più ampia del tentativo di definizione dei doveri dell'individuo, in quanto appartenente ad una determinata collettività storica.

Inquadrando i temi della topica, dell'ermeneutica e della giurisprudenza in un più ampio orizzonte di tipo storico, il lavoro di Stephan Meder, che segue una pista originale e scarsamente esplorata, mostra le molteplici possibilità di collegamento e i parallelismi che si possono istituire tra la retorica di Vico e l'ermeneutica di Savigny, a partire da un comune atteggiamento critico nei confronti del razionalismo e dell'ideale metodico del "mos geometricus", che promette alla giurisprudenza la stessa certezza delle scienze naturali. L'esito

convergente delle due direzioni di pensiero messe a confronto è nel riconoscere il carattere produttivo della giurisprudenza e l'attenzione al caso concreto, pur senza compromettere il postulato del vincolo alla legge. Meder nega insomma la tesi per cui la valorizzazione da parte di Vico e Savigny del *Juristenrecht* svincolato da ogni concettualismo nasconda la volontà di favorire una scoperta più o meno libera del diritto o proposte di giustizia equitativa. Piuttosto, egli evidenzia la loro attenzione anticipatrice alle particolarità del caso concreto e mette ripetutamente in guardia contro i rischi di un'applicazione "meccanica" del diritto; rischi che Meder vede singolarmente ripresentarsi, sia pure in forme nuovissime, nella cosiddetta *epoca digitale*. In essa, infatti, testi legislativi e sentenze vengono completamente separate dal loro contesto storico e sono trasformate in equazioni matematiche, sulla base di una messe immensa di dati, comunque riferiti a valutazioni e decisioni del passato, e perciò strutturalmente inidonei a considerare tutte le circostanze, anche quelle del presente e del futuro⁷.

Anche e forse ancor più nei più recenti sviluppi dell'era digitale, in definitiva, nella visione di Meder il diritto non può in alcun modo prescindere dalla forza produttiva e dalla ponderazione critica dell'ermeneutica giuridica.

L'attuale stagione del diritto privato è inquadrata da Enrico Scoditti all'interno di una serie di recenti *topoi* epistemologici, quali il declino postmoderno nelle tesi decostruzioniste della "grande narrazione" e il diverso rapporto con la verità acquisito nel dibattito sviluppatosi nell'ambito delle scienze umane.

A ben vedere, l'obiettivo del contributo di Scoditti non è certo quello di "buttare a mare" le vecchie dottrine dogmatiche, ma di riconfigurarle in modo innovativo, per nuovi usi e nuove potenzialità, in una prospettiva non priva di ambizione che mira a sostituire ad una razionalità storicistica ed ermeneutica una razionalità *normativa* che abbia come suo obiettivo l'esercizio di una regolazione. Di questo programma di lavoro Scoditti fornisce alcuni paradigmatici esempi in tema di caparra confirmatoria e di dichiarazione contrattuale nei rapporti di consumo, con l'effetto di conferire nuove valenze alle rispettive discipline regolative e di mostrare l'utilità di un modello ideale di cooperazione sociale.

Le conclusioni raggiunte da Scoditti, che rivendicano l'idea di clausola generale come ideale di norma cui attingere per identificare la "norma individuale", si contrappongono alle note tesi nichilistiche di Natalino Irti, secondo le quali attribuire un ruolo decisivo alle clausole generali significherebbe *necessariamente* cedere all'arbitrio del giudice⁸. In realtà nella prospettiva di Scoditti la clausola generale implica l'appello ad un ideale di regolazione, e dunque ad un impegno normativo, cosicché il diritto casistico rinvia

7. Zaccaria, 2021.

8. Irti, 2016, su cui Zaccaria, 2018.

INTRODUZIONE

in tal caso ad un principio trascendentale – determinabile non in astratto, ma solo in relazione alle circostanze del caso – che di per sé eccede le diverse singolarità.

Non ci sono, né ci potevano essere conclusioni nel panorama frastagliato e plurale dei saggi e dei contenuti presenti in questo fascicolo di “Ars Interpretandi”, ma solo ipotesi interpretative e proposte di lettura dei fenomeni in corso. Utilissime, però, non solo perché superano intelligentemente il facile schema semplificato di un “import-export”⁹ tra i campi del diritto privato e del diritto pubblico, ma anche perché inquadrano la distinzione pubblico-privato nell’orizzonte più ampio nel quale diviene protagonista il senso che al diritto è attribuito dalle comunità che lo elaborano e lo utilizzano. Più che nelle architetture del diritto civile del passato occorre ricercare tale senso nel reale, nel pulsare effettivo della vita e nelle trasformazioni del reale. Una costante si può rintracciare in molti dei saggi: il riconoscimento dell’esigenza indifferibile, in un quadro caratterizzato dall’apporto di molteplici sorgenti del diritto e di un’accresciuta complessità e ricchezza dei processi di produzione normativa, di una ritrovata funzione critica della dogmatica e della dottrina, intese come sforzo di organizzazione unitaria di un materiale giuridico sempre più eterogeneo, di diversa provenienza e frequentemente contraddittorio. Condizione è quella di rinvenire all’interno dell’accentuato pluralismo giuridico contemporaneo il tessuto connettivo di una trama unitaria che tenga insieme le diverse fonti e le organizzzi in un discorso giuridico razionale, in un sistema di normatività che assicuri un qualche grado di coerenza. È allora da notare come, sia pure nella consapevolezza dell’irreversibile fine della “grande narrazione” del diritto privato classico, tutto costruito in via concettualistica e codicistica, avendo cioè come quadro di riferimento il codice civile, non si neghi affatto la funzione della dogmatica, in un recente passato vilipesa e derisa come inutile orpello concettuale: anzi, in opportuna ed equilibrata combinazione con il riaffermato ruolo centrale dell’ermeneutica nel rinnovamento del diritto, si propone di mantenerla e impiegarla come fattore di certezza e stabilità, con nuove forme di utilizzo di categorie e di parametri non più rispondenti alle esigenze originarie e perciò inadeguati, se non profondamente ripensati, a rispondere ai contesti attuali.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Cassese, S. (2018). Diritto privato/ diritto pubblico: tradizione, mito o realtà? In G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*. RomaTrE Press.
- Cesarini Sforza, W. (2018). *Il diritto dei privati* (1929). Quodlibet.

9. Cassese, 2018, p. 51.

GIUSEPPE ZACCARIA

- Falzea, A. (1975). *Introduzione alle scienze giuridiche*. Giuffrè.
- Grossi, P. (2021). *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*. Giuffrè.
- Irti, N. (2016). *Un diritto incalcolabile*. Giappichelli.
- Lipari, N. (2019). *Diritto civile e ragione*. Giuffrè.
- Piovani, P. (1959). *Il significato del principio di effettività*. Giuffrè.
- Sordi, B. (2016). Verso la grande dicotomia: il percorso italiano. *Quaderni fiorentini per una storia del pensiero giuridico*, 45, 193-209.
- Zaccaria, G. (2018). Riflessioni sul nichilismo giuridico di Natalino Irti. *Rivista di diritto civile*, XXIV (3), 766-777.
- Id. (2021). Mutazioni del diritto: innovazione tecnologica e applicazioni predittive. *Ars Interpretandi*, X (1), 29-52.