

I civilisti e la certezza del diritto

ABSTRACT

The paper focuses on some legal processes that have affected the principle of legal certainty in the sphere of private law and have given a new crucial role to interpretation and argumentation. Within the legal orders the interpreter has taken over the legislator as a subject in charge for the warrantee of legal certainty. This undermined the systematic nature of the civil code through a process of slow de-codification. The shift from the abstract rule to the general clauses, from the mechanical application of the law according to the deductive paradigm to the acknowledgment of the importance of the context of application for understanding the norm has contributed to a renovated role of the judicial interpretation. Finally, in face of the changing of the regulatory landscape with the rise and spread of forms of transnational as well as soft law and the consolidation of the Community law, the principle of legal certainty should be conceived without embracing either nihilism or formalism.

KEYWORDS

Legal Certainty – Legal Interpretation – Constitutional Principles – Legal Pluralism – Formalism/Anti-formalism.

1. TRADIZIONE CIVILISTICA E POSITIVISMO.

PRIMI SINTOMI DI CRISI DEL MODELLO DELLA CERTEZZA

La tradizione civilistica italiana è intrisa di positivismo e questo, nella seconda metà del secolo scorso, ha trovato una sorta di legittimazione filosofica nel volume di Lopez de Oñate sulla certezza del diritto¹, che, uscito a cavallo dell'entrata in vigore del codice civile, ha finito per saldare l'ideologia della

1. F. Lopez De Oñate (1942) oggi consultabile nella ristampa a cura di G. Astuti, Milano, 1968, con in calce le recensioni di P. Calamandrei, F. Carnelutti, P. Fedele. Mi limito a questo richiamo perché è l'unico scritto che, sia pure incidentalmente, si trova talora ricordato negli scritti dei civilisti a cavallo della seconda metà del secolo scorso. Può essere significativo segnalare *in limine* – sintomo della persistente forza attrattiva dei modelli positivistici – che l'espressione "certezza del diritto", da sempre consegnata solo alla riflessione teorica, è stata, di recente, utilizzata addirittura nel titolo di un provvedimento legislativo (D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128).

codificazione – che vedeva nella sistematica consegnata ad un testo scritto di derivazione statale collocato entro una rigorosa gerarchia delle fonti il criterio orientativo per qualsiasi operazione interpretativa – con la visione filosofica dell’attualismo gentiliano, che coglieva l’eticità del diritto nel riferimento ad una volontà costante e generale.

Nel concreto svolgimento delle operazioni interpretative dei civilisti l’ipotesi che sottostava a tale visione di fondo non è tuttavia immediatamente emersa perché – come è stato esattamente avvertito – «il positivismo moderato della nostra tradizione è teoricamente e metodologicamente formalista, in quanto opera con categorie sistematiche assiologicamente neutre; ma in tali categorie erano per così dire cristallizzati (e insieme occultati dal linguaggio avalutativo del formalismo giuridico) i valori morali del giusnaturalismo moderno, che erano poi i valori della società borghese conformi ai valori dell’Europa cristiana»². Su questo presupposto la giustificazione formale di una proposizione normativa rappresentava all’un tempo segno di coerenza con la razionalità del sistema giuridico (necessariamente definito nei propri contorni) e garanzia del suo fondamento morale.

Tuttavia, la rivoluzione che ha condotto all’uscita dal fascismo, il quale aveva in ogni modo cercato (peraltro senza riuscirvi) di riconnettere il nuovo codice civile alla propria ideologia³, ha evidenziato come nell’attaccamento al dato formale individuato in termini per quanto possibile anelastici ci fosse stato anche il tentativo di porre una sorta di baluardo ad ogni possibile strumentalizzazione politica. Uno dei più autorevoli civilisti del secolo scorso, che era stato anche membro della commissione reale per la redazione del codice, ha rilevato come, nel riferimento alla certezza di un dato formalmente recepito, ci sia stata, nella cultura dei civilisti italiani, la coscienza di «chiudere al regime fascista, talché dietro alla giustificazione dell’attaccamento al dato positivo, dietro al tentativo di delineare un sistema geometrico di concetti, in cui si esaltava la funzione conoscitiva del sistema, si celava la riluttanza ad accettare ideologie e forme politiche»⁴.

Nella stagione immediatamente successiva all’entrata in vigore del codice civile la sostanziale convergenza degli esiti interpretativi si saldava con l’esigenza di salvare il diritto civile da ogni compromissione con il sistema politico. Peraltro l’uscita dalla temperie della guerra rendeva avvertiti i civilisti più autorevoli della necessità di superare il dogma della sovranità dello Stato, sul presupposto che la «vocazione delle norme che si dicono di diritto privato... è di realizzare certe esigenze di giustizia nei rapporti che si svolgono liberamen-

2. Cfr. L. Mengoni, 2001, 5.

3. La *Relazione del Guardasigilli* espressamente riconnette il codice alla “feconda opera civile” che l’Italia «è chiamata ad assolvere nel nuovo ordine europeo e mondiale».

4. R. Nicolò, 1980a, 57.

te tra gli uomini»⁵, sul presupposto che «la ragione è l'anima del diritto»⁶. In tal modo il principio di certezza veniva svincolato dai presupposti di stampo positivista⁷ e si avvertiva l'esigenza di liberare la ragione dall'arbitrio del legislatore che tende a sovrastarla⁸. Il diritto civile mirava a ricercare un suo fondamento estrinseco rispetto al quale il giurista non è più chiamato a rendersi portavoce di dati acquisibili in forma previa, ma semmai ad essere lettore di segni storicamente variabili che egli deve «apprezzare in quanto anticipazioni dell'orientamento della coscienza giuridica»⁹.

Era ormai – più o meno consapevolmente – avvertito che l'attività argomentativa del giurista non poteva ridursi a paradigmi esclusivamente logici. La riedizione di un saggio di Guido Calogero che prendeva spunto dal giudizio di Cassazione aveva offerto un solido supporto alle posizioni più attente alla necessità di superare le posizioni del positivismo, segnalando che il diritto non può essere termine di conoscenza secondo il canone della verità teorica, ma termine d'azione secondo il canone dell'opportunità pratica¹⁰, con la conseguenza che il procedimento argomentativo del giudice non procede da premesse formali secondo un meccanismo di tipo deduttivo, ma semmai, in termini radicalmente invertiti, parte da una conclusione (evidentemente acquisita secondo parametri diversi) e la veste di motivazioni giustificative entro la quale sussumerla, affinché possa essere compresa e condivisa¹¹. Anche se in contesti diversi rispetto a quelli delle singole operazioni interpretative, specie se svolte in sede giudiziale, i civilisti più avvertiti riconoscevano che «il feticismo del diritto positivo, ossia della legge, e il pregiudizio dell'onnipotenza del legislatore hanno fatto ormai il loro tempo: i tragici eventi che hanno tormentato la nostra storia più recente hanno dato la più penosa ma al tempo stesso più penetrante dimostrazione di questa verità»¹². In questa chiave veniva predicata la necessità di orientare la scienza giuridica «verso un'impostazione più aperta, tale da far posto, senza per questo abdicare al rigore scientifico della costruzione concettuale, a una penetrante e spregiudicata analisi degli aspetti sostanziali, sociologico, economico, politico del fenomeno giuridico»¹³.

5. Cfr. F. Vassalli, 1960, 755.

6. *Ibid.*

7. Non a caso Vassalli avverte che quando «il diritto positivo si identifica tutto con la legge, intesa come manifestazione, diretta o indiretta, della volontà dello Stato» appare necessario «ricercare l'intenzione del legislatore e in questa intenzione si identifica il diritto positivo» (ivi, 757).

8. Ivi, 760.

9. Ivi, 761.

10. Cfr. G. Calogero, 1964, 115 ss.

11. Cfr. ivi, 61.

12. Cfr. R. Nicolò, 1980b, 1859.

13. Cfr. R. Nicolò, 1980c, 931.

Nonostante la persistenza dei vecchi paradigmi concettuali e argomentativi, la temperie della guerra ha tuttavia inciso sugli schemi della tradizione. Anche quando non lo dichiarano, i civilisti, di fronte agli esiti di una catastrofe spesso consumata nel nome di una asserita identità tra legge e diritto, da un lato avvertono di avere assistito, talora in termini di assoluta impotenza, ad una strumentalizzazione del diritto, dall'altro rivendicano alla scienza giuridica di avere, almeno in Italia, operato da freno a quella tendenza ponendo argini a chi voleva fare del diritto il mero riflesso di una ideologia politica¹⁴. C'è anche la consapevolezza di un complessivo contesto culturale dietro l'affermazione di Capograssi quando riconosce che proprio l'uscita dal conflitto mondiale ha reso avvertiti gli operatori pratici del diritto di non poter ridurre la loro funzione a quella di sacerdoti di un diritto che «non è nulla per sé, non ha per sé nessuna legge nessun contenuto nessuna verità», è solo «la forza»¹⁵.

2. LA NUOVA CIVILISTICA DELLA SECONDA METÀ DEL SECOLO SCORSO

Al di là, tuttavia, di piccoli spunti offerti nel contesto di riflessioni di quadro, la maggioranza dei civilisti ha sempre rifuggito dalla tentazione di collocare il proprio lavoro su solidi presupposti filosofici. Anche quando non lo si dichiarava, era sottintesa la convinzione che il rigore della sistematica giuridica potesse risultare compromesso da riflessioni di segno filosofico. Al di là di qualsiasi formale dichiarazione era implicita l'adesione all'atteggiamento di Bonfante che aveva definito la filosofia giuridica «come una fase prescientifica nello studio del diritto»¹⁶. Operare al di fuori da ogni dichiarato presupposto filosofico appariva «il criterio più sicuro per conservare intatte le doti essenziali del vero giurista»¹⁷.

Come è stato giustamente rilevato¹⁸, questo atteggiamento si riconnetteva all'ipotesi positivista che non consente il superamento del dualismo soggetto-oggetto e che si articola su tre dogmi fondamentali: l'unicità della fonte di qualificazione giuridica, la prevalenza della norma generale ed astratta rispetto alla molteplicità delle situazioni empiriche che l'esperienza prospetta e la necessaria subordinazione all'attività del legislatore della funzione di coloro che applicano il diritto. L'ordinamento si presenta, in quest'ottica, secondo

14. Cfr. S. Pugliatti, 1950, 50 ss.

15. Cfr. G. Capograssi, 1950, 15.

16. P. Bonfante, 1917, 67; 1923, 454 ss.

17. Così E. Cammarata, 1922, 234.

18. Cfr. L. Caiani, 1955, specialmente 16 ss., in un volume che ha costituito un'assoluta novità nel panorama culturale del tempo, ma che tuttavia non poteva che limitarsi ad enucleare pochissime figure rappresentative.

due connotati che rappresentano in qualche modo un riflesso del postulato della certezza: la continuità e la sistematicità. In forza del primo il giurista è investito del compito non solo di ricondurre il concreto all'astratto, ma anche di incanalare il nuovo entro schemi già previsti secondo i paradigmi del procedimento per analogia o del ricorso ai principi generali del diritto; in forza del secondo il giurista è chiamato, al di là della molteplicità e frammentarietà degli enunciati normativi, a cogliere nel complesso del loro dettato quei motivi o principi unitari che, in funzione della loro complessiva sistematicità, consentono di riportare ogni nuova emergenza ad un presupposto dato, così riconducendo «l'attività dell'interprete nell'ambito di uno sviluppo euclideo delle premesse poste dal legislatore»¹⁹.

La positività e la verificabilità sono assunti quali presupposti essenziali dalla comune sensibilità dei civilisti e a questi due elementi si riconnette necessariamente il requisito della certezza che ne costituisce un riflesso in chiave di obiettività. Da qui – pur in termini non espliciti ma sottesi al ragionamento – da un lato la tentazione di considerare la scienza giuridica come una scienza naturalistica²⁰, dall'altro la convinzione che la ricerca giuridica per essere scientificamente valida non possa che vertere su fatti accertati empiricamente, fatti riconducibili soltanto alle norme poste, essendo dunque richiesto al giurista un atteggiamento impartecipe nei confronti dei problemi di valore (e quindi anche politici e sociali) che l'esperienza giuridica prospetta. È su questa piattaforma che si radica la convinzione che la certezza giuridica sia il *proprium* del diritto, uno dei suoi principali caratteri definitivi e differenziali²¹.

Nonostante questo entroterra culturale, la nuova civilistica, che ha cominciato ad operare nella seconda metà del secolo scorso, ha rotto pesantemente con la tradizione del positivismo, pur muovendosi all'inizio nel segno di una apparente continuità con i suoi maestri. Le due linee evolutive – entrambe sicuramente incidenti sul paradigma della certezza – sono state da un lato il tentativo di rileggere l'intera struttura del codice civile alla luce dei principi costituzionali, dall'altro il richiamo insistente alle clausole generali (presenti nel codice, ma quasi mai utilizzate dalla giurisprudenza) quali valvole elastiche di adeguamento dell'enunciato alle sopravvenienze del contesto sociale, letto in un'ottica di stampo sociologico, rompendo ogni prevedibilità legata alla formale struttura di un testo²². Entrambe queste posizioni consentivano di

19. Si vedano i rilievi critici di T. Ascarelli, 1949, xxix.

20. Cfr. R. Vacca, 1923; in termini ancor più incisivi si veda G. Calogero, 1947, 161 ss.

21. In una sua celebre pagina N. Bobbio, 1964, 150 ss., scrive che la certezza «è un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto e che a togliere di mezzo la certezza non si libera l'umanità da una nociva illusione, ma la si priva letteralmente del sussidio e del rimedio del diritto».

22. Di «fertili anni Sessanta», nei quali fu tentato un «ripensamento essenziale alla luce delle consolidate libertà democratiche», parla P. Grossi, 2002, 145. Mi limito qui a segnalare,

continuare ad utilizzare consolidate tecniche interpretative, quindi apparentemente muovendosi nel solco della tradizione, ma giungendo a risultati del tutto nuovi.

Si recuperava in tal modo la forza direttiva dell'interpretazione e dell'argomentazione nella individuazione del precetto come regola all'azione, pur con tutti i rischi, specie in stagioni di alta conflittualità sociale, di esiti legati ai presupposti culturali e ideologici dell'operatore. Decisiva fu a questo riguardo, nella riflessione dei civilisti della nuova generazione, l'influenza degli scritti di Giovanni Tarello, che evidenziò come le consolidate tecniche del positivismo in realtà occultavano operazioni manipolative del dato testuale legate a presupposti di politica del diritto²³. Naturalmente in quest'ottica perdeva ogni significato la nozione di interpretazione corretta, nozione che necessariamente si ricollega all'idea stessa di certezza del diritto²⁴.

Il ruolo decisivo dell'interpretazione al di là di ogni pretesa rigidità del testo normativo cominciava anche ad entrare nel dibattito della magistratura. Fece scalpore, a metà degli anni Sessanta, suscitando al riguardo la risentita reazione di molti²⁵, la mozione conclusiva del congresso di Gardone dell'Associazione nazionale magistrati che, proprio muovendo dal rifiuto della «concezione che pretende di ridurre l'interpretazione ad una attività puramente formalistica», affermava che «è dovere del giudice... interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico»²⁶.

tutte indicative di un rinnovamento che non intendeva rompere con gli strumenti classificatori della tradizione pur pervenendo a risultati radicalmente diversi, tre prolusioni di civilisti allora appena giunti alla cattedra: S. Rodotà, 1967, 83 ss.; N. Lipari, 1968, 297 ss.; P. Perlingieri, 1969, 455 ss. Sia pure da ottiche diverse (il rilievo delle clausole generali, l'apertura all'indagine sociologica all'interno del procedimento interpretativo, l'immissione dell'analisi civilistica nella legalità costituzionale), tutti e tre in sostanza rompono con lo schema di una certezza legata alla irreversibile struttura di un testo. A queste posizioni degli studiosi della nuova generazione fa riferimento N. Irti, 2011, 1295 ss., assumendole a sintomo di una spinta «verso quei contenuti normativi, che il positivismo, nelle sue diverse varianti, aveva tenuto estranei e lontani dal lavoro del giurista» (ivi, 1303). Più tardi queste analisi verranno variamente ripensate nel quadro di una radicale revisione delle fonti del diritto: cfr. M. Lobuono, 2009.

23. Cfr. G. Tarello, 1974, 426 ss. Suscitò un qualche scalpore fra i benpensanti tradizionalisti, nonostante il rigore delle motivazioni, un corso universitario dal titolo provocatorio: L. Lombardi Vallauri, 1974.

24. Cfr. V. Velluzzi, 2004, 2588 ss. Più ampiamente sul concetto di certezza giuridica come prevedibilità dell'interpretazione prevalente, cfr. L. Gianformaggio, 2008, 82. Si veda anche sul tema G. Gometz, 2005.

25. Su questo dibattito cfr. S. Senese, 1978.

26. Il testo integrale della mozione si può vedere ora in A. Pizzorusso, 1974, 31 in nota.

3. COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO CIVILE E ROTTURA DEL PARADIGMA DELLA FATTISPECIE

A ben vedere, dietro al riferimento al testo costituzionale (inteso come un testo legislativo, sia pure di rango sovraordinato rispetto a quello della legge ordinaria nella consueta gerarchia delle fonti) si celava una svolta epocale nella civilistica italiana, rompendo schemi concettuali consolidati e spezzando quello che i nostri civilisti più autorevoli avevano sempre inteso come la continuità con una tradizione culturale che si faceva risalire fino al diritto romano²⁷.

Quel che, a mio giudizio, rimane a questo riguardo determinante è che la prospettiva della costituzione ha rotto uno dei fondamenti essenziali della tradizione civilista, uno strumento cardine della dogmatica al quale magistrati e avvocati fanno costante e abituale riferimento nei loro procedimenti argomentativi: la logica della fattispecie (che è quella evidentemente sottesa all'idea stessa di codificazione). La fattispecie è lo strumento attraverso il quale i giuristi hanno cercato di arginare l'incertezza e l'imprevedibilità²⁸. Nella sua previsione astratta il precetto prevede un'ipotesi di situazione fattuale (cioè una fattispecie) e dispone che, ogni qualvolta si verifichi un evento riconducibile a quella ipotesi, ne debba discendere l'effetto puntualmente previsto all'origine. Secondo la più classica delle definizioni, con il termine fattispecie si designa un fatto naturale al quale l'ordinamento attribuisce rilievo al fine del prodursi degli effetti giuridici che una norma prevede. Il fatto che la norma descrive si suole designare come fattispecie concreta, che si contrappone alla fattispecie astratta prevista dalla norma²⁹. Si esce dall'incertezza proprio quando l'operatore pratico (e segnatamente il giudice) afferma l'oggettiva rispondenza del fatto che gli è stato rappresentato al modello normativo. Il sistema costituzionale rompe questo paradigma perché, come è ormai riconosciuto, le norme della costituzione sono norme senza fattispecie³⁰, in quanto determinano uno

27. Due indici mi paiono a questo proposito significativi di tutto un contesto culturale. La sesta e ultima edizione delle *Dottrine generali del diritto civile* di F. Santoro Passarelli (1969), un vero breviario della civilistica che aveva trovato nel codice la sua sistemazione, sul quale si sono formate generazioni di studenti, non contiene nessun riferimento a precetti costituzionali. Al contempo la prova scritta di diritto civile nel concorso per l'ammissione in magistratura continua ad imporre il riferimento a precedenti romanistici anziché a principi della costituzione.

28. E. Severino, 1979, 15, parla dell'esigenza di «arginare la minaccia del divenire, cioè controllarla, sottoporla ad una legge e quindi dominarla».

29. Cfr. D. Rubino, 1955, 6; A. Cataudella, 1967, 927. L'importanza della fattispecie è già colta da M. Weber, 1974, 17, secondo il quale «ogni decisione giuridica concreta è l'applicazione di un principio giuridico astratto ad una "fattispecie concreta"».

30. Cfr. N. Irti, 2014b, 41. Secondo questo autore la fattispecie è in crisi per il concorso di due fenomeni «che si tengono insieme e si spiegano con rigorosa reciprocità» (*ibid.*): lo spostarsi dei criteri di decisione al di sopra della legge, che si è realizzato con l'innalzarsi «dalla

spostamento dal criterio di valutazione della prescrittività legale al valore degli interessi³¹, ponendo le premesse di quello che è stato definito un ritorno al diritto, nel senso di un superamento del formalistico principio di legalità per l'affermazione di un diritto conformato a giustizia³². In sostanza, il testo costituzionale individua principi, riconducibili ad una sensibilità diffusa ancorché storicamente condizionata, che allargano l'ambito di riferimento del giudice inducendolo a valutare i valori prevalenti nel contesto sociale in relazione ai beni e agli interessi implicati nel conflitto. E se una tensione permane va risolta in chiave di bilanciamento, non certo secondo il paradigma della sussunzione del fatto entro la fattispecie astratta delineata dalla previsione normativa³³.

Non a caso la Corte costituzionale nella maggior parte delle sue pronunce assume a criterio indirizzante della decisione il parametro della ragionevolezza, che di per sé si sottrae a qualunque previa indicazione di un preciso contenuto, mentre al contempo dichiara che oggetto del suo giudizio è il «diritto vivente»³⁴, cioè non solo un insieme di testi, ma anche di contesti, per loro natura soggetti ad evoluzione storica.

È chiaro che, in una prospettiva di questo tipo, lo stesso rigore manicheo dell'alternativa certezza-incertezza appare privo di senso, se non quello mini-

legge al diritto» e il salire «dal diritto ai valori», proprio in funzione dell'innalzarsi «dalle leggi ordinarie (fissate, ad esempio, nei codici) alle norme costituzionali». V. anche N. Irti, 2014a, 36 ss. La tesi ha naturalmente incontrato resistenze in chi ancora si colloca in un'ottica tradizionale: cfr. A. Cataudella, 2015, 245 ss., il quale paventa il rischio, ove si esca dalla logica della fattispecie, che «i consociati non [abbiano] seria possibilità di prevedere le prospettive di un eventuale giudizio, in mancanza di norme alle quali la vicenda debba essere rapportata», visto che «l'esito dipende troppo dal giudice che dovrà deciderlo, dalla sua formazione, dal suo modo di porsi in relazione coi "valori" e di analizzare le "situazioni" di vita». Secondo questo autore «anche nelle norme costituzionali, nelle quali la fattispecie non appare puntualmente delineata, una fattispecie, intesa come situazione concreta di fatto cui conseguono effetti giuridici, non può mancare» (ivi, 249). Secondo Irti (2014a, 42), invece, «il valore (ad esempio di solidarietà o della salute e del paesaggio, o di dignità sociale, e via seguitando) non ha bisogno di fattispecie, di una qualche figura o descrizione di fatti, perché vale in sé e si applica dovunque sia invocato e preteso».

31. Cfr. P. Grossi, 2014, 935. Si veda anche G. Alpa, 2006.

32. Cfr. F. Spantigati, 2005, 15 ss.; più ampiamente e criticamente si veda U. Breccia, 2006, 361 ss., oggi in U. Breccia, 2013, 47 ss.

33. La conclusione vale anche con riferimento alla tesi di chi, con riferimento ad ipotesi particolari, contrappone al metodo della sussunzione il cosiddetto metodo tipologico (si veda G. De Nova, 1974, 121 ss.). Anche rispetto ad un metodo di questo tipo la tecnica del bilanciamento appare rigorosamente alternativa (*contra* A. Cataudella, 1967, 246). Osserva giustamente E. Scoditti, 2013, 419, che il singolo bilanciamento non è applicazione di una regola precedente, ma è esso stesso regola.

34. Può essere sintomatico constatare che, ancora alla fine degli anni Ottanta, F. Santoro Passarelli, 1988, 41 ss., perentoriamente afferma che «non esiste un diritto vivente nel senso e con gli effetti ritenuti dalla Corte costituzionale».

male secondo cui è certo tutto ciò che accade, peraltro in forza di una verifica a posteriori, non di una sua prevedibilità³⁵.

Nel momento in cui il principio di ragionevolezza entra come criterio principe nell'istrumentario del giurista, e segnatamente del civilista³⁶, evidentemente si rompe lo schema argomentativo che ha fatto da sottofondo all'ipostasi della certezza del diritto perché il giudizio non si forma più sulla base di uno schema nomologico-deduttivo³⁷. In sostanza, il giudizio sulla forza cogente dell'enunciato normativo, lungi dall'essere assunto come *a priori*, viene fatto dipendere da un criterio elastico³⁸ riconducibile ad una sensibilità comune e in qualche modo assimilabile ad un principio di giustizia.

In definitiva, la costituzionalizzazione del diritto, facendo dipendere la validità delle norme da giudizi di conformità costituzionale, che sono, a tutti gli effetti, giudizi di valore, «ha ufficialmente reso la giustificazione una parte essenziale della regola»³⁹. La costituzionalizzazione dei principi presuppone e postula una concezione dinamica della regola giuridica⁴⁰. Nel quadro di un contesto sempre meno assiologicamente omogeneo⁴¹ è il caso che assegni significato alla regola e che viene valutato, nella chiave appunto del bilanciamento, nei termini di una mediazione che trova nel testo normativo solo un semplice punto di riferimento argomentativo. I vecchi paradigmi dei civilisti ne risultano radicalmente spiazzati.

4. LE CLAUSOLE GENERALI E LA PROGRESSIVA GIURISDIZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO

Decisiva è stata anche la progressiva valorizzazione delle clausole generali, intese come dispositivi di adattamento delle norme ordinarie alla specificità

35. Sul raccordo tra certezza e prevedibilità cfr. N. Irti, 2015, 11 ss. Ampiamente sul punto si veda G. Gometz, 2005, specialmente 53 ss. nel quadro dell'alternativa tra formalismo e antiformalismo.

36. S. Troiano, 2009. C. Scognamiglio, 2006, 108 ss., individua nell'art. 1366 c.c. il fondamento per configurare una "clausola generale" di ragionevolezza. Più riduttiva la prospettiva di S. Patti, 2012, 1 ss., il quale finisce per negare «funzioni specifiche alla ragionevolezza» dovendo «l'attività del giurista sempre ispirarsi a ciò che appare ragionevole» (ivi, 22).

37. Cfr. G. Scaccia, 2000, 14 ss.; si veda anche P. Grossi, 2014, 938, il quale contrappone il principio di ragionevolezza allo stesso principio di legalità. È stato giustamente osservato che, se è vero che il giudizio di ragionevolezza è interno alla regola stessa e fa parte dell'attività interpretativa, allora esso contribuisce a costruire o a ricostruire il significato di una regola (cfr. F. Viola, 2010, 4).

38. Cfr. L. D'andrea, 2002, 231.

39. Così F. Viola, 2010.

40. Ivi, 6.

41. Quanto lontano il quadro che Mengoni (1987) disegnava con riferimento al contesto operante nel momento dell'entrata in vigore del codice civile. Fa invece riferimento, con riguardo all'attualità, ad un contesto sempre più composito e conflittuale F. Viola, 2005, 61 ss.

del caso individuale⁴². Attraverso questa via, come è stato giustamente avvertito⁴³, il legislatore opera un rinvio recettizio a valori sentiti dalla coscienza civile, senza alcuna scelta da parte del legislatore. In tal modo la specificità del caso rompe il preteso significato univoco della regola, in quanto sono le circostanze dell'applicazione, valutate in termini storicamente variabili, a determinare sempre nuovi significati del medesimo enunciato.

Non a caso clausole generali pur presenti nella sistematica del codice civile⁴⁴ hanno avuto nel tempo valorizzazioni assolutamente diverse. Sebbene le clausole generali costituiscano un dato ineludibile di ogni esperienza giuridica⁴⁵, la loro portata è strettamente legata al contesto storico in cui operano⁴⁶. La progressiva valorizzazione che esse hanno avuto negli ultimi lustri costituisce una risposta al politeismo dei valori che caratterizza le società moderne⁴⁷. Ancorché la vecchia dottrina parlasse ancora di fattispecie con riferimento alle clausole generali⁴⁸, non v'è dubbio che negli studiosi più avveduti delle clausole generali era già colta la crisi della fattispecie⁴⁹, e, di riflesso, la crisi del paradigma della certezza, almeno assunto nella sua tradizionale portata. Non a torto è stato di recente avvertito⁵⁰ che le clausole generali riposano non più sull'oggettività di norme calcolabili, ma «sull'incontrollabile soggettivismo della decisione», tanto più che esse «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»⁵¹.

42. Cfr. A. Falzea, 1998, 261 ss., specialmente 285. Alle clausole generali si riconnette inevitabilmente, al di là di qualsiasi impostazione teorica, un più ampio potere riconosciuto all'intervento giurisdizionale: cfr. U. Breccia, 2013, 193 ss.

43. Cfr. F. Roselli, 1983, 152. Per una ricca documentazione sulla problematica della clausole generali si veda G. Meruzzi, 2005, specialmente 21 ss.

44. Basti pensare ai «doveri morali e sociali» dell'art. 2034, alla «giusta causa» dell'art. 2041 e delle numerose disposizioni in materia di recesso, al «buon costume» degli artt. 1343 e 2035, agli «interessi meritevoli di tutela» dell'art. 1322 c.p.v., alle numerose disposizioni in tema di «correttezza» e «buona fede» (artt. 1175, 1358, 1366, 1375, 1460 c.p.v., 2598 n. 3). Un discorso a parte esigerebbe poi il riferimento al «danno ingiusto» di cui all'art. 2043.

45. Cfr. P. Rescigno, 1988, 1 ss.

46. Cfr. S. Rodotà, 2005, 187.

47. Così C. Fois, 2001, 433.

48. Cfr. K. Engisch, 1970, 193, intende per «clausola generale» quella «forma di fattispecie che descrive con grande generalità un ambito di casi e li consegna alla valutazione giuridica».

49. Sul fatto che le clausole generali prescindano da «un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta» si veda L. Mengoni, 1987, 10. Si vedano comunque anche S. Rodotà, 2005, 82 ss.; F. Pedrini, 2013, 72 ss. Riconduce, invece, ancora al meccanismo della sussunzione il procedimento applicativo delle clausole generali S. Patti, 2013, 268.

50. Cfr. N. Irti, 2015, 15, il quale richiama una pagina di C. Schmitt, 1993, 66, che parla di significato «evasivo» delle clausole generali, definite come «rinuncia al fondamento del positivismo» e «nuovo modo di pensare giuridico».

51. Quanto più una clausola ha valore generale tanto più è creativa la funzione svolta dal

Anche attraverso questa via, in fondo, il procedimento applicativo del diritto si sposta dal piano del fatto a quello del valore e i valori non si appoggiano a fattispecie, che li limitano e circoscrivono a classi tipiche di eventi, ma avvolgono la vita e danno risposta a tutte le domande⁵². Secondo il paradigma del valore l'asse si sposta dalla legge al giudizio⁵³.

Non vi è ancora, almeno a livello teorico, nell'atteggiamento comune dei civilisti italiani, la generalizzata consapevolezza della necessità di spostare il processo applicativo del diritto sul piano dell'argomentazione⁵⁴. Molte delle operazioni interpretative, al di là della formale giustificazione, sono tuttavia svolte in questa chiave, facendo emergere, di volta in volta, la posizione di chi rimane o meno ancora legato allo schema di una certezza del diritto riferita alla oggettiva conoscibilità di contenuti. In termini generali, il principio della certezza del diritto non si salda necessariamente ad un diritto di fonte esclusivamente legale, non essendovi contraddizione tra momento giurisprudenziale del diritto e salvaguardia del valore della certezza⁵⁵. Non può tuttavia sfuggire a nessuno come la sempre più diffusa convinzione che riconosce alla giurisprudenza il ruolo di fonte del diritto si saldi al sempre più esteso rigetto dei presupposti del positivismo⁵⁶.

Ad una alternativa di questo tipo si riconduce, a mio giudizio, il dibattito tuttora in atto sulla figura del cosiddetto abuso del diritto, che la giurisprudenza ha condotto ad applicazioni un tempo impensabili⁵⁷ e che una parte della dottrina ancora contesta⁵⁸, nonostante fosse stato fin dall'inizio prospettato come istanza particolare di un più ampio programma metodologico antiformalista⁵⁹. Quel che è certo è che in tal caso il giudice fonda il principio giuridico, quale che sia la motivazione prescelta, su indici che

giudice. «Scegliendo sempre meno all'interno di alternative date, il giudice sempre più dispone e non giudica»: così A. Gentili, 2013, 345.

52. Cfr. A. Baldassarre, 2012, 20 ss.

53. Si veda N. Irti, 2015, 17.

54. Si vedano comunque in proposito le recenti lucide riflessioni di A. Gentili, 2015, specialmente 53 ss.

55. Cfr., per tutti, L. Lombardi Vallauri, 1967, specialmente 500 ss., salvo ovviamente intendersi sul significato del termine certezza, che non può essere certezza di contenuto.

56. Cfr. P. G. Monateri, 1993, 153; 1999, 497.

57. Basti pensare alla sentenza della Corte di Cassazione 18 settembre 2009, n. 20106, che ha sanzionato in chiave di abuso l'esercizio del diritto di recesso contrattualmente previsto come esperibile *ad nutum*.

58. Cfr. A. Cataudella, 2014, 747 ss., il quale contesta il ricorso non solo al principio dell'abuso del diritto, ma anche a quelli di proporzionalità e ragionevolezza (*contra* si veda P. Perlingieri, 2003, 443 ss.).

59. Cfr. P. Rescigno, 1965, 205 ss.; U. Breccia, 2013, 227 ss. Per un lucido panorama della più recente dottrina civilistica italiana sull'abuso del diritto letta nell'ottica del filosofo, si veda G. Pino, 2005, 163 ss.

egli ricava dalla coscienza sociale, peraltro alla luce di parametri non definiti⁶⁰.

È chiaro, tuttavia, che la rilevanza di clausole generali e di norme civilistiche con il conseguente sempre maggiore ruolo riconosciuto al momento giurisprudenziale assegna al riferimento alla certezza un ruolo più propriamente di politica del diritto⁶¹, cioè una variabile storicamente condizionata nell'ambito di ordinamenti distinti da un elevato livello di pluralismo. Nelle società pluraliste il valore della certezza può essere solo perseguito, in termini necessariamente elastici, attraverso il tentativo di assicurare «la corrispondenza di decisioni giudiziali analoghe ad analoghe situazioni di fatto che si verifichino negli stessi ambienti»⁶².

5. LA CRISI DEL SISTEMA DELLE FONTI

Il riferimento ad un tradizionale modo di intendere la certezza del diritto è entrato in crisi in parallelo a quella che è stata definita la svolta nella struttura dell'ordinamento che ha perduto l'unicità del suo oggetto normativo⁶³, ancorché si sia trattato di una svolta che ha avuto vicende diverse variamente intersecantesi. La realtà del postmoderno ha rotto tutti i pilastri sui quali a lungo si è retto l'edificio della riflessione giuridica. La disintegrazione del sistema delle fonti⁶⁴, che impone ormai all'interprete, quale primo atto del suo procedimento interpretativo, l'individuazione (univoca o quale effetto di una sintesi) dell'enunciato da cui muovere⁶⁵, ha fatto venir meno uno dei postulati ai quali si era soliti ricondurre il paradigma della certezza, cioè l'univocità dell'oggetto.

Il primo passaggio in questo processo di progressiva disintegrazione è stato rappresentato dalla rottura di quella rigorosa intelaiatura che aveva condotto alla sistematica del codice. Si è parlato di un processo di decodificazione⁶⁶. La

60. G. Pino (ivi, 175) osserva che «la coscienza sociale può rivelarsi un filtro meramente illusorio della discrezionalità del giudice e rendere meno trasparente la sua decisione».

61. Così S. Rodotà, 1967, 83 ss. Della certezza come «variabile dipendente da un determinato tipo di equilibrio sociale» parla M. Corsale, 1989, 5.

62. Cfr. F. Roselli, 1983, 295. Nella stagione del postmoderno la certezza/incertezza del diritto non si collega più alla qualità semantico-sintattica dei testi normativi, ma semmai alla qualità del contesto entro il quale si articola il gioco linguistico del diritto: cfr. M. Barberis, 1990, 263, il quale rileva come «la certezza o l'incertezza delle regole di diritto dipenda anche e soprattutto dalle pratiche e dai contesti pragmatici in cui esse intervengono, denunciando l'insufficiente analisi sul punto della teoria analitica dell'interpretazione».

63. Cfr., da ultimo, A. Gentili, 2015, 111.

64. Cfr., per tutti, con ampi riferimenti di dottrina, V. Scalisi, 2009, 47 ss.

65. Oggi non si tratta più di enucleare la norma dalla disposizione, ma di reperire preventivamente la fonte stessa, si tratta cioè di costruire la fonte: cfr. N. Lipari, 2001, 667 ss.; G. Zaccaria, 2004, 118.

66. Cfr. N. Irti, 1979. Per quanto ha più diretta attinenza con la tematica qui affrontata, cfr.

stessa centralità del codice è venuta meno in forza di una miriade di leggi speciali, dettate per fronteggiare esigenze particolari (dalla legge sull'equo canone allo statuto dei lavoratori, dalle società commerciali ai contratti agrari), mettendo in crisi la stessa possibilità di far ricorso alla disciplina codicistica per colmare le lacune del sistema. Non va dimenticato che il postulato della completezza dell'ordinamento, in nome della salvaguardia del valore della certezza, implica l'esistenza di un ordinamento privo di lacune, secondo uno dei fondamentali principi del positivismo legalista⁶⁷. Risulta ormai impossibile richiamare un punto di riferimento unitario per colmare una lacuna del sistema, ben potendo il giudice ricercare criteri di orientamento per la soluzione del nuovo caso all'interno della legge particolare, addirittura ritenuta portatrice di principi generali riconducibili tuttavia alla peculiarità della normativa particolare⁶⁸. Da qui la necessità di ripensare integralmente lo stesso modo di intendere l'analogia⁶⁹.

A questa progressiva destrutturazione del sistema si è venuta sommando la concorrenza di una molteplicità di normative *hard* e *soft* di varia natura e provenienza⁷⁰, l'incidenza sempre meno marginale della cosiddetta *lex mercatoria*, una serie di regole imposte ai mercanti dalle grandi multinazionali al di fuori di qualunque persistenza radicata nell'uso⁷¹, e soprattutto il progressivo stemperarsi dei confini formali dell'ordinamento nel panorama giuridico internazionale e segnatamente in quello europeo⁷².

Certamente l'incidenza sull'ordinamento interno del sistema comunitario ha determinato un altro punto di rottura del paradigma della certezza. Senza dover qui affrontare un problema certamente estraneo ai limiti della presente riflessione⁷³, certo è che qui ci troviamo di fronte ad una realtà complessa, volta a volta caratterizzata come rapporto fra ordinamenti o come un ordinamento complesso che ciascuno Stato membro dell'Unione assume all'esito della metabolizzazione tra norme di fonte interna e norme di fonte comunita-

C. Faralli, 2003. È stato giustamente osservato (ivi, 38) che il movimento delle norme speciali è fedele interprete di una società pulviscolare, che non si riconosce in una comune tavola di valori. Si ritorna in tal modo a quei trattamenti normativi differenziati che avevano rappresentato il principale bersaglio dei promotori delle codificazioni ottocentesche.

67. Per alcune significative osservazioni cfr. G. Meruzzi, 2005, 22. Si può semmai osservare che il superamento di una rigida prospettiva formalistica e l'introduzione di parametri di riferimento di segno assiologico rompe definitivamente la logica delle lacune.

68. Cfr. N. Irti, 1980, 3 ss.

69. Cfr. N. Lipari, 2011, 1 ss.

70. Cfr. M. R. Ferrarese, 2006.

71. Cfr. F. Galgano, 1993; 2001, 721 ss. Si veda già M. J. Bonell, 1976.

72. Mi permetto rinviare a N. Lipari, 2008, 100 ss.

73. Cfr. N. Lipari, 1998. Per il riferimento alla radicale rottura dei tradizionali confini dell'ordinamento, pur nelle sue connessioni di diritto internazionale si veda M. R. Ferrarese, 2012, specialmente 12 ss.

ria. Il punto di saldatura nei singoli procedimenti applicativi dovrebbe essere costituito dal riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁷⁴. Ma la ricerca di questo denominatore comune, al fine di stabilire se esista un principio condiviso dalla maggioranza di essi, è svolta sulla base non di regole formalmente enunciate, ma di concreti criteri di decisione⁷⁵. Le norme elastiche e i concetti indeterminati di matrice comunitaria costituiscono un modo di saldare filosofie normative fra di loro divergenti o addirittura confliggenti, certamente incrinando qualsiasi modo di intendere la certezza del diritto in funzione della previa individuazione di un definito contesto di enunciati posti. Questa è la funzione assunta, in particolare, nelle direttive comunitarie settoriali, al fine di consentire l'adattamento dei principi comunitari alle diverse tradizioni giuridiche e culturali riscontrabili negli Stati membri⁷⁶.

6. DA UNO *JUS POSITUM* A UNO *JUS IN FIERI*.

LE RESISTENZE DI UNA PARTE DELLA CIVILISTICA

All'interno di un contesto sempre più variegato e composito dei valori di riferimento e nel quadro di quella insicurezza e instabilità che è sicuramente determinata dalla nebulizzazione del sistema delle fonti, i civilisti, anche quelli che lucidamente si rendono conto dell'impossibilità di parlare oggi di uno *jus positum*, rispetto al quale era stato disegnato il modello della certezza, dovendo ormai fare i conti con un'esperienza caratterizzata da un diritto costantemente *in fieri*, assumono posizioni diverse.

Da un lato la tentazione del formalismo viene recuperata nell'ottica del cosiddetto nichilismo giuridico. Di fronte alla diagnosi di una realtà in cui «il giurista sottrae alcuni contenuti al mutevole terreno della volontà e li erige a intangibili valori»⁷⁷, non rimane che affidarsi all'unico principio di riferimento in chiave di certezza che è la verifica della correttezza delle procedure produttive volte alla formulazione degli enunciati entro quello che è stato appunto definito il salvagente della forma⁷⁸. Nel momento stesso in cui viene

74. L'espressione «Principi generali comuni ai diritti degli Stati membri» è contenuta nell'art. 340 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, successivo al Trattato di Lisbona (*ex art. 288 del Trattato Ce*). La giurisprudenza della Corte di giustizia (già negli anni Settanta del secolo scorso) aveva estratto «principi generali del diritto comunitario» finendo per elaborare in tutta autonomia una carta non scritta dei diritti.

75. Cfr., per tutti, W. Van Verven, 2004, 505 ss., specialmente 516. Per il ruolo decisivo assegnato alla Corte di giustizia può dirsi che il diritto privato europeo sia un diritto di fonte essenzialmente giurisprudenziale.

76. Cfr. S. Rodotà, 1998, 43 ss.

77. Cfr. N. Irti, 2014a, 42.

78. N. Irti, 2007. Questo autore parla di un diritto che «si è ripiegato per intero nelle proce-

meno ogni riferimento al contenuto (sul presupposto che la norma venga dal nulla e torni nel nulla) si stempera ogni problema di certezza, in termini alternativi e speculari alla prospettiva secondo la quale il problema non si pone nell'ottica del realismo⁷⁹. Al giurista non resterebbe che far valere «il coraggio dell'accettazione», servendosi di un metodo totalmente sottoposto alla «temporale datità delle norme» e appigliandosi ad un pensiero che «assume su di sé il rischio e il dolore del nostro tempo, di un andare senza vento e senza direzione»⁸⁰. In questa chiave la certezza finisce per essere certezza del nulla. Né la soluzione muta di molto se ci si colloca sul versante di quel nichilismo per così dire attivo che, sul presupposto della mancanza di qualsiasi radicamento, incoraggia ad usare, con «strategie manipolative», i testi per assicurare il successo della propria tesi, assumendo che l'interpretazione del giurista «non ha uno scopo diverso da quello che l'interprete in quel momento si prefigge»⁸¹. Nella prima versione dietro il paravento della forma non vi è alcun contenuto; nella seconda l'infinita varietà di contenuti possibili privi di giustificazione conduce ad un esito altrettanto negativo. Entrambe le forme di nichilismo, tuttavia, si risolvono ancora una volta nel consegnare il diritto alla volontà del più forte⁸².

Da un altro punto di vista, quelli che oggi costituiscono, per pacifico riconoscimento, i punti di emersione del nuovo modo d'essere del diritto come esperienza (l'irruzione della costituzione e il mutamento del paradigma civilistico, la concorrenza di fonti di derivazione esterna e la loro incidenza sulla fonte normativa statuale, soprattutto il «graduale accreditamento dell'idea di creatività dell'interpretazione»⁸³, in definitiva «il prevalere dell'atteggiamento ermeneutico su quello dogmatico»)⁸⁴, vengono visti come una pericolosa eclissi del diritto civile. Pur senza esplicito riferimento al problema della certezza, l'unica difesa di fronte a tale eclissi viene indicata in «un attento recupero della forma giuridica a tutti i livelli»⁸⁵, posto che, secondo l'ammonimento di Wieacker⁸⁶, «al soggiacere quasi inconsapevole alle tendenze del mutamento sociale

due che, come vuoti recipienti, sono capaci di accogliere qualsiasi contenuto»: così N. Irti, in N. Irti, E. Severino, 2001, 7 ss. In senso critico si veda M. Barcellona, 2005, 215 ss.

79. Appare quasi superfluo ricordare le decisive pagine di G. Tarello, 1962, nelle quali, con riferimento alle posizioni di James, Dewey, Pound e Frank, si ricorda la polemica contro il mito della certezza del diritto, che invece era fondamento per la coscienza giuridica europea tradizionale.

80. Cfr. N. Irti, 2002, 1169.

81. Cfr. P. G. Monateri, 1998, 204 ss.

82. Cfr. esplicitamente M. Vogliotti, 2007, 167.

83. Cfr. C. Castronovo, 2015, 87 e *passim*.

84. Cfr. *ivi*, 3.

85. *Ivi*, 290. P. Grossi, 2015, 30, vede, all'opposto, la crisi solo nell'«innaturale sistemazione moderna delle fonti, che qualche provvedimento vorrebbe ancora salvaguardare».

86. Cfr. F. Vieacker, 1974, 53.

ed economico ed alla connessa disintegrazione dell'ordinamento si può reagire soltanto con un rin vigorimento della coscienza critica e con la volontà di ricostruire una teoria del diritto civile dotata di coesione spirituale e concettuale».

È agevole intendere quanto grandi siano ancora le resistenze, nella convinzione comune dei civilisti italiani, almeno su di un piano strettamente teorico, ad affermare la necessità di spostare il processo applicativo del diritto sul piano dell'argomentazione. È evidente in quest'ottica che, se il fenomeno giuridico è un'attività sociale di natura argomentativa, anche la certezza è pensabile come un carattere di operazioni interpretative, piuttosto che di un oggetto predeterminato, di un catalogo finito e preconstituito di norme. La certezza di un processo assume caratteristiche diverse rispetto a quella di un oggetto⁸⁷.

Consapevole che il pluralismo inevitabilmente abbassa la soglia di qualsiasi certezza legata ai comportamenti, il giurista si rende conto che non può aspirare a niente più che ad una ragionevole prevedibilità, peraltro legata ad una pluralità di fattori. Il civilista, in particolare, avverte che nell'interpretazione/applicazione si incarna il diritto⁸⁸ e che quindi deve essere ormai superata la concezione che vede il diritto, in quanto uscito dalla «casa di produzione» del legislatore, come un prodotto finito che non ha dunque bisogno, per venire ad esistenza, del contributo dei «consumatori del prodotto»⁸⁹. L'attenzione, tuttavia, a questa costante dialettica tra testo e contesto⁹⁰ non solo apre ad una sempre maggiore pienezza di senso⁹¹, ma consente anche di cogliere la tensione ad un risultato di giustizia che certamente si colloca fra i valori massimamente condivisi da ogni collettività⁹².

A ben vedere, dietro l'ipotesi della cosiddetta certezza del diritto c'è ancora la convinzione che l'interpretazione come attività e come ricerca di significati dipenda dall'oggetto da interpretare e non possa che conformarsi ad esso. Se invece, per converso, si assume che, in una necessaria sintesi tra soggetto e

87. Cfr. S. Berteà, 2002, 294 ss.: «La certezza di un processo può essere intesa come la predeterminazione delle sue strutture e dei suoi passaggi argomentativi, ma non riguarda necessariamente la conoscibilità anticipata dei contenuti delle sue premesse e delle sue conclusioni».

88. Cfr. P. Grossi, 2003, 103; G. Benedetti, 2014, 69 ss.

89. Così V. Villa, 1999, 139.

90. Il significato di un testo non dipende dalla sua collocazione in un orizzonte storico originario («l'intenzione del legislatore» di cui ancora parla l'art. 12 delle preleggi), ma «accade nel susseguirsi delle applicazioni di esso, nella tensione tra il mondo da cui proviene l'opera e i diversi mondi in cui essa è recepita e variamente compresa»: così M. Vogliotti, 2007, 236.

91. H. G. Gadamer, 1986, 346 ss.

92. Osserva giustamente M. Barcellona, 2005, 231 ss., che nell'approccio fatto proprio dal postmodernismo giuridico «i tre piani del diritto, della sua interpretazione e della giustizia appaiono del tutto indistinguibili: il diritto non è una cosa diversa dalla sua interpretazione e la sua interpretazione non propone un problema distinto da quello della giustizia».

oggetto, quest'ultimo non esiste senza che sia interpretato, posto che è proprio l'interpretazione a modellarlo e quindi, in un certo senso, a condurlo ad esistenza, allora ciò rispetto a cui si ipotizza la possibilità di individuare, entro confini di ragionevole certezza, il punto di riferimento dell'analisi non può ritenersi compiutamente fornito in funzione esclusiva degli atti di posizione del legislatore (anche a prescindere dalla difficoltà di individuare oggi, sia pure in termini meramente formali, questa mitica figura), ma deve essere continuamente identificato e ricomposto. Alle due ipotesi si riconnette ovviamente una diversa idea del diritto e solo per la prima di esse ha senso porsi un problema (ancorché astratto) di certezza. Nella seconda vi è solo la certezza di una storia che si svolge nella sua continuità; non vi può essere quella dei singoli atti che la compongono, se non appunto quale espressione di sensibilità condivise, modelli di comportamento prevalentemente praticati, criteri di valore accolti entro un determinato contesto sociale, azioni reiterate nel tempo e in questa reiterazione espressive di una convergenza assiologica. È stato giustamente detto – ma si tratta di un rilievo che la giovane civilistica degli anni Settanta aveva in qualche modo anticipato⁹³ – che «le argomentazioni politiche ed etiche sono ora diventate interne al diritto positivo e alla scienza giuridica»⁹⁴. E non c'è da spaventarsi di fronte alla apparente difficoltà di un compito tanto diverso dalle certezze del passato. Come ha di recente ricordato proprio un civilista⁹⁵, «non si può possedere la verità se non nella forma di doverla cercare ancora»⁹⁶. C'è da augurarsi che i civilisti della nuova generazione, senza lasciarsi attrarre dalle sirene di un pessimismo rinunciatario, sappiano cogliere, al di là di ogni pretesa alla certezza, l'impegno stimolante che si collega al passaggio da un sapere teoretico, volto a stabilire improbabili corrispondenze tra parole e cose, ad un sapere pratico, che è impegnato continuamente a plasmare le sostanze normative in modo da renderle conformi al patrimonio positivizzato di valori.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALPA Guido, 2006, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*. Editoriale scientifica, Napoli.
- ASCARELLI Tullio, 1949, *Saggi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Giuffrè, Milano.
- BALDASSARRE Antonio, 2012, «Filosofia dei valori ed ermeneutica dei valori (a proposito del "pensare per valori")». In *Lo Stato. Rassegna di diritto costituzionale, dottrina dello Stato*, I, 20 ss. Giappichelli, Torino.

93. Cfr. N. Lipari, 1971.

94. Così F. Viola, 2010, 2.

95. Cfr. V. Scalisi, 2014, 1271.

96. Così L. Pareyson, 1971, 90.

- BARBERIS Mauro, 1990, *Il diritto come discorso e come comportamento*. Giappichelli, Torino.
- BARCELLONA Mario, 2005, «Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno». *Rivista critica del diritto privato*, 2: 207-67.
- BENEDETTI Giuseppe, 2014, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Scritti su ermeneutica e diritto*. Giappichelli, Torino.
- BERTEA Stefano, 2002, *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*. Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ).
- BOBBIO NORBERTO, 1964, «La certezza del diritto è un mito?». *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 28: 146-52.
- BONELL Michael J., 1976, *Le regole oggettive del commercio internazionale*. Giuffrè, Milano.
- BONFANTE Pietro, 1917, «Il metodo naturalistico nello studio del diritto». *Rivista italiana di sociologia*, XXI: 53 ss.
- ID., 1923, «Filosofia del diritto e scienza del diritto». *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 5: 454-62.
- BRECCIA Umberto, 2006, «Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto». *Politica del diritto*, 3: 361-84.
- ID., 2013, «Clausole generali e ruolo del giudice». In *Immagini del diritto privato*, 1, *Teoria generale, fonti, diritto*. Giappichelli, Torino.
- CAIANI Luigi, 1955, *La filosofia dei giuristi italiani*, CEDAM, Padova.
- CALOGERO Guido, 1947, «La metodologia del naturalismo giuridico». In *Saggi di etica e di teoria del diritto*, Laterza, Bari.
- ID., 1964, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione (1934)*. CEDAM, Padova.
- CAMMARATA Angelo Ermanno, 1922, «Su le tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia». *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 4: 1-40.
- CAPOGRASSI Giuseppe, 1950, «Il diritto dopo la catastrofe». In *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. I, 151-95. CEDAM, Padova.
- CASTRONOVO Carlo, 2015, *Eclisse del diritto civile*. Giuffrè, Milano.
- CATAUDELLA Antonino, 1967, «Fattispecie». In *Enciclopedia del diritto*, XVI, 926. Giuffrè, Milano.
- ID., 2014, «L'uso abusivo dei principi». *Rivista di diritto civile*, 4: 747-63.
- ID., 2015, «Nota breve sulla "fattispecie"». *Rivista di diritto civile*, 2: 245-52.
- CORSALE Massimo, 1989, «Certeza del diritto. I. Profili teorici». In *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX. Roma.
- D'ANDREA Luigi, 2002, «Il principio di ragionevolezza come principio architettonico del sistema». In *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre, A. Spadaro, 231 ss. Giappichelli, Torino.
- DE NOVA Giorgio, 1974, *Il tipo contrattuale*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- ENGISCH Karl, 1970, *Einführung in das juristische Denken (1956)* (trad. it. a cura di A. Baratt, *Introduzione al pensiero giuridico*. Giuffrè, Milano).
- FARALLI Carla, 2003, *La certezza del diritto nell'età della decodificazione*, in https://www.google.it/?gws_rd=ssl#q=Faralli+La+certezza+del+diritto+nell'età+della+decodificazione+www3.cirfsid.unibo.it.
- FALZEA Angelo, 1998, «La costituzione e l'ordinamento». *Rivista di diritto civile*, 3: 261-300.

- FERRARESE Maria Rosaria, 2006, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2012, *Prima lezione di diritto globale*. Laterza, Roma-Bari.
- FOIS Candido, 2001, «Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario». *Giurisprudenza commerciale*, 1: 421 ss.
- GADAMER Hans Georg, 1986, *Wahrheit und Methode* (1960), J. C. B. Mohr, Tübingen (trad. it. a cura di G. Vattimo *Verità e metodo*. Bompiani, Milano).
- GENTILI Aurelio, 2013, *Il diritto come discorso*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2015, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, 1: *Storia e teoria*. Giappichelli, Torino.
- GIANFORMAGGIO Letizia, 2008, *Certezza del diritto* (1986), ora in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti, V. Velluzzi, 82 ss. Giappichelli, Torino.
- GOMETZ Gianmarco, 2005, *La certezza giuridica come prevedibilità*. Giappichelli, Torino.
- GROSSI Paolo, 2002, *La cultura del civilista italiano*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2003, *Prima lezione di diritto*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2014, «Sulla odierna "incertezza" del diritto». In *Giustizia civile*, 4: 921-55.
- ID., 2015, *Ritorno al diritto*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 1980, *Equo canone. Disciplina della locazione di immobili urbani*, a cura di M. Bianca, N. Irti, N. Lipari, A. Proto Pisani, G. Tarzia. CEDAM, Padova.
- ID., 2002, «Nichilismo e metodo giuridico». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4: 1159-69.
- ID., 2007, *Il salvagente della forma*, 2ª ed. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2011, «La filosofia di una generazione». *Contratto e impresa*, 6: 1295-310.
- ID., 2014a, «La crisi della fattispecie». *Rivista di diritto processuale*, 1: 36-44.
- ID., 2014b, «Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie». *Rivista di diritto civile*, 5: 987-91.
- ID., 2015, «Un diritto incalcolabile». *Rivista di diritto civile*, 1: 11-22.
- IRTI Natalino, SEVERINO Emanuele, 2001, *Dialogo su diritto e tecnica*. Laterza, Roma-Bari.
- LIPARI Nicolò, 1968, «Il diritto civile fra sociologia e dogmatica. Riflessioni sul metodo». *Rivista di diritto civile*, 4: 297-338.
- ID. (a cura di), 1971, *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*. Laterza, Roma-Bari.
- ID. (a cura di), 1998, *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- ID., 2001, «Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno». In *Conflitti e diritti nelle società transnazionali*, a cura di V. Ferrari, P. Ronfani, S. Basile, 667-82. Franco Angeli, Milano.
- ID., 2008, *Le fonti del diritto*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2011, «Morte e trasfigurazione dell'analogia». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1: 1-17.
- LOBUONO Michele (a cura di), 2009, *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*. Cacucci, Bari.
- LOMBARDI VALLAURI Luigi, 1967, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Giuffrè, Milano.

- ID., 1974, *La scienza giuridica come politica del diritto. Linee di una metodologia filosofico-giuridica*. Cultura, Firenze.
- LOPEZ DE OÑATE Flavio, 1968, *La certezza del diritto* (1942). Giuffrè, Milano.
- MENGONI Luigi, 1987, «Spunti per una teoria delle clausole generali». In *Il principio di buona fede*, a cura di F. D. Busnelli, 3 ss. Giuffrè, Milano.
- ID., 2001, «Diritto e tecnica». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, I: 1-10.
- MERUZZI Giovanni, 2005, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*. CEDAM, Padova.
- MONATERI Pier Giuseppe, 1998, «Correct our watches by the public clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto». In *Diritto, giustizia, interpretazione*, a cura di J. Derrida, G. Vattimo, 198 ss. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 1993, «Giurisprudenza». In *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, IX. UTET, Torino.
- ID., 1999, «La giurisprudenza». In *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, a cura di G. Alpa, A. Guarneri, P. G. Monateri, G. Pascuzzi, R. Sacco. In *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, UTET, Torino.
- NICOLÒ Rosario, 1980a, «L'esperienza scientifica nel diritto civile degli ultimi cinquant'anni». In ID., *Raccolta di scritti*, vol. II. Giuffrè, Milano.
- ID., 1980b, «In memoria di Filippo Vassalli (1955)». In ID., *Raccolta di scritti*, vol. II. Giuffrè, Milano.
- ID., 1980c, «Fulvio Maroi giurista (1965)». In ID., *Raccolta di scritti*, vol. III. Giuffrè, Milano.
- PARAYSON Luigi, 1971, *Verità e interpretazione*. Mursia, Milano.
- PATTI, Salvatore, 2012, «La ragionevolezza nel diritto civile». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, I: 1-22.
- ID., 2013, «L'interpretazione delle clausole generali». *Rivista di diritto civile*, 2: 263-96.
- PEDRINI Federico, 2013, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*. Bononia University Press, Bologna.
- PERLINGIERI Pietro, 1969, «Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare». *Rivista del diritto commerciale*, 4: 455-76.
- ID., 2003, «Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti». *Rassegna di diritto civile*, 2001, 2: 334-56, oggi in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- PINO Giorgio, 2005, «L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto». *Ragion pratica*, 24: 161 ss.
- PIZZORUSSO Alessandro (a cura di), 1974, *L'ordinamento giudiziario*. Il Mulino, Bologna.
- PUGLIATTI Salvatore, 1950, «La giurisprudenza come scienza pratica». *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 4: 50-86.
- RESCIGNO Pietro, 1965, «L'abuso del diritto». *Rivista di diritto civile*, 3: 205-90.
- ID., 1988, «Appunti sulle "clausole generali" ». *Rivista del diritto commerciale*, I: 1 ss.
- RODOTÀ Stefano, 1967, «Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile». *Rivista del diritto commerciale*, I: 83-99.
- ID., 1998, «La tecnica legislativa per clausole generali in Italia». In *Clausole e principi*

- generali nell'argomentazione giuridica degli anni Novanta*, a cura di L. Cabella Pisu, L. Nanni, 39 ss. Cedam, Padova.
- ID., 2005, *Le fonti di integrazione del contratto*. Giuffrè, Milano.
- ROSELLI Federico, 1983, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*. Jovene, Napoli.
- RUBINO Domenico, 1955, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Giuffrè, Milano.
- SANTORO PASSARELLI Francesco, 1969, *Dottrine generali del diritto civile*. Jovene, Napoli.
- ID., 1988, «A proposito del "diritto vivente"». In Id., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, 41-3. Jovene, Napoli.
- SCACCIA Gino, 2000, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Giuffrè, Milano.
- SCALISI Vincenzo, 2009, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*. In *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, a cura di M. Lobbuono, 47 ss. Cacucci, Bari.
- ID., 2014, «Per una ermeneutica giurica "veritativa" orientata a giustizia». *Rivista di diritto civile*, 6: 1249-1271.
- SCHMITT Carl, 1993, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934) (trad. it. *I tre tipi di scienza giuridica*, a cura di G. Stella. Giappichelli, Torino).
- SCODITTI Enrico, 2013, «Corti e carte dei diritti: il diritto come potenzialità». *Rivista di filosofia del diritto*, 2: 379-432.
- SCOGNAMIGLIO Claudio, 2006, «L'interpretazione». In *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli. In *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli. UTET, Torino.
- SENESE Salvatore, 1978, *La magistratura italiana nel sistema politico e nell'ordinamento costituzionale (cenni storici e problemi)*. Giuffrè, Milano.
- SEVERINO Emanuele, 1979, *Legge e caso*. Adelphi, Milano.
- SPANTIGATI Federico, 2005, «Ritorno al diritto: i valori della convivenza. Manifesto di giuristi». *Ritorno al diritto: i valori della convivenza*, gennaio: 15 ss.
- TARELLO Giovanni, 1962, *Il realismo giuridico americano*. Giuffrè, Milano.
- ID., 1974, *Diritto, enunciati, usi*. Il Mulino, Bologna.
- TROIANO Stefano, 2009, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*. CEDAM, Padova.
- VACCA Roberto, 1923, *Il diritto sperimentale*. Fratelli Bocca, Torino.
- VAN VERGEN Walter, 2004, «Harmonization of Private Law: do We Need it?». *Common Market Law Review*, 41, 2: 505-35.
- VASSALLI Filippo, 1960, «Estratualità del diritto civile (1951)». In *Studi giuridici*, vol. III, 2. Giuffrè, Milano.
- VELLUZZI Vito, 2004, «Sulla nozione di "interpretazione giuridica corretta" (e sui suoi rapporti con l'interpretazione estensiva)». *Cassazione penale*, 7-8: 2588 ss.
- VIEACKER Franz, 1974, «Das bürgerliche Recht im Wandel des Gesellschaftsordnungen». In *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*. Athenäum-Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt a. M.
- VILLA V., 1999, *Costruttivismo e teoria del diritto*. Giappichelli, Torino.
- VIOLA Francesco, 2005, «Conflitto di identità e conflitti di valori». *Ars interpretandi*, 10: 61-96.
- ID., 2010, «Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica». *Ragion pratica*, 1: 187-202.

- VOGLIOTTI M., 2007, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*. Giappichelli, Torino.
- WEBER Max, 1974, *Economia e società*, II (1922). Edizioni di Comunità, Milano.
- ZACCARIA Giuseppe, 2004, «Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi». *Ragion pratica*, 1: 93-120.