

GIUSEPPE VETTORI*

I principi, le parole e la dogmatica. Effettività, ragionevolezza, proporzionalità

ENGLISH TITLE

Principles, Words and Legal Dogmatics. Effectiveness, Reasonableness, Proportionality

ABSTRACT

The principles of reasonableness and proportionality are not per se suitable for establishing a “what ought to be”. However, they can provide lawyers with a tool for the consistency check over the outcome of the hermeneutic activity. On the contrary, the principle of effectiveness has a preceptive content that identifies a new kind of legality, as envisaged by all the Constitutions of the twentieth century, as well as the European Treaties. The process of building the foundations of a sustainable society requires lawyer to combine legality and effectiveness, to recover his role as a source of law and contribute to overcome the old-fashion dialectic on the priority of the Law, on the one side, against the priority of the Judges, on the other side.

KEYWORDS

Effectiveness – Reasonableness – Sustainability – Proportionality – Legal Dogmatics.

1. IL DIRITTO CIVILE E I PRINCIPI.

EFFETTIVITÀ RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ

Il diritto civile e la sua Scienza hanno avuto sempre due finalità: costruire le regole e le tutele fondamentali per la convivenza¹ e fissare principi che li orientano. Ciò che sta accadendo oggi merita di essere esaminato con attenzione.

Si sta affermando, in una parte della dottrina, l'idea che il ruolo delle clausole generali, il giudizio causale e di meritevolezza e lo stesso controllo dell'atto di autonomia e del contratto possano essere assorbiti dal giudizio di ragio-

* Professore emerito di Diritto civile e di Diritto privato europeo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

1. Niccolò, 1964, p. 244.

nevolezza² e proporzionalità³. Questi sarebbero idonei ad offrire una “plausibilità condivisa, capace di attualizzare i valori costituzionali”, senza la necessità di antichi istituti⁴ e della dogmatica che non potrebbe avere più il ruolo e il vigore del passato⁵.

Questa lucida riflessione provoca un dialogo su due profili distinti. Innanzitutto, sulla modalità di attuazione del nuovo sistema delle fonti che esige di porre al centro del discorso giuridico la Carta costituzionale, il diritto europeo, il ruolo delle Corti; in secondo luogo sul rapporto fra Diritto e Autorità, e dunque sul ruolo del legislatore, della giurisprudenza e della dogmatica nell’attuazione dei principi che devono essere esaminati uno per uno.

Il principio di effettività è stato inserito nella Carta ONU del 1948 per riaffermare i valori di civiltà e di reciproca convivenza fra i popoli. Questo monito è stato ripreso da tutte le Carte del Novecento e non solo: basta ricordare la CEDU nell’art. 13, la CDFUE nell’art 47, il TUE nell’art. 19 che affida alla Corte di Giustizia la garanzia della uniformità ed effettività del diritto comunitario, il Codice del processo amministrativo italiano, ove all’art. 1 si vincola la giurisdizione ad una tutela piena ed effettiva della Costituzione e del diritto europeo, il Regolamento europeo sul trattamento dei dati (2016/UE) che articola (negli articoli 77 e seguenti) le varie tutele in funzione di quel principio.

Tutte queste fonti impongono agli Stati e ai loro organi amministrativi e legislativi di non fermarsi alla proclamazione dei diritti e dei doveri per garantire, appunto, la loro piena effettività⁶. La casistica è molto ampia⁷ e la Corte costituzionale nel 2014 ha qualificato la pretesa ad una tutela effettiva come “uno dei principi di civiltà giuridica che opera in ogni ordinamento democratico del nostro tempo”⁸. Con una peculiarità. Arricchire gli obblighi positivi del legislatore. Imporre alla Pubblica Amministrazione la prioritaria tutela dei diritti fondamentali nell’uso delle risorse disponibili. Richiamare l’interprete, giudiziale e sapienziale, ad un’ermeneutica capace di avvicinare forma e sostanza nella attuazione dei diritti e dei doveri⁹.

Questa pretesa ha un’operatività definita per una serie di ragioni: la sua funzione è prevista nelle fonti nazionali e sovranazionali e la sua capacità è stata sperimentata in una ampia casistica ove l’argomentazione rende esplicita l’intenzione del legislatore e dunque l’ordine oggettivo vigente¹⁰. Secondo un

2. Troiano, 2013, p. 763; Patti, 2012; Navarretta, 2012a, p. 953.

3. Perlingieri, Fachechi, 2017.

4. Lipari, 2019, pp. 11, 38, 81; 2021, p. 356.

5. Lipari, 2013, p. 11; 2017, p. 60; 2021, pp. 356-362.

6. Grossi, 2021, p. 81.

7. Vettori, 2020, pp. 63-129.

8. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238. *Foro italiano*, I, 1152.

9. Vettori, 2020, pp. 63, 86.

10. Guastini, 2011, p. 272.

percorso che obbliga il giudice a seguire “le norme di diritto” (art. 113 c.p.c.) e ad esplicitare nelle sentenze “i principi di diritto applicati” (art. 118 disp. att. c.p.c.) per formulare una regola contestuale.

La critica più recisa non ha dubbi. La tutela esiste “solo se la legge la prevede e quando la legge la prevede, va attuata nei modi e nei limiti che la legge le assegna”¹¹. Una risposta esige altrettanta chiarezza nel fissare il ruolo dei principi, da distinguere uno ad uno.

Nel delimitare il rilievo operativo della ragionevolezza si confrontano due linee di tendenza.

Da un lato si reputa che il termine abbia un contenuto omogeneo in ogni settore dell’ordinamento e possa dunque essere applicato, senza differenziazioni di sostanza, nel controllo di costituzionalità di una legge o nella valutazione di un atto di autonomia privata, sia per il tendenziale superamento della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, sia per la unitarietà dell’esperienza giuridica¹². Dall’altro si delimita la ragionevolezza e la proporzionalità in ambiti diversi. Si riconosce loro un ruolo importante nella valutazione dell’autonomia negoziale dei privati, ma si nega che l’applicazione di quei principi possa avvenire senza la mediazione delle regole e delle clausole che hanno individuato, nel tempo, profili di rilevanza dei comportamenti e di validità ed efficacia degli atti. Si procede così alla ricerca dei riferimenti, molto numerosi, nel sistema delle fonti e si precisano gli impieghi del termine nei vari settori, e i suoi confini con i concetti di diligenza, buona fede, equità, abuso del diritto che non possono essere annullati in “un’unica e informe contenitore”¹³, ma anzi risultano distinti a seconda della loro peculiare funzione e capacità di regolazione degli atti dei privati.

Le due posizioni sono diverse¹⁴ e provo ad argomentare come e perché ragionevolezza e proporzionalità debbono confrontarsi con regole e istituti elaborati nel tempo, e trovare nella dogmatica un metodo di corretto utilizzo nel discorso del giudice o dello studioso¹⁵.

Anzitutto è possibile un confronto con la buona fede e l’equità¹⁶. Non si può condividere l’idea che ragionevolezza e proporzionalità siano standard di “normalità sociale” capaci di sovrapporsi e assorbire le clausole generali¹⁷, perché la buona fede crea un obbligo e un diritto riferiti ad un contegno dov-

11. Castronovo, 2015, p. 9; Irti, 2020, pp. 158-161.

12. Perlingieri, 2002, p. 52.

13. Così Troiano, 2013, pp. 763-804. L’autore usa la frase racchiusa fra virgolette nel testo di Vettori, 2010, p. 171, che reputa possa riferirsi anche alla ragionevolezza.

14. Navarretta, 2012b, p. 643; Piraino, 2014, p. 1286; Perlingieri, 2015, p. 115; Lipari, 2021, p. 356.

15. Bobbio, 2020, p.VI.

16. Piraino, 2017, p. 1186.

17. Scognamiglio, 2006, p. 1073.

to, mentre la ragionevolezza implica solo un criterio di razionalità della condotta. D'altra parte l'equità sostitutiva esige il riferimento ad una norma che consenta tale giudizio svincolato dal diritto positivo¹⁸, in un sistema che non prevede il contratto iniquo e non consente l'utilizzo dell'equità se non nei casi previsti dalla legge richiamati, in via riassuntiva nell'art. 1374 c.c.¹⁹.

Non solo. A ben vedere la identificazione della ragionevolezza costituzionale con un analogo criterio di valutazione nel diritto privato è respinta in dottrina, pur in presenza di opinioni discordi²⁰, in ragione, non solo dei diversi contesti, ma del fatto, decisivo, che la prima è una tecnica di decisione di un organo con specifica competenza nel controllo degli atti legislativi, mentre l'altra è un criterio di qualificazione delle condotte, affidato ai giudici ordinari con diversi compiti istituzionali²¹ fra i quali non rientra la eliminazione o la disapplicazione della legge²².

Si può concludere che la "ragionevolezza appartiene alla costruzione della regola e non già alla soluzione del conflitto"²³ contempera interessi in concreto "alla luce di una data *ratio legis*" già definita ed è un "presidio dell'equilibrio del contratto" solo nei casi in cui il giudice può decidere secondo equità, senza svolgere, in ogni caso, un ambito sostitutivo, se non richiamato dalla legge o da una giurisprudenza consolidata. In altre parole la formula esprime una valutazione di fatti e comportamenti "secondo criteri della logica pratica e della proporzionalità"²⁴ che possono orientare l'interprete attraverso il confronto con norme e principi consolidati nella giurisprudenza interna e sovranazionale²⁵. Non può sostituire diligenza, buona fede ed equità e non è una clausola generale del diritto privato quando non è espressamente richiamata dalla legge, ma solo un criterio elastico di valutazione tratta, secondo criteri logici, dalle circostanze concrete in base ad un indice normativo o giurisprudenziale noto e consolidato²⁶.

Del resto si indicano, autorevolmente, da tempo la proporzionalità e la ragionevolezza come criteri ermeneutici essenziali "del bagaglio culturale di qualsiasi interprete", capaci di contribuire "al ridimensionamento di antichi brocardi", con una "rinnovata attenzione verso le conseguenze pratiche della

18. Piraino, 2017, p. 1178.

19. Troiano, 2013, p. 790.

20. Giorgini, 2010, p. 95; Troiano, 2013, p. 799 nt. 237.

21. Nivarra, 2002, p. 383.

22. Piraino, 2017, p. 1171.

23. Piraino, 2015, p. 482.

24. Ivi, p. 483.

25. Vettori, 2010, p. 171. Non mi sembrano in contrasto le affermazioni di Perlingieri, 2017, pp. 9 nt. 20, 10, 13, 21, 23, 33.

26. Troiano, 2013, p. 801.

decisione”, che dovranno essere conformi alla legalità costituzionale²⁷ ed europea. E su questa conclusione non si può non concordare²⁸.

Ma anche di recente e in contesti ravvicinati le opinioni divergono sull'uso del principio di proporzionalità che da alcuni è esteso ad ogni settore dell'ordinamento, con funzioni amplissime anche nel diritto privato e nei contratti²⁹, mentre altri reputa che non si debba ammettere “una generalizzazione delle soluzioni offerte dalle norme che attribuiscono rilievo a diseguglianze oppure che stigmatizzano specifiche ipotesi di sproporzione oggettiva”. Ciò in ossequio alla legalità e alla certezza del diritto, sul punto confermata dalla recente riforma del *Code civil* ove si afferma che “nei contratti sinallagmatici il difetto di equivalenza delle prestazioni non è causa di nullità dei contratti, a meno che la legge non disponga diversamente”³⁰.

Se poi si alza lo sguardo sul diritto europeo e sul diritto nazionale derivato³¹ il principio ha un compito metodologico ristretto all'applicazione e interpretazione del diritto comunitario e delle relative tutele³², mentre la Corte di Giustizia fa uso di tale disposizione in modo del tutto peculiare. L'effettività, la proporzionalità e la dissuasività sono indicati come misura di ogni rimedio³³ e come orientamento dell'interprete³⁴ in base ad una casistica e ad autorevoli opinioni che meritano grande attenzione.

Insomma una buona dogmatica utilizza la ragionevolezza come criterio sistematico di controllo dell'argomentazione e la proporzionalità come “valutazione meramente quantitativa o di misura” delle regole e dei rimedi ed entrambe “cooperano sempre nella decisione del caso”, “potenziando il ruolo dell'interprete in un momento storico che “ha bisogno di nuove idee”³⁵ e di strumenti valutativi³⁶. Si tratta di comprendere come.

2. I PRINCIPI E LE PAROLE

Un monito fortemente critico è scandito con parole chiare.

“Fatti e cose non esistono prima dell'ordine razionale entro cui essi sono concepiti”, non possono essere estranei al pensiero “se non al rischio di smar-

27. Perlingieri, 2015, p. 144.

28. Perlingieri, Fachehi, 2017 a cui si rinvia per l'amplissima casistica.

29. Villanacci, 2020, p. 45.

30. Tenella Sillani, 2019.

31. Pagliantini, 2020, p. 17.

32. Reich, 2014, p. 187.

33. Iamiceli, 2020, p. 3.

34. Polidori, 2017, p. 907.

35. Perlingieri, 2017, pp. 40-43 e il riferimento a Galgano, 2010, p. 138.

36. Perlingieri, Fachechi, 2017.

rirsi e annullarsi”³⁷. Ogni teoria realista sarebbe ingenua: “il fatto di cui si può parlare è il fatto pensato”³⁸ ed ogni situazione soggettiva, cosa o rapporto devono essere esaminati attraverso il filtro della fattispecie che “racchiude tutto il mondo giuridico”³⁹, perché “il diritto non può uscire dalle forme e dalle parole”⁴⁰.

Lo scopo o la *ratio* possono allargare o restringere tale dominio tramite un’estensione semantica, ma senza trarre “dai testi linguistici entità misteriose e metafisiche”⁴¹. Per dirla ancora più chiaramente: “nessun esistente è vero in sé”, ma “interroga l’*a priori* della forma”, “paradigma e occhio del mondo” attraverso il “prisma della fattispecie”. Quest’ultima non può essere costruita dall’interprete e non può assumere la veste di un *a posteriori* senza contraddire, con un ossimoro, la funzione di “classificazione e diagnosi del fatto”⁴². D’altra parte i concetti indeterminati ricorrenti (solidarietà, giustizia, equità, eguaglianza, buona fede, proporzionalità, ragionevolezza, effettività) non spiegano il passaggio dal giudizio ontologico al fatto (e viceversa), ma pongono solo un’alternativa fra l’*ordinare* razionalmente e l’*intuire*, un accadimento quest’ultimo, che esce dal diritto e che, come tale, è inammissibile. Insomma, secondo questa idea non si può creare una regola da un valore, senza “passare da una sua formalizzazione semantica” di disposizioni vigenti. E si deve escludere la diretta applicabilità dei principi costituzionali ai rapporti privati (*Drittwirkung*)⁴³ perché lo schema dettato dell’art.12 delle preleggi e dall’art. 101 della Costituzione può essere aggirato solo con una “velata lotta di potere”⁴⁴ tale da sovvertire il rapporto fra legislazione e giurisdizione⁴⁵.

La mia visione è un’altra. Muove dalla diversità fra legalità ordinaria e legalità costituzionale e dalla necessità di una loro “conciliazione” se si vuole che l’ordinamento funzioni⁴⁶. Questi i passaggi del discorso.

La realtà oggettiva va oltre la funzione delle parole. Essa ha una sua evidenza, oltre gli ideali giusnaturalistici, ed è possibile fissare un’“ontologia sociale”, di fatti che non occupano uno spazio fisico (come quelli materiali) e sono soggetti al tempo (a differenza di quelli ideali)⁴⁷. Si pensi al contratto, ai diritti,

37. Orlandi, 2021, p. 15; Irti, 1984, p. 55.

38. Irti, 2020, pp. 12-13.

39. Orlandi, 2021, p. 85.

40. Irti, 2020, p. 40.

41. Irti, 1996, pp. 20-21.

42. Questa è la replica, non convincente, di Orlandi, 2021, p. 152 alla condivisibile posizione di Addis, 2016, p. 1019.

43. Perlingieri, Femia, 2014, pp. 10-17.

44. Luciani, 2016, pp. 433-437.

45. Orlandi, 2021, pp. 209, 216 nota 247, 218, 226-227.

46. Luciani, 2016, p. 462.

47. Così, testualmente, Vettori, 2004, p. 313 e, ivi, il richiamo a Ferraris, 2003 e 1998, p. 45.

ai doveri e agli altri istituti civilistici da valutare in base alle percezioni del tempo.

Queste entità giuridiche, come è stato detto benissimo, “hanno un modo di essere indipendente, come case e alberi: possiedono un essere, allo stesso modo dei numeri, degli alberi o delle case; questo essere è indipendente dall’eventualità che gli uomini la colgano o no, e in modo particolare è indipendente da ogni diritto positivo”. Questa priorità non è un qualcosa di oscuro o di mistico, perché “ogni stato di cose, che, nel senso indicato, è generale ed esiste, necessariamente è qualificato (da noi) come *a priori*”⁴⁸. La ricerca di questa priorità va effettuata senza porre l’accento solo sulle radici storiche⁴⁹ e senza esaltare la norma come oggetto di una fede priva di giustificazione oggettiva⁵⁰. Piuttosto, si deve superare l’alternativa fra natura e storia per porre l’accento su entità sociali che hanno una loro oggettività rispetto alla legge e alla natura delle cose.

Non solo. Di recente si sottolinea un tratto del presente: “il passaggio dalle cose alle relazioni”⁵¹ che assumono un ruolo prioritario come entità rilevanti per la loro essenza fissata nella pluralità di dimensioni inter-soggettive. Il mondo tecnologico ne è un esempio chiarissimo. Muta con esso la cosa e il modo di conoscerla e utilizzarla e le relazioni concorrono a creare una realtà virtuale dotata di una precisa oggettività⁵². Per tali realtà occorrono una serie di concetti che “superino la rarefazione del passato e che risultino più astratti di un resoconto descrittivo di ciò che accade giorno per giorno o legge per legge”⁵³.

Per un motivo chiaro.

Il diritto è forma che deve trovare sistematicità, coerenza, riduzione di complessità per fare ordine. La fattispecie è uno schema utile e necessario, ma, in una società pluralistica e complessa, esistono *anche* altri strumenti di quadratura e di certezza⁵⁴.

La buona dogmatica ha un compito specifico, da precisare solo con qualche cenno, stante i limiti imposti a questo scritto.

Escluso che il diritto possa essere solo un fenomeno ideale⁵⁵, resta da affiancare alla forma le situazioni *in senso soggettivo*, come la volontà del legislatore, e quelle *in senso oggettivo*, come la storia, la sociologia, gli interessi grezzi. Tutte queste situazioni hanno in comune, appunto, il rifiuto del

48. Reinach, 2002, p. 17, in part. p. 21.

49. Troeltsch, 1985, p. 237; Meinecke, 1954; Fornero, Tassinari, 1997, p. 137.

50. Mengoni, 2001, p. 1160.

51. Floridi, 2020, p. 41.

52. Morton, 2021.

53. Searle, 1995, p. 7; 2003a; e ancora 2003b, p. 34.

54. Benedetti, 2020, p. 83.

55. Falzea, 1975, p. 218.

mero formalismo, la necessità di ricorrere a situazioni esterne⁵⁶ per comprendere e integrare le parole della legge⁵⁷ perché la parola spesso non esiste o è riferita a fatti non riducibili a schemi e logiche semantiche. Un esempio può aiutare.

I diritti e i doveri fondamentali sono caratterizzati dall'avere una chiara struttura antropologica, consolidata nell'attività di milioni di uomini⁵⁸, e una forte connotazione oggettiva, in virtù della loro incorporazione nelle Costituzioni⁵⁹. L'insieme di queste caratteristiche spiega perché e come il grande tema dei diritti fondamentali abbia posto in crisi profonda la teoria semantica e analitica. Essi entrano in ogni relazione umana, patrimoniale e non patrimoniale, ed esigono una risposta concreta da parte del giudice. Questi non ha una discrezionalità assoluta, ma si muove sulla base di orientamenti forti basati su precise fonti normative. L'ordine costituzionale è affiancato, nell'art. 117 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai vincoli internazionali, nonché sottoposto a Corti deputate a fornire risposte concrete, quasi sempre in dialogo fra loro. In tali casi le parole esistono e sono pesanti, ma manca la fattispecie. Di questo ci si duole, ma ciò non esclude che quei precetti siano l'asse portante di una nuova giuridicità voluta da tutte le Costituzioni del novecento e ancora attualissime.

Come si è osservato benissimo, questa nuova legalità non tollera visioni moniste di fronte ad una giuridicità che si esprime in organi e fonti articolate e diffuse. Il pluralismo istituzionale voluto dalle Costituzioni del novecento condiziona la visione del diritto e il compito del giurista. Questi, quale che sia la sua funzione, è chiamato ad attuare un insieme di regole e principi che esigono da tutti i Poteri istituzionali di rendere effettivi i diritti e i doveri contenuti nelle Carte Supreme. Insomma far coincidere forma e sostanza è "un trampolino di lancio verso una nozione di legalità, meno astratta, più concreta"⁶⁰ che amplia i doveri degli Stati, delle Amministrazioni pubbliche e degli Organi sovranazionali.

Un concetto di legalità basato sulla effettività, più che sulla validità o l'irrelevanza, adatto alla nostra epoca e alla visione del diritto in questo momento storico⁶¹. Da qui la necessità di un metodo e di un controllo sistematico coerente con il nuovo sistema delle fonti che trae impulso dai fatti, dalle cose e dai precedenti consolidati per ordinarli.

56. Ivi, p. 219 (corsivo aggiunto).

57. Ivi, p. 219t.

58. Giovanni Paolo II, 1991, p. 17.

59. Mengoni, 2001, p. 4.

60. Graziadei, 2021, p. 21.

61. Grossi, 2021, p. 163.

3. ERMENEUTICA E NEO-DOGMATICA.
PER UNA SISTEMATICA PLURALE

È nota la lucida sintesi di Mengoni. Nell'epoca moderna "il giusnaturalismo laico dei secoli XVII e XVIII, ha abbandonato il modello teologico della rivelazione e fondato i propri dogmi sull'autorità della ragione ritenuta capace di conoscere *a priori*, fuori dalla realtà empirica, le verità prime del diritto con l'evidenza degli assiomi della geometria euclidea"⁶².

In questo contesto, prosegue lucidamente il nostro Autore, la dogmatica "diventa la scienza costruita sul modello del metodo matematico e dei principi di diritto naturale"⁶³ per "ordinare il diritto in un sistema di concetti assiologicamente neutrali destinati a operare come "fattori di un computo" il cui risultato è la decisione del caso concreto"⁶⁴. I concetti scientifici vengono riuniti in un sistema deduttivo secondo "un nesso di concatenazione causale con i concetti contenuti nelle norme positive". Sicché "mediante la preminenza del concetto scompare formalmente la positività del diritto"⁶⁵ e muta la stessa idea di sistema, che si identifica con un ordine logico⁶⁶. Il sillogismo è strumento del giudicare, ma anche "la via per scoprire nuove verità". La dogmatica ha un solo scopo: impedire "l'infiltrazione di punti di vista valorativi", basandosi da un lato "sull'autonomia secolare del diritto romano dall'altro sul metodo delle scienze naturali per cui la norma è osservata come fatto di natura". Tutto ciò, pensato a garanzia di una società omogenea attorno ad un "blocco di valori incontestabili"⁶⁷, dura sino alla fine dell'ottocento nell'Europa continentale e in Italia sino alla seconda metà del novecento, quando lo sviluppo produttivo e sociale agevola l'avvento di una società pluralistica segnata da conflitti e da opposte ideologie che determinano la fine dello Stato liberale, il declino del positivismo e la promulgazione delle Costituzioni. Muta così anche il senso e la finalità della Scienza che, abbandonato il metodo della causalità naturale, si pone il problema dei valori come "cose in sé" non conoscibili direttamente. Ad esse si giunge solo tramite il metodo del Dialogo, fonte di un pensiero "finalisticamente orientato" e capace di superare "il sopore dogmatico"⁶⁸, con un metodo topico, "valutativo e non puramente logico"⁶⁹.

62. Mengoni, 1996, pp. 27-28.

63. Ivi, p. 28.

64. Ivi, p. 32 e, ivi, il richiamo a Windscheid, 1906, p. 24.

65. Mengoni, 1996, pp. 32-33 e, ivi, il richiamo a Sohm, 1896, p. 21.

66. Cappellini, 1985, p. 288; Cappellini, 1984, p. 539; Viola, 1987, p. 398.

67. Mengoni, 1996, p. 35 e in part. p. 38.

68. Ricoeur, 1977, p. 42.

69. Zaccaria, 1984a; Mengoni, 1996, p. 44; Viehweg, 1962.

Da qui la necessità di distinguere ermeneutica e dogmatica, anche se manca una accezione teorica generale generalmente accettata per l'una e per l'altra⁷⁰. Entrambe sono "modi di conoscenza discorsiva (cioè per concetti) del diritto", ma è chiara anche la loro diversa natura e funzione. L'ermeneutica si rivolge alla norma per trarne i criteri di conversione del fatto in diritto. La dogmatica ha "una funzione logico analitica" che va *oltre la norma* per trarre le strutture di senso che portano a "scoprire l'elemento sistematico, ossia la connessione secondo un principio"⁷¹ utile per la ricerca "*di nuovi modelli di decisione*"⁷² basati su una visione "normativo-pratica" tratta dal diritto oggettivamente vigente, dalle massime giurisprudenziali e dai principi costituzionali.

Intesa così la dogmatica ha ancora oggi un fine specifico. Deve garantire il rigore e la coerenza sistematica del discorso giuridico dall'esposizione del fatto, all'approfondimento, e verifica dei risultati in una funzione circolare con l'interpretazione. Essa si pone come "*vincolo dell'argomentazione giuridica*" in un senso preciso. Se l'interprete non segue "un modello di decisione già sperimentato e razionalizzato in un concetto o in un complesso di concetti dogmatici" condivisi, egli ha l'onere di "giustificare la pretesa di *overruling* con argomenti adeguati"⁷³. Non solo.

Il pensiero dogmatico fornisce formule e strumenti tecnici "accumulati dalla riflessione dottrinale e dalla prassi giurisprudenziale". Può ridurre "la mobilità del pensiero problematico", e fissare "le condizioni del possibile giuridico" entro il sistema costituzionale. Da qui, come vedremo subito, la sua funzione politica nel garantire un sistema plurale di fonti⁷⁴.

4. LA BUONA DOGMATICA COME PARTE DELLA POLITICA. UN RUOLO DA RECUPERARE

Inizio da lontano. Gorla nel suo saggio del 1941 sull'interpretazione del diritto parla, anticipando i tempi, di ragionevolezza come bussola del giurista, ma questa affermazione è l'approdo di un percorso chiaro nei fini⁷⁵. Nel saggio ci si oppone al concettualismo allora imperante nell'Europa continentale. Per contestare il dogma, Gorla proclama la centralità dell'«atto spirituale» del legislatore senza cedere affatto allo statalismo, ma anzi affermando un quadro globale all'apporto produttivo del diritto affidato alla storia, alla realtà, al pensiero del legislatore, dei giudici e dei sapienti. Si affidano al giurista due

70. Mengoni, 1996, p. 59; Viola, 1994; 2018, p. 40.

71. Mengoni, 1996, pp. 56-58.

72. Basti pensare alla *culpa in contrahendo* di Jhering, la presupposizione di Windscheid e alla promessa obbligatoria di Bahr: così, *ivi*, p. 48.

73. *Ivi*, p. 51.

74. *Ivi*, p. 89.

75. Gorla, 1941.

compiti: la critica dei concetti correnti e la ricerca di principi generali molto più utili degli “svettanti concetti della dottrina”⁷⁶.

Insomma, Gorla vuol liberare il pensiero giuridico dalle limitazioni e dagli eccessi del concettualismo, ma avverte il legame fra Diritto e Autorità e il problema del testo, richiamando l’interprete ad una ermeneutica che richiede prudenza e saggezza nel “fare distinzioni, formulare riserve, precisare, graduare”⁷⁷.

Nei decenni successivi, Betti⁷⁸ osserva che l’attività dell’interprete non termina con la messa in opera di un procedimento logico-conoscitivo. L’esito interpretativo “va sperimentato” messo alla prova⁷⁹.

Detto in modo più chiaro. “L’interprete deve raffigurarsi nelle reazioni e ripercussioni pratiche e in questo senso drammatizzarsi (“realise”, si direbbe in inglese) l’esito della interpretazione che sta per proporre e sostenere”. Perché l’interpretazione che interessa il diritto, a differenza di quella artistica o storica o estetica, “non può appagarsi di una ricognizione teorica, ma deve andar oltre, sia per rendere il precetto assimilabile nella vita, sia per sottoporre il fatto a una diagnosi giuridica”⁸⁰. Se l’esito non resiste a tale impatto l’interprete deve rivedere, ricominciare d’accapo, sperimentare nuovi itinerari⁸¹. Sicché la verità non si esaurisce nel metodo, come dirà Gadamer⁸², e l’interpretazione giuridica sarà richiamata nel dialogo con la filosofia ad un cammino tortuoso e faticoso, elaborato da Ricoeur⁸³, confrontando soggettività dell’interprete e razionalità⁸⁴. Mengoni, infine, muove dalla epistemologia e torna alla scienza del diritto civile, recuperando la dogmatica come controllo razionale e coerente dell’argomentazione che può condurre a soluzioni ragionevoli se “il sapere ermeneutico è riorganizzato dalla dogmatica in unità razionale fondata su un sapere sistematico”⁸⁵.

A questa visione credo debba essere data continuità attualizzandola. Provo a spiegare come e perché.

Tutta l’elaborazione ermeneutica degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso critica il tecnicismo apparente dei metodi per liberare “il pensiero da uno schema metodologico non realistico”. Tende così a “razionalizzare e

76. Ivi, pp. 99-100.

77. Sacco, 2003, p. XIII, osserva che il punto centrale per Gorla “era la contestazione dell’apriorismo dogmatico”.

78. Betti, 1955, pp. 803-804.

79. Benedetti, 2014, p. 127.

80. Betti, 1955, p. 804.

81. Benedetti, 2014, p. 126.

82. Gadamer, 1983.

83. Ricoeur, 1972, p. 97.

84. Cfr. Zaccaria, 1984b, p. 313; 1988, p. 323; Viola, 1989, p. 341.

85. Mengoni, 1996, pp. 25, 67 e 86; Benedetti, 2014, p. 135.

contenere la discrezionalità dell'interprete sottoponendola a criteri intersoggettivi di controllo⁸⁶.

Ebbene credo che uno dei canoni fondamentali per procedere in tal senso sia il distinguere. Anche per i principi.

Mengoni parla di principi retorici e precettivi, e, comunque, al di là di tali distinzioni effettività, ragionevolezza e proporzionalità debbono essere utilizzati non per sostituire l'applicazione di istituti e di valutazioni, dei comportamenti e degli atti, costruiti dal legislatore e dalla scienza civilistica nel corso dei secoli, ma per trarre regole contestuali dal confronto fra le fonti descritte nell'art. 117 della Costituzione, con un'argomentazione corretta.

Ciò perché i principi entrano in diverso modo sul piano della conoscenza e dell'ermeneutica. La ragionevolezza e la proporzionalità non sono idonei a fissare di per sé un dover essere. Possono servire ad un controllo successivo dell'esito ermeneutico da drammatizzare (può essere mai!)⁸⁷.

L'effettività ha, invece, un contenuto precettivo perché individua un preciso dover essere, una nuova legalità voluta da tutte le Costituzioni del novecento e dai Trattati europei e sovranazionali. Sino al nuovo ordine europeo della sostenibilità che apre un nuovo sistema di fonti e orientamenti sistematici. Non solo.

Tutto ciò richiama e deve svolgere ancora l'intuizione di Gorla.

Basta ricordare che nel 1976 si tenne all'Istituto Universitario europeo un incontro fra storici comparatisti e privatisti, ove Gorla parlò di una vicenda singolarissima accaduta intorno al XV e XVI secolo, quando i Tribunali di qua e di là dell'Atlantico "si erano imposti la regola di conoscere prima di emanare una decisione, non soltanto le norme locali, ma la *communis opinio* formatasi in altri Stati e Paesi. In assenza della *lex loci* si ricorreva alla *lex alii loci*, come *doctrina magistralis* che orientava e armonizzava. Un cammino poi interrotto nel XIX secolo dalla formazione degli Stati nazionali e dalle codificazioni"⁸⁸.

Di recente si sta verificando qualcosa di diverso ma altrettanto significativo. Si sta creando e formalizzando una rete fra le Corti Supreme nazionali e le Corti europee segno di un'importante continuità con il passato ma anche di una straordinaria vitalità del diritto giurisprudenziale⁸⁹. Questo oggi impone all'interprete di conoscere e fare i conti con un pensiero casistico tratto anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Edu, autorità che formano una realtà sistematica essenziale alla dogmatica attuale e alla tecnica

86. Zaccaria, 2019, p. 115.

87. Benedetti, 2014, pp. 126 ss.

88. Vettori, 2020, pp. 258-259.

89. Ivi, pp. 259-260.

del sillogismo critico e non apodittico basato non già sulla conformità ma, piuttosto, su “convincimento e persuasione”⁹⁰.

La ricerca del diritto nel caso concreto esige, dunque, un percorso rigoroso e condiviso.

Se non esiste una norma, il principio può essere la fonte da cui trarre una regola di decisione. Se la legge esiste, si dovrà muovere dal fatto alla norma e da questa ai principi, per fissare la rilevanza giuridica del fatto, e per trovare, in quel contesto, le regole di decisione espressione concreta e adeguata della risposta dell’ordinamento al problema di vita sottoposto all’interprete.

Il declino della fattispecie sollecita un’argomentazione attendibile e convincente che positivizzi i principi e li stabilizzi, tramite anche i precedenti, per sottrarli ad una valutazione soggettiva o superficiale.

Logica e dogmatica in questa funzione si incontrano perché “*entrambe sono un sacco di buoni ricordi*”⁹¹ che non negano il bagaglio di conoscenze e di strumenti sperimentati dallo *ius civile*. Ma la dogmatica, abbandonata l’illusione della neutralità assiologica, deve assumere come valore fondante il sistema plurale delle fonti dello Stato costituzionale in continua evoluzione e svolgere la propria funzione ordinante e politica “in senso ampio”⁹² perché il suo compito esige di coniugare legalità ed effettività per assicurare e governare il sistema plurale voluto dalle Costituzioni⁹³ e dai nuovi criteri normativi per rifondare gli ordinamenti scossi dalla tragedia della Pandemia e protesi verso uno sviluppo sostenibile che guarda al futuro.

Così l’interprete sapienziale può recuperare il proprio ruolo di fonte del diritto, entro un ordine dettato dal tempo ed espresso da una pluralità di fatti e norme che producono diritto. Solo così si può superare la stanca dialettica fra Legge e Giudici in un momento di costruzione di un nuovo ordine globale che richiede un forte impegno collettivo.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Addis, F. (2016). Sulla distinzione fra norme e principi. *Europa e diritto privato*, 4, 1019-1059.
- Benedetti, G. (2014). *Oggettività esistenziale dell’interpretazione*, *Studi di ermeneutica e diritto*. Giappichelli.
- Benedetti, G. (2020). *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*. Il Mulino.
- Betti, E. (1955). *Teoria generale dell’interpretazione*, II. Giuffrè.

90. Benedetti, 2020, p. 90.

91. Mengoni, 1996, p. 51 nt 68 e il richiamo a Leibniz, 1968, p. 508 (corsivo aggiunto).

92. Wieacker, 1970, p. 313.

93. Mengoni, 1996, p. VII.

- Bobbio, N. (2020). *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*. Giappichelli.
- Cappellini, P. (1984). *Systema iuris, I. Genesi del sistema e nascita della "scienza" delle pandette*. Giuffrè.
- Cappellini, P. (1985). *Systema iuris, II. Dal sistema alla teoria generale*. Giuffrè.
- Castronovo, C. (2015). *Eclissi del diritto*. Giuffrè.
- Falzea, A. (1975). *Introduzione alle scienze giuridiche*. Giuffrè.
- Ferraris, M. (2003). Né relativismo né diritto divino. *Il Sole 24 Ore*, 18 maggio.
- Ferraris, M. (1998). *L'ermeneutica*. Laterza.
- Floridi, L. (2020). *Il verde e il blu*. Raffaello Cortina.
- Fornero, G., Tassinari, S. (1997). *Le filosofie del novecento*. Mondadori.
- Gadamer, H. G. (1983). *Verità e metodo*. Bompiani.
- Galgano, F. (2010). *Dogmi e dogmatica nel diritto*. Cedam.
- Giorgini, E. (2010). *Ragionevolezza e autonomia negoziale*. ESI.
- Giovanni Paolo II (1991). *Centesimus annus*.
- Gorla, G. (1941). *L'interpretazione del diritto* (2003). Giuffrè.
- Graziadei, M. (2021). Obviously European? *Persona e Mercato*, 2, 231-243.
- Grossi, P. (2021). *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*. Giuffrè.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*. Giuffrè.
- Iamiceli, P. (2020). *Effettività delle tutele e diritto europeo*. Editoriale Scientifica.
- Irti, N. (1984). Rilevanza giuridica. In *Norme e fatti*. Giuffrè.
- Irti, N. (1996). *Testo e contesto*. Cedam.
- Irti, N. (2020). *Riconoscersi nelle parole*. Il Mulino.
- Leibniz, G. W. (1968), Lettera a G. Wagner (1696). In *Scritti di logica*. Zanichelli.
- Lipari, N. (2008). *Le fonti del diritto*. Giuffrè.
- Lipari, N. (2013). *Le categorie del diritto civile*. Giuffrè.
- Lipari, N. (2017). *Il diritto civile fra legge e giudizio*. Giuffrè.
- Lipari, N. (2019). *Diritto civile e ragione*. Giuffrè.
- Lipari, N. (2021). Contratto e principio ragionevolezza. In *Enciclopedia del diritto. I Tematici. Contratto*. Giuffrè-Francis Lefebvre.
- Luciani, M. (2016). Interpretazione conforme a costituzione. In *Enciclopedia Diritto Annali IX* (pp. 391-476). Giuffrè.
- Meinecke, F. (1954). *L'origine dello storicismo*. Sansoni.
- Mengoni, L. (1996). *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*. Giuffrè.
- Mengoni, L. (2001). Diritto e tecnica. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 55, 1-10.
- Morton, T. (2021). *Ecologia oscura: logica della coesistenza futura*. Luiss University Press.
- Navarretta, E. (2012a). Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo. *Europa e diritto privato*, 4, 953-980.
- Navarretta, E. (2012b). Diritto civile e diritto costituzionale. *Rivista di diritto civile*, 58, 643-684.
- Niccolò, R. (1961). Codice civile. In *Enciclopedia del diritto*, VII (pp. 240-250). Giuffrè.
- Nivarra, L. (2002). Ragionevolezza e diritto privato. *Ars Interpretandi*, 7, 373-386.

- Orlandi, M. (2021). *Introduzione alla logica giuridica*. Il Mulino.
- Pagliantini, S. (2020). *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*. ESI.
- Patti, S. (2012). *La ragionevolezza nel diritto civile*. Editoriale Scientifica.
- Perlingieri, G. (2015). *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*. ESI.
- Perlingieri, G. (2017). Sul criterio di ragionevolezza. In *Annali SISDIC*, 1, 25-64.
- Perlingieri, G., Fachechi, A. (2017). *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*. ESI.
- Perlingieri, P. (2002). Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti. In L. Ferroni (cur.), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata* (pp. 49-62). ESI.
- Perlingieri, P., Femia, P. (2014). Realtà sociale e ordinamento giuridico. In *Manuale di diritto civile* (pp. 3-26). ESI.
- Piraino, F. (2014). Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile. *Europa e diritto privato*, 4, 1287-1357.
- Piraino, F. (2015). *La buona fede in senso oggettivo*. Giappichelli.
- Piraino, F. (2017). *Diligenza buona fede e ragionevolezza*. ESI.
- Polidori, S. (2017). Ragionevolezza, proporzionalità e “giusto rimedio”: le tendenze evolutive e un’occasione perduta (dalla Cassazione). In G. Perlingieri, A. Fachechi (cur.), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II (pp. 907-928). ESI.
- Reich, N. (2014). *General Principles of EU Civil Law*. Intersentia.
- Reinach, A. (2002). I fondamenti a priori del diritto. In A. G. Conte, P. Di Lucia, L. Ferrajoli, M. Jori (cur.), *Filosofia del diritto* (pp. 17-31). Raffaello Cortina.
- Ricoeur, P. (1972). *Il conflitto delle interpretazioni*. Jaca Book.
- Ricoeur, P. (1977). *Ermeneutica filosofica e ermeneutica biblica*. Paideia Editrice.
- Sacco, R. (2003). Presentazione. In G. Gorla, *L’interpretazione del diritto* (1941) (pp. VII-XIII). Giuffrè.
- Scognamiglio, C. (2006). L’interpretazione del contratto. In P. Rescigno, E. Gabrielli (cur.), *Il contratto, Trattato*. Utet.
- Searle, J. R. (1995). *La costruzione della realtà sociale*. Einaudi.
- Searle, J. R. (2003). *La razionalità dell’azione*. Raffaello Cortina.
- Searle, J. R. (2003 b). Gli “enti” della realtà sociale. *Il Sole 24 ore*, 18 maggio.
- Sohm, R. (1896). *Institutionen des römischen Rechts*. Duncker.
- Tenella Sillani, C. (2019). Proporzionalità e contenuto degli accordi negoziali. In A. Fachechi (cur.), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità* (pp. 109-124). ESI.
- Troeltsch, E. (1985). *Lo storicismo e i suoi problemi*. Guida.
- Troiano, S. (2013). Ragionevolezza (diritto privato). In *Enciclopedia del diritto, Annali*, VI (pp. 763-808). Giuffrè.
- Vettori, G. (2004). La disciplina generale del contratto nel tempo presente. *Riv. dir. priv.*, 2, 313-328.
- Vettori, G. (2010). L’abuso del diritto. *Distingue frequenter. Obbligazioni e contratti*, 3, 166-172.
- Vettori, G. (2020). *Effettività fra legge e diritto*. Giuffrè.
- Viehweg, Th. (1962). *Topica e giurisprudenza*. Giuffrè.
- Villanacci, G. (2020). *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*. Giappichelli.

- Viola, F. (1989). Ermeneutica e diritto. Mutamenti nei paradigmi tradizionali della scienza giuridica. *Riv. int. fil. dir.*, 66, 336-356.
- Viola, F. (1987). *Autorità e ordine nel diritto*, Giappichelli.
- Viola, F. (1994). La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica, italiana del diritto. In M. Jori (cur.), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto* (pp. 63-104). Giappichelli.
- Viola, F. (2018). L'interpretazione dell'interpretazione giuridica. Un omaggio a Riccardo Guastini. In P. Chiassoni, P. Comanducci, G. B. Ratti (cur.), *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. I (pp. 35-43). Marcial Pons.
- Wieacker, F. (1970). Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik. In R. Bubner *et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Georg Gadamer*, Bd. II. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- Windscheid, B. (1906). *Lehrbuch der Pandekten*. Rütten & Loening.
- Zaccaria, G. (1984a). *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*. Giuffrè.
- Zaccaria, G. (1984b). "Precomprensione" e controlli di razionalità nella prassi del giudice. *Riv. dir. civ.*, 30, parte II, 313-321.
- Zaccaria, G. (1989). L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporaneo. *Riv. dir. civ.*, 35, parte I, 323-356.
- Zaccaria, G. (1998). L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporaneo. *Rivista di diritto civile*, 3, 323-356.
- Zaccaria, G. (2019). Dialogando sull'ermeneutica giuridica. In D. Canale, E. Pariotti, B. Pastore (cur.), *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria* (pp. 115-134). Carocci.