

PREMESSA

UNO SGUARDO SULLA COMPLESSITÀ DEL SISTEMA: COSTITUZIONALIZZAZIONE, EUROPEIZZAZIONE, PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ E DIRITTO PRIVATO

La costituzionalizzazione del diritto privato identifica l'insieme di metodologie e di tecniche elaborate, a partire dalla metà del secolo scorso, con la finalità di permeare il sistema civilistico dei principi fondamentali racchiusi nella Costituzione del 1948.

Mentre quel processo si proiettava nel nuovo millennio, generando applicazioni di rilievo¹, un'omologa espressione, formulata in lingua inglese – *the Constitutionalization of Private Law*² –, ha iniziato a pervadere la riflessione dottrinale europea. Il suo riverbero sul diritto nazionale è stato immediato e si è tradotto in una rinnovata riflessione teorica sulla costituzionalizzazione³, sul ruolo dei principi e delle clausole generali⁴ e sui compiti dell'interprete rispetto al potere del legislatore⁵.

La *Constitutionalization of Private Law* non è che la presa di coscienza a livello europeo della non neutralità del diritto privato, come era stato già intuito nella riflessione nazionale degli anni '60 del '900. Tale consapevolezza si colloca, nel

¹ Si pensi alla nota vicenda della risarcibilità dei danni non patrimoniali per lesione dei diritti fondamentali della persona, cfr. Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; Cass., 31 maggio 2003, n. 8827; Cass., 12 maggio 2003, n. 7281; Cass., 12 maggio 2003, n. 7283, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2272 ss.; Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2201 ss.; Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, 2009, I, c. 120 ss.

² Cfr. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights, contract law and protection of the weaker party. A comparative analysis of the Constitutionalization of contract law, with emphasis on risky financial transactions*, Munich, 2007; GRUNDMANN (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law*, The Netherlands, 2008; MICKLITZ (ed.), *The Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014; MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, The Netherlands, 2008; TRSTENJAK-WEINGERL, *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Oxford, 2016.

³ Cfr. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012.

⁴ Cfr. MAZZAMUTO-NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016; D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017.

⁵ LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

nuovo millennio, in uno snodo critico della vicenda europea: quello che segna il passaggio dall'Europa proiettata verso l'unificazione e la regolamentazione del mercato, con l'intento di dare attuazione al modello teorico dell'ordo-liberismo, all'Europa che decide di portare a compimento una strategia inclusiva del personalismo, che si traduce nella volontà di allinearsi agli obiettivi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle tradizioni costituzionali europee. La *Constitutionalisation of Private Law* si rivolge, dunque, al rapporto fra il costituzionalismo europeo e il costituzionalismo degli Stati nazionali visto non nella mera prospettiva costituzionale dei rapporti fra Corte di giustizia, Corte di Strasburgo e corti costituzionali nazionali, ma nell'ottica del diritto privato che viene applicato dal giudice ordinario il quale incarna una sorta di punto di congiunzione fra le corti ai vertici e di ricaduta dei loro attriti.

Al contempo, l'approdo della costituzionalizzazione del diritto privato costituito dalla valorizzazione del ruolo dell'interprete si dimostra il medesimo cui conduce un altro fenomeno parallelo e intrecciato che si compendia nel principio di effettività⁶.

Anche il principio di effettività è stato oggetto della riflessione nazionale già nel vecchio millennio, specie intorno agli anni '80⁷, associato all'obiettivo di assicurare che i diritti e gli interessi giuridicamente rilevanti non fossero meramente declamati, ma rinvenissero nel sistema percorsi di attuazione sostanziale e processuale, secondo quanto richiede l'art. 24 Cost. Ma quel medesimo principio, proclamato dalla Costituzione, si è poi variamente intersecato con il bisogno di colmare vuoti di tutela, intollerabili⁸, quando vengono in considerazione i diritti fondamentali della persona, che sono la sola forza⁹ di chi è in una posizione di debolezza, e ha accompagnato la scelta della Corte di Strasburgo di non limitare l'impegno assunto dagli Stati nazionali al divieto di violazione dei diritti proclamati dalla CEDU, ma di estenderlo al dovere positivo di una loro tutela effettiva. Da ultimo, il principio di effettività si è prospettato quale strumento chiamato ad assicurare l'attuazione del diritto dell'Unione europea nell'incastro ordinamentale con gli Stati nazionali, sino a divenire l'asse portante del potere creativo della giurisprudenza della Corte di giustizia. Il principio di effettività, dunque, si rivolge, di volta in volta, ad un generico bisogno di tutela, ad un'esigenza di tutela imprescindibile e rafforzata, che emana dal rango inviolabile dei diritti della persona, agli obblighi positivi assunti dagli Stati nazionali con la Cedu e, infine, agli obblighi assunti dagli Stati nazionali con la cessione di competenze all'Unione europea. Quando poi le norme dell'Unione europea,

⁶ Cfr. per tutti VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir. Ann.*, 2017, p. 281 ss.

⁷ Cfr. per tutti i due volumi a cura di MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, voll. I e II, Napoli, 1989.

⁸ FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di VITALE, Roma-Bari, 2001, p. 28.

⁹ GRECO, *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in *Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy*, vol. II, 2014, p. 135 ss.

e di riflesso le tecniche dell'uropeizzazione del diritto privato, si sono rivolte non più solo all'obiettivo generale della regolazione e dell'efficienza del mercato, ma hanno inteso abbracciare anche la tutela dei diritti della Carta dell'Unione europea, l'effettività legata al criterio della competenza ha finito per incontrare l'effettività fondata sulla gerarchia assiologica e il sistema ha raggiunto il vertice della sua complessità.

Il riverbero di tali sviluppi del diritto europeo e la tentazione di traslare nel diritto di competenza nazionale le tecniche elaborate dalla Corte di giustizia, nonostante la profonda diversità delle dinamiche istituzionali, si sono tradotti in una rinascita nel dibattito nazionale della costituzionalizzazione del diritto privato non più incentrato sulla funzione ermeneutica dei principi ma, attraverso l'impulso dell'effettività, sulla loro capacità di emanare autonomamente diritto in virtù di una *Drittwirkung*¹⁰ che genera una competizione fra le norme principio e le norme ordinarie e che tende a pervadere le regole dell'autonomia privata.

Dinanzi al dato di una simile complessità, resa evidente anche da questi scarni cenni introduttivi, il primo obiettivo di una riflessione è quello di ricostruire i fili di tante, differenti vicende che, nel succedersi nel tempo, evidenziano non soltanto tratti di continuità insieme ad elementi di rottura e di discontinuità¹¹, ma anche intersezioni e similitudini tra dinamiche ordinarie e istituzionali distinte che, se non vengono attentamente dipanate, rischiano di avvolgere la complessità con una patina lattiginosa che asseconda la tentazione di contrapposizioni nette: fra giudice¹² e legislatore¹³, fra giu-

¹⁰ La ricostruzione della nozione di *Drittwirkung* attraverso gli sviluppi della dottrina tedesca si rinviene perfettamente compendiata nel volume curato da FEMIA, "Drittwirkung": *principi costituzionali e rapporti fra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, in uscita nel 2018, che raccoglie la traduzione dei principali contributi dedicati al tema fra i quali si segnalano in particolare quelli di NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Festschrift für E. Molitor*, a cura di NIPPERDEY, München Berlin, 1962, p. 17 ss.; DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in *Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, a cura di MAUNZ, 1956, p. 157 ss.; CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP*, 1984, p. 201 ss. Sul tema non può ovviamente mancare un richiamo all'Autore cui si deve il merito di aver coniato la fortunata espressione: IPSEN, *Gleichheit*, in F.L. NEUMANN-H.C. NIPPERDEY-U. SCHENER (Hrsg.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1954, p. 143 ss.

¹¹ L'espressione evoca il bel saggio di BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quad. fiorentini*, Milano, 1999, p. 293 ss.

¹² Il binomio giudice-giustizia viene difeso con differenti accenti soprattutto da alcuni Autori: DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 703 ss.; GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 51 ss.; ID., *Dalle "clausole" ai "principi": a proposito dell'interpretazione come invenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 5 ss.; VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 666 ss.

¹³ L'esigenza di certezza del diritto affidata al compito del legislatore è sostenuta soprattutto da IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 3 ss. e da ORLANDI, *Ripartire dalla lentezza*, in *Nuovo diritto civile*, 2016, p. 5 ss.

stizia e certezza, fra Europa¹⁴ e Stati nazionali¹⁵, fra persona e mercato, fra esaltazione ed eclissi del nuovo diritto civile¹⁶.

Ma la complessità deve essere prima di tutto “attraversata”¹⁷, raccontata, compresa, cercando lungo il cammino di svelare le strategie istituzionali e di raccogliere il frutto delle riflessioni contrapposte, nella loro capacità di catturare e di riflettere le diverse prospettive e le molteplici esigenze che emergono da una realtà tanto composita.

Punto di approdo vuole essere la ricerca di un equilibrio dinamico fra giudice e legislatore, nella consapevolezza della diversa logica istituzionale che sovrintende il diritto di competenza dell’Unione europea e il diritto di competenza nazionale; vuole essere la tensione continua verso una metodologia capace non solo di comprendere la complessità ma anche di abbracciare la velocità del reale, senza cedere alle insidie dell’improvvisazione; vuole essere il tentativo di affidare alle categorie civilistiche – in una logica di mutamento incessante e, al contempo, di consapevolezza delle loro potenzialità e dei loro limiti – il compito di tenere insieme economia di mercato e tutela della persona, efficienza e giustizia.

¹⁴ Crede nell’Europa dei diritti, pur senza perdere il rigore del realismo, RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, p. 95, che ravvisa nella posizione di chi avversa la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea una “incomprensibile logica suicida”.

¹⁵ Ritengono che tanto la Corte di Lussemburgo quanto la Corte di Strasburgo diano ingresso alla “cattedrale liberista” (l’espressione è di RODOTÀ, *op. cit.*, p. 97) LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1668 ss.; SALVI, *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani: il problema*, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, cit., p. 1 ss.

¹⁶ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

¹⁷ BRECCIA, *Diritto civile tra frammentazione e unità del sapere*, in *Il diritto civile e gli altri*, a cura di ROPPO-SIRENA, Milano, 2013, p. 425 parla del “metodo giuridico attuale come attraversamento della complessità”.

Parte I

LA COSTITUZIONALIZZAZIONE
DEL DIRITTO PRIVATO
NEL XX SECOLO

CAPITOLO I

LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO E IL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ NEL XX SECOLO

SOMMARIO: 1. Le ragioni che alimentano la prima costituzionalizzazione del diritto privato: spinte oppositive e spinte propulsive. – 2. Principi costituzionali e metodo ermeneutico. – 2.1. Il ruolo dell'argomentazione e il lascito della svolta linguistica. – 2.2. Il metodo ermeneutico, le tecniche della prima costituzionalizzazione e i riflessi istituzionali. L'interprete collaboratore del legislatore e della Corte costituzionale. – 3. I significati dell'effettività nel dibattito del secolo scorso: l'effettività come legittimazione del diritto giurisprudenziale, l'effettività come obiettivo del sistema, l'effettività come potenziamento del metodo. – 4. La responsabilità civile: campo elettivo per una perfetta congiunzione tra principio di effettività, costituzionalizzazione e metodo giuridico. – 5. La dottrina tedesca sulla *Drittwirkung* e le classificazioni della *Drittwirkung*. – 6. Chiarimenti e possibili fraintendimenti in merito alla *Drittwirkung* e alle sue connessioni con il principio di effettività.

1. *Le ragioni che alimentano la prima costituzionalizzazione del diritto privato: spinte oppositive e spinte propulsive*

All'indomani della caduta del fascismo e dell'approvazione della Carta costituzionale il diritto privato viene attraversato da mutamenti radicali sul piano dell'ideologia, delle fonti e del metodo giuridico. Tale complessivo dinamismo converge in quella che oggi possiamo definire la "prima costituzionalizzazione" del diritto privato.

La spinta iniziale del fenomeno fu di tipo oppositivo.

La costituzionalizzazione¹ servì a contestare la tesi di una presunta neutralità del diritto privato, rivendicata dai fautori dell'abrogazione della clausola di buona fede, i quali lamentavano la contaminazione della clausola con i principi del corporativismo fascista². Ma l'ideologia del fascismo era decisamente tramontata e la battaglia per la neutralità sposata dai civilisti degli anni '60 aveva un sapore radicalmente difforme da quella combattuta negli anni '40 nel pieno fiorire del

¹ Cfr. U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu e Messineo, XVI, t. I, Milano, 1974 e in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 164 ss.; RODOTÀ, *Il principio di buona fede e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1965, I, p. 149 s.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1964, p. 124 ss.

² GIUS. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 412.

regime³. All'epoca della ricostruzione, la presunta neutralità del diritto privato celava ben altre ragioni che la lotta al fascismo: serviva a preservare l'identità liberal-borghese sottesa alla costruzione tradizionale delle categorie civilistiche. Era, infatti, l'ideologia liberista ad alimentare "una concezione [del] diritto politicamente *neutrale*"⁴ per una società apolitica che domanda[va] allo Stato soltanto la garanzia dei presupposti formali necessari perché le scelte individuali [potessero] comporsi in equilibri spontanei regolati dalla mano invisibile delle leggi naturali dell'economia"⁵.

Svelato il volto ipocrita della presunta neutralità e rivendicato il peso dell'ideologia e della politica del diritto⁶ non solo nell'opera del legislatore, ma anche in quella dell'interprete⁷, la difesa della clausola di buona fede si fece portavoce del bisogno di spezzare l'identità vetero-liberista delle categorie civilistiche per affidare al diritto privato – attraverso il raccordo fra buona fede e principi costituzionali⁸ – il compito di dare attuazione a quell'ideologia⁹ personalista e solidarista¹⁰ che aveva ispirato la prima parte della Costituzione: quella nella quale si erano riversate le principali attese e speranze del pensiero socialista, comunista e cattolico¹¹.

³ SANTORO-PASSARELLI, *Introduzione a I principi generali del diritto*, Atti dei Convegni Lincei (Roma, 27-28 maggio 1991), Roma, 1992, p. 7 ricorda che "nel maggio 1940 [...] si tenne a Pisa un convegno [su] «Formulazione legislativa dei principi generali del diritto»" e che l'opposizione della dottrina a tali principi impedì che "il codice civile del 1942 [fosse] corrispondente alle idee politiche del tempo".

⁴ Il corsivo è aggiunto.

⁵ Così MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, 1974, p. 337 ss., ora in *Metodo e teoria giuridica*, t. I, a cura di CASTRONOVO-ALBANESE-NICOLUSSI, Milano, 2011, p. 149 ss. e spec. p. 152.

⁶ Nasce negli anni '70 su iniziativa di Stefano Rodotà la rivista "Politica del diritto".

⁷ MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, cit., p. 149 ss.

⁸ U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 166 ss.; RODOTÀ, *Il principio di buona fede e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, cit., p. 149 s.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 124 ss.

⁹ Cfr. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di ideologia e diritto*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 525, secondo cui l'ideologia "(oggettiva) che emerge dai principi generali del nostro ordinamento e, quindi, dalla Costituzione, cui il legislatore ordinario e l'interprete (chiunque esso sia) dovrebbe sapersi adeguare [si identifica con] la scelta [...] del «sociale», cui la Carta del 1948 è ispirata".

¹⁰ U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 167.

¹¹ "È opinione diffusa – scrive DENTI, *Il potere giudiziario*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma, 1979, p. 173 – che le forze politiche di sinistra abbiano impegnato le loro forze e ottenuto i maggiori successi nell'elaborazione della prima parte della Carta [...] trascurando con «straordinaria miopia politica» la parte più propriamente istituzionale". La tesi è ricondotta al pensiero di UGO RESCIGNO di cui si riporta integralmente un lungo passaggio – ripreso qualche anno dopo anche da BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 687 ss., ora in *Immagine del diritto privato. I. Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, p. 80 –: "L'istinto sicuro della borghesia ha lasciato alle sinistre cattoliche (i Dossetti, i La Pira) e ai socialisti e ai comunisti la parte ideologica e fumosa, la confezione delle speranze e delle illusioni, e si è riservata per sé la parte corposa, effettiva, essenziale, la configurazione dello Stato come apparato di dominio".

Alla spinta oppositiva, contro la neutralità del diritto privato e, in realtà, contro un'ideologia puramente liberista, si unì la spinta propulsiva costituita dal riconoscimento dell'efficacia precettiva¹² e non meramente programmatica delle norme costituzionali, definite quali "disposizioni di principio"¹³, cioè "norme-principio che non si differenziano dalle norme-regola per la struttura, ma per l'efficacia: [...] il loro modo di applicazione non è la tecnica logico-formale della sussunzione, ma la logica tecnico-pratica del bilanciamento dei beni o degli interessi protetti"¹⁴.

Elemento identificativo della prima costituzionalizzazione è, dunque, l'attribuzione ai principi costituzionali di un'immediata efficacia precettiva, che si accompagna, tuttavia, all'idea di una peculiarità delle norme-principio che consente loro solo di pervadere il contenuto delle altre norme, attraverso l'interpretazione conforme, o di orientare in chiave assiologica le clausole generali¹⁵.

Si distacca dall'orientamento dominante solo il pensiero di un Autore¹⁶ che reputa le norme costituzionali "norme uguali alle altre", giungendo ad un'impostazione che i tedeschi avrebbero qualificato come *Drittwirkung* diretta e immediata¹⁷.

Il riferimento alla Costituzione, dunque, inizia ad assecondare, tramite soluzioni che impostano in maniera profondamente diversa il rapporto con il principio di legalità e di democraticità, quel bisogno di avvicinamento del diritto alle istanze di giustizia e di aderenza alla concretezza della vita reale¹⁸, di cui già tanti orientamenti tra la fine del XIX sec. e gli inizi del XX sec. si erano fatti interpreti in Europa¹⁹.

¹² Cfr. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 268, che riconosce il merito della conquista (ID., *op. cit.*, p. 261) ad Adolf Merkl.

¹³ Così CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *Scritti in memoria di Cosattini*, Università di Trieste, 1948, p. 21 ss.

¹⁴ MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 326.

¹⁵ Peraltro, in maniera del tutto inspiegabile, uno dei principali fautori del ruolo dei principi nell'interpretazione delle norme, MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 9, spezza la connessione con i principi proprio rispetto alla clausola di buona fede che, nell'affidare all'interprete il compito della concretizzazione, ha, viceversa, più che mai bisogno di un orientamento di tipo assiologico governato da una fonte positiva, come la Costituzione, e che dunque ha più che mai bisogno – diversamente da quanto sostiene l'Autore – delle "stampelle costituzionali".

¹⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, la cui prima edizione è del 1983, ma è uno sviluppo del corso *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, edito per i tipi della Jovene. L'opera è stata poi nuovamente pubblicata e rielaborata con successive edizioni per i tipi della Esi sino a giungere ai due volumi: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2006.

¹⁷ V. *infra* par. 5.

¹⁸ Non è un caso che in Germania – già nel primo decennio del secolo scorso – si era affidato alla clausola di buona fede e al par. 242 del BGB il compito di dar voce alle istanze rivendicate dalla giurisprudenza degli interessi.

¹⁹ V. *infra* note nn. 22, 23, 24, 25.

2. Principi costituzionali e metodo ermeneutico

2.1. Il ruolo dell'argomentazione e il lascito della svolta linguistica

La presa di coscienza del valore non meramente programmatico dei principi costituzionali ha operato sotterraneamente quale impulso ad un possibile ingresso in campo giuridico²⁰ della metodologia ermeneutica.

Il metodo ermeneutico, che ha visto nella civilistica il sostegno soprattutto di un Autore²¹, aveva la potenzialità di raccogliere molte delle sollecitazioni che diverse correnti di pensiero – dalla coscienza critica francese di Saleilles e di Geny²² alla giurisprudenza degli interessi in Germania²³, sino all'antiformalismo del movimento del libero pensiero²⁴ e alle tante correnti del realismo giuridico²⁵ – avevano elaborato in contrapposizione al metodo tradizionale, vale a dire, al metodo cognitivista e intenzionalista, che aveva tramutato l'interpretazione in esegesi²⁶ e aveva abbracciato l'illusione della completezza dell'ordinamento normativo.

²⁰ L'ermeneutica applicata in ambito giuridico è chiaramente tributaria dell'ermeneutica filosofica sulla cui complessa articolazione cfr. MURA, *Ermeneutica e verità. Storia e problemi della filosofia dell'interpretazione*, Roma, 1997 (2^a ed.), p. 9 ss.

²¹ Cfr. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, *passim*.

²² A SALEILLES, *Le code civil e le méthode historique*, in *Le code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Paris, 1904, p. 100 e 126 si deve la prima critica all'intenzionalismo e la difesa del metodo storico-evolutivo, che cerca di rendere flessibile il testo normativo. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, nn. 35-36, per converso, inizialmente, rappresenta il sistema come necessariamente incompleto e tale da dover coinvolgere altre fonti a partire dalla consuetudine, poi ID., *Science et technique en droit privé positif*, Paris, 1924, II, p. 380 ss., tende sempre più a evidenziare "i limiti della legge" "che in quanto autorità umana ha in sé la possibilità dell'errore" e su tale presupposto potenzia il ruolo dell'interprete sino ad evocare il diritto naturale. Sul pensiero dei due Autori cfr. da ultimo GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma, 2007, p. 186 ss.

²³ Alla *Interessenjurisprudenz* si devono: il passaggio dal metodo deduttivo al metodo induttivo, l'idea secondo cui la norma decide "un conflitto di interessi" sicché esprime "un giudizio di valore" e la critica della presunta completezza dell'ordinamento. All'interno di tale orientamento si ascrivono posizioni assai diversificate che vanno dalla moderata scuola di Tübingen – con HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Arch. Civ. Prax.*, 1914, p. 1 ss.; ID., *Begriffjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, *passim*, secondo cui il giudice è "egli stesso un creatore di norme [è] un aiutante del legislatore [ma] ad esso [è] subordinato" (ID., *op. ultt. citt.*, par. 53-55), e con RÜMELIN, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1912 – alle posizioni antiformaliste di EHRlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*, *Rekto-ratsrede*, 1907; ID., *Die Juristische Logik*, 1917 e di STAMPE, *Rechtsfindung durch Konstruktion*, in *JZ*, 1905, p. 417, che non esclude il potere del giudice di disapplicare la legge.

²⁴ Il Manifesto del movimento si deve a KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (*La lotta per la scienza del diritto*), che lo pubblica con lo pseudonimo di Gnaeus Flavius.

²⁵ Cfr. RADIN, *Legal Realism*, in *Columbia Law Review*, 1931, p. 824 ss. Sul realismo giuridico cfr. altresì le belle pagine di TARELLO, *Il realismo giuridico nordamericano*, Milano, 1962, p. 69 ss.

²⁶ Tale illusione veniva al più corretta dal razionalismo tanto nella scuola esegetica francese quanto nella giurisprudenza dei concetti tedesca (da Savigny a Puchta a Windscheid).

Quell'illusione, in realtà, prima ancora che si delineasse la metodologia ermeneutica, era stata già infranta dall'approccio analitico²⁷, che aveva convertito l'idea della completezza in quella di un ordinamento completabile attraverso un procedimento logico-linguistico che restava tutto interno al sistema normativo e, dunque, non intaccava il principio di sovranità né quello di "ragionevole calcolabilità" giuridica.

Il fondamentale apporto della c.d. "svolta linguistica"²⁸ fu quello di prospettare, a partire da Popper²⁹, la funzione argomentativa³⁰ come criterio di validità³¹.

Il suo principale limite si dimostrò la difficoltà di dirimere la scelta sulla migliore "fra [l]a serie di interpretazioni semanticamente possibili"³² e nel contribuire ad una reale evoluzione del sistema, dando una congrua risposta metodologica alla c.d. svolta ordinamentale³³, costituita in prima battuta proprio dall'acquisita precettività dei principi costituzionali.

Dire che l'interpretazione preferibile sia quella che "meglio" è in grado di mediare il rapporto tra norma e fatto³⁴ non risolve il problema di cosa stabilisca il "meglio".

Dire che l'interpretazione preferibile sia quella che vince nella competizione procedimentale fra giustificazioni e controgiustificazioni³⁵ non determina se l'esito della procedura derivi dal puro consenso³⁶ o abbia comunque bisogno di un appiglio sostanziale.

Dire che l'interpretazione preferibile sia quella che, attraverso una determinata procedura, offre i migliori argomenti in termini di logica e di razionalità del sistema non consente di far evolvere il sistema, se la sua razionalità non riconosce la variabile dell'evoluzione del medesimo nell'impatto fra i valori sottesi ai principi e i fatti.

La svolta ordinamentale impone³⁷, viceversa, di associare alla razionalità logi-

²⁷ GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione*, Torino, 2015, t. I, pp. 53 ss. e 76 ss.

²⁸ SCHLICK, *La svolta della filosofia*, 1930; RORTY, *La svolta linguistica. Tre saggi su linguaggio e filosofia*, Milano, 1994, p. 28.

²⁹ POPPER, *Epistemologia senza conoscente* (1967), ora in *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evolutivista*, Roma, 1975, p. 149 ss.

³⁰ GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 62 ss.

³¹ "Sono gli argomenti pro e contro – GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 64 – che razionalizzano i problemi; alla cui soluzione si perviene tanto che si tratti delle scienze come per le discipline umanistiche, per congetture e confutazioni".

³² GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 88.

³³ GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 110 ss.

³⁴ L'idea di HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, p. 252 ss.

³⁵ La tesi di ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, p. 145 ss.

³⁶ PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, presentazione di Giuliani, a cura di CRIFÒ, Milano, 1979, p. 244 ss.

³⁷ Questo è vero in teoria, poiché, in realtà, sia il metodo ermeneutico sia il metodo analitico non hanno avuto moltissimi seguaci nell'ambito della civilistica.

ca una razionalità anche assiologica, di cui si è fatto, per l'appunto, interprete il metodo ermeneutico.

2.2. *Il metodo ermeneutico, le tecniche della prima costituzionalizzazione e i riflessi istituzionali. L'interprete collaboratore del legislatore e della Corte costituzionale*

Se alla svolta linguistica si deve il merito indiscusso di aver collocato il *focus* dell'interpretazione nell'argomentazione e nel ragionamento giuridico, sicuro merito del metodo ermeneutico è aver riempito di contenuti l'argomentazione³⁸, garantendo al sistema una capacità di evolvere costantemente, sotto l'impulso del rapporto tra fatto e valori. Spetta, dunque, all'interprete il compito di ricostruire, attraverso tale stimolo, una nuova coerenza e razionalità del sistema che faccia evolvere l'insieme delle regole allentando le maglie della loro cornice linguistica.

La riflessione che maggiormente ha influenzato l'ermeneutica giuridica è quella di Gadamer che proprio nell'impatto tra fatto e valore ha ravvisato il motore del circolo ermeneutico costituito dalla precomprensione. "La precomprensione è, nel senso di Gadamer, conoscenza positiva, se pur provvisoria, del problema in gioco, che mette in movimento e fa progredire l'intero processo del comprendere [e che] non si risolve in immotivato e precostituito pregiudizio soggettivo, a patto di saper conservare le sue prerogative di potenzialità aperta e di progetto dinamico, che accetta di misurarsi da un lato con le difficoltà del testo giuridico e dall'altro con le specificità del caso singolo"³⁹.

Il primo strumento che depura la precomprensione dal soggettivismo sono proprio i principi costituzionali e l'immagine che degli stessi rilancia il sistema reso ad essi conforme.

Ma la spinta ad intrecciare una nuova relazione fra principi e sistema deriva dalla forza del fatto, dal problema – ossia il caso reale, per il giudice, e il caso pensato per l'interprete⁴⁰ – ed è grazie alla centralità riconosciuta al fatto che l'ermeneutica riesce a recepire le sollecitazioni del giusrealismo, con quella consapevolezza della unicità e al tempo stesso non unicità del caso: "i giudici sono realisti quando sono consapevoli che a loro si richiede di fondare i loro giudizi su eventi unici ai quali sono interessati esseri umani individuali che non sono interscambiabili. Sono realisti quando si rendono conto che né l'evento né l'individuo sono in realtà unici, che entrambi sono in larga parte condizionati da gruppi e sequenze che ricorrono frequentemente. E di nuovo sono realisti quando hanno coscienza di quelli che probabilmente saranno i risultati del

³⁸ Cfr. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., p. 28.

³⁹ Cfr. VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 1999, p. 232.

⁴⁰ MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., p. 37.

loro giudizio, sia per gli esseri umani concreti che l'hanno sollecitato sia per gli altri che potrebbero essere indirizzati dal loro esempio”⁴¹.

La sostituzione, alla tecnica della sussunzione e del sillogismo, del circolo ermeneutico animato da fatto e valori raccoglie gli stimoli del giusrealismo, ma si sottrae alle tentazioni dell'antiformalismo, poiché filtra quella spinta attraverso il dato normativo, mediato dal linguaggio giuridico, che si offre non come un parametro statico ma come espressione di una razionalità da mettere in relazione con il nuovo problema e con il piano dei valori e da sottoporre ad una incessante riorganizzazione razionale e ad un processo evolutivo ininterrotto. Il sistema è inteso come sistema “aperto”: è “un modo di riflettere su cose nuove mettendole in relazione con quelle già conosciute”⁴²; è l'impulso a creare una nuova razionalità logica e assiologica, tenendo conto del bisogno di garantire una “coerenza in vista della decisione di altri casi”⁴³.

Dunque è proprio la dialettica fra quelle tre dimensioni – fatto, valori e sistema – che riempie di contenuti l'argomentazione, identificando l'interpretazione preferibile in quella meglio capace di adeguare il piano reale alle istanze costituzionali, garantendo una nuova coerenza logica al sistema.

In tal modo, il metodo ermeneutico raccoglie l'eredità del metodo analitico nel costante sforzo ricostruttivo di una razionalità del sistema, si salda perfettamente con la svolta ordinamentale di tipo costituzionale e riesce a convogliare – tramite l'interazione fra metodo problematico⁴⁴ e metodo dogmatico⁴⁵ – dentro la forma del diritto quel bisogno di permeabilità rispetto alla dimensione reale e ai bisogni di giustizia che, nel primo novecento, aveva ispirato per lo più correnti antiformaliste⁴⁶. Quanto al ruolo della dogmatica, esso è proprio quello della nuova razionalizzazione del sistema, che serve: al”l'esigenza di giustizia, che vuole trattamento uguale dei casi oggettivamente uguali, e [al]l'esigenza politica di certezza del diritto (almeno in una certa misura), cioè di stabilizzazione delle aspettative sociali di comportamenti individuali e di gruppo”⁴⁷.

Il diffondersi dell'ermeneutica, nel secolo scorso, non ha impedito alcune ondate di antiformalismo, come negli anni '70 l'uso alternativo del diritto⁴⁸, ma

⁴¹ RADIN, *Legal Realism*, cit., p. 824.

⁴² Sono parole di MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, cit., p. 92 che richiama il pensiero di Lenders e di Hartmann.

⁴³ LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, p. 19, sempre ripreso da MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, cit., p. 95.

⁴⁴ MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, cit., p. 79 ss. attribuisce il merito di aver portato l'attenzione sul metodo problematico al manifesto antidogmatico di THEODOR VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, (1953), trad. it. Milano, 1962, p. 35 ss.

⁴⁵ MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., p. 53.

⁴⁶ V. *supra* note nn. 23 e 24.

⁴⁷ MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, cit., p. 96.

⁴⁸ Sul tema cfr. P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*. I. *Scienza giuridica e analisi marxista*; II. *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973. Cfr. altresì la ricostruzione di

si è trattato di alcuni fuochi fatui che, dopo aver “prodotto non pochi effetti rovinosi”⁴⁹, si sono ben presto dileguati.

L'ermeneutica, al contrario, ha prodotto molti frutti, riuscendo a collocare il potere creativo dell'interprete dentro il principio di legalità e in subordine rispetto ad esso, secondo l'idea, quasi la “profezia”, di un giudice “creatore di norme [...], aiutante del legislatore [ma] ad esso *subordinato*”⁵⁰. “Al legislatore – scrive, analogamente, Mengoni⁵¹ – non spetta [più] un monopolio, ma soltanto una prerogativa nella formazione del diritto. Con ciò si riconosce che pure il giudice partecipa alla formazione del diritto, ma in pari tempo si precisa che tale attività non è libera, bensì *sottomessa* alla legge. Anche chi riconosce, e in certo senso è vero, che l'argomentazione giuridica e l'argomentazione politica hanno la medesima struttura, deve sempre riconoscere che la prima si distingue dalla seconda in quanto il giurista è strettamente vincolato alle decisioni del potere legislativo”.

L'interprete viene così indotto a calare nelle categorie civilistiche⁵² e nella ricostruzione del significato delle norme i principi costituzionali, permeando di essi il sistema legale e colorando in chiave assiologica le clausole generali, ma sempre nel rispetto del ruolo che a tali clausole era assegnato dal principio di legalità, tutt'al più ampliando il ruolo della buona fede dalla funzione interpretativa a quella integrativa⁵³.

Con il metodo ermeneutico il giudice non è più bocca della legge né è puramente intrappolato nella scelta semantica e in una statica razionalità del sistema, ma dà voce nella legge e attraverso la legge ai principi costituzionali e al bisogno di giustizia concreta che emana dai casi.

Si delineano, in tal modo, gli strumenti tecnici della prima costituzionaliz-

MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di NIVARRA, Milano, 2008, p. 147 ss. e il nostro, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, p. 607 ss.

⁴⁹ MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, cit., p. 101.

⁵⁰ HECK, *Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz*, cit., per. 52-53.

⁵¹ MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., p. 25 s.

⁵² Il ripensamento delle categorie civilistiche alla luce dei principi costituzionali non ha coinvolto nel secolo scorso solo il diritto delle persone e della famiglia, ma anzi ha primariamente riguardato proprio i tradizionali istituti patrimoniali: la proprietà (cfr. U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1976, p. 32 ss. e RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1^a ed. 1971; e 2^a ed. 1981); la responsabilità civile (cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; BUSNELLI-BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978); il contratto (su cui cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, 1961, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo, Milano, 1984, p. 33 ss.; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit. p. 132 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, spec. p. 13 ss.; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 42 ss.). Fortissima l'attenzione per l'argomento costituzionale di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, *passim*; ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005 e v. *supra* nota n. 16.

⁵³ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 178 ss.

zazione del diritto privato che si identificano: nella revisione dogmatica delle categorie civilistiche; nell'uso delle clausole generali e nell'interpretazione adeguatrice alla Costituzione⁵⁴.

Il riflesso istituzionale di tale metodologia è, innanzitutto, quello di una collaborazione dell'interprete (il giudice, e prima ancora la dottrina), con l'opera del legislatore, che si traduce tanto nella concretizzazione delle clausole generali, quanto in un plasmare e adeguare le categorie e le disposizioni alle istanze dettate dai principi.

Il consolidarsi poi di interpretazioni adeguatrici⁵⁵, attraverso condivisioni legate alla forza argomentativa e all'autorevolezza della ricostruzione, generano quella nozione di diritto vivente che costruisce un'ulteriore collaborazione fra giurisprudenza ordinaria e Corte costituzionale, che non si limita più a giudicare la legittimità delle disposizioni di legge, ma a valutare la conformità ai principi delle norme frutto del diritto vivente⁵⁶.

⁵⁴ Fa eccezione, come già segnalato, il pensiero di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., p. 417; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 90 ss., orientato verso la più incisiva tecnica della *Drittwirkung* diretta e immediata.

⁵⁵ Cfr. sul tema fra i tanti R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; DOLSO, *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, a cura di BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI, Napoli, 2009, p. 1305 ss.; LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.federalismi.it*, 16/2007; ID., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. Ann.*, vol. IX, Milano, 2016, p. 391, ss.; PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in *Scritti in onore di L. Carlassare. IV. Dei giudici e della giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, p. 1523 ss.; ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, a cura di CARNEVALE-COLAPIETRO, Torino, 2008, p. 89 ss.; SCIARABBA, *L'"interpretazione conforme" tra sindacato diffuso (su "norme") e ipotesi di "graduazione della costituzionalità": spunti di riflessione*, in AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di BINDI-PERINI-PISANESCHI, Torino, 2008, p. 481 ss.; SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, *passim*.

⁵⁶ Sulle diverse concezioni del diritto vivente cfr. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 449 ss.; PUGIOTTO, *Sindacato di legittimità e «diritto vivente»*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, p. 355 ss.; ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 1158 ss.