

## Res iudicata

*Figure della positività giuridica  
nell'esperienza contemporanea*

a cura di

CLAUDIO SARRA E DANIELE VELO DALBRENTA





## *JusQuid* sezione scientifica

Nella *Sezione scientifica* della Collana *JusQuid* sono pubblicate opere sottoposte a revisione valutativa con il procedimento in «doppio cieco» (*double blind peer review process*), nel rispetto dell'anonimato dell'autore e dei due revisori.

I revisori sono professori di provata esperienza scientifica, italiani o stranieri, o ricercatori di istituti di ricerca notoriamente affidabili. Il revisore che accetti l'incarico di valutazione, formula il suo giudizio tramite applicazione di punteggio da 1 a 10 (sufficienza: 6 punti) in relazione ad ognuno dei seguenti profili: struttura (coerenza e chiarezza dell'impianto logico, metodologia); riferimenti normativi, dottrinali e giurisprudenziali; correttezza espositiva; argomentazione critica e propositiva; bibliografia; rilevanza scientifica nel panorama nazionale (e internazionale, se ricorre l'esigenza relativa a questo profilo). Precisa se l'opera sia pubblicabile senza modifiche o previo apporto di modifiche, o se sia da rivedere, oppure da rigettare, e comunque dà opportune indicazioni.

Nel caso di giudizio discordante fra i due revisori, la decisione finale sarà assunta dal direttore responsabile della Collana e dal comitato scientifico, salvo casi particolari in cui il direttore medesimo provvederà a nominare un terzo revisore cui rimettere la valutazione dell'elaborato. Le valutazioni sono trasmesse, rispettando l'anonimato del revisore, all'autore dell'opera. L'elenco dei revisori e le schede di valutazione sono conservati presso la sede della Collana, a cura del direttore.

Il termine per lo svolgimento dell'incarico di valutazione accettato è di venti giorni, salvo espressa proroga, decorsi i quali, previa sollecitazione e in assenza di osservazioni negative entro dieci giorni, il direttore della Collana e il comitato scientifico, qualora ritengano l'opera meritevole, considerano approvata la proposta. A discrezione del direttore responsabile e del comitato scientifico sono escluse dalla valutazione opere di indubbia meritevolezza o comunque di contenuto da ritenersi già adeguatamente valutato in sede accademica con esito positivo, per esempio scritti pubblicati su invito o di autori di prestigio, atti di particolari convegni, opere collettive di provenienza accademica.

## *JusQuid* sezione scientifica

Comitato scientifico

Paolo Benciolini, Lorenza Carlassare, Marcello M. Fracanzani, Manuela Mantovani, Elisabetta Palermo Fabris, Paolo Patrono, Silvio Riondato, Rino Rumiat, Daniele Rodriguez, John A.E. Vervaele, Paolo Zatti

Direttore responsabile

Silvio Riondato

- E. Pavanello, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico*, 2012 (e-book).
- S. Riondato (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, 2012.
- L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminosi internazionali*, 2012.
- S. Riondato, R. Alagna (a cura di), *Diritto penale della Repubblica di Turchia. Criminal Law of the Republic of Turkey*, 2012.
- R. Borsari, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa. Dai casi in materia di pubblici appalti*, 2012.
- C. Sarra, D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, 2013.
- R. Alagna, S. Riondato (a cura di), *Studi sulla riforma penale post-socialista. Studies on the Criminal Law Reform in the Post-Soviet Countries*, 2013.
- R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, 2013.

Prima edizione 2013, Padova University Press

Titolo originale

Res iudicata

*Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*

© 2013 Padova University Press

Università degli Studi di Padova

via 8 Febbraio 2, Padova

[www.padovauniversitypress.it](http://www.padovauniversitypress.it)

Redazione

Francesca Moro

Progetto grafico

Padova University Press

Immagine di copertina

*“Collegio dei dottori giuristi padovani che rende parere al Doge”*. Dall'affresco di Gino Severini nella Sala della Facoltà di Giurisprudenza - Palazzo del Bo, Padova.

ISBN 978-88-97385-72-1

Tutti i diritti di traduzione, riproduzione e adattamento, totale o parziale, con qualsiasi mezzo (comprese le copie fotostatiche e i microfilm) sono riservati.

Res iudicata

*Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*

a cura di

Claudio Sarra e Daniele Velo Dalbrenta





Indice

CLAUDIO SARRA E DANIELE VELO DALBRENTA Introduzione	p. 9
STEFANO BERTEA Ragionamento giudiziale e positività del diritto	p. 15
MAURIZIO BIANCHINI Positivismo e no nel diritto dell'impresa nel «tempo dell'economia»: a proposito dei fondamenti dell'abuso dell'autonomia contrattuale (con particolare riguardo ai rapporti «B2C»)	p. 33
RICCARDO BORSARI La «revisione europea» del giudicato penale paradigma della complessità del diritto penale postmoderno	p. 123
ALESSANDRO CALEGARI Il ricorso incidentale «interdittivo» alla ricerca di una disciplina di diritto positivo, tra contrastanti pronunce del Consiglio di Stato, della Cassazione e della Corte di giustizia	p. 157
PAOLO MORO Sul valore topico del precedente giudiziale	p. 177
FEDERICO REGGIO <i>Auctoritas cum veritate pugnare non potest?</i> Riflessioni su positività giuridica e diritto vivente a confronto con il pensiero di Giambattista Vico	p. 209
CLAUDIO SARRA <i>Obiter posita</i> . A margine di un caso esemplare di giurisprudenza normativa	p. 247
ALBERTO TEDOLDI Processo civile e giudicato «alla deriva»	p. 273
DANIELE VELO DALBRENTA Spettri normativi. Profili critici della responsabilità penale da esposizione del lavoratore ad amianto nell'ordinamento giuridico italiano	p. 297
<i>Nota sugli autori</i>	p. 341





## *Introduzione*

In un recente e importante contributo sul tema dell'abuso del diritto, Aurelio Gentili scrive:

«Inutile continuare a difendere il vecchio metodo: si è sconfitto da sé. Se l'argomento dell'abuso è nato, se prospera, è perché l'idea giuspositivistica di esaurire il diritto nella legge si è rivelata utopistica fino all'ingenuità [...] Ma è lecito chiedersi che cosa garantisca che un argomento come l'abuso, che anche quando derivato da principi codificati fa tanto appello alla giustizia («è un abuso!»), non sia solo copertura retorica di un punto di vista. Non basta infatti un argomento: ci vuole un buon argomento. E l'argomento dell'abuso non è necessariamente buono per coloro per i quali non sia emotivamente o ideologicamente desiderabile la scelta che nel caso concreto esso propone»<sup>1</sup>.

Il «vecchio metodo», si capisce, è quello che consegue all'ipotesi riduzionistica, riconosciuta come ingenua utopia nel testo, e che esclude dal novero del giuridicamente rilevante tutto quanto non possa vedersi chiaramente e distintamente contenuto in un testo normativo, in una «fonte» del diritto, pure limpidamente individuata e collocata assieme alle consorelle nel cosmo ordinato del sistema giuridico.

In quell'universo, il diritto è «oggettivo», si staglia di fronte all'interprete iniziato agli studi giuridici, con una consistenza ed una nettezza di rapporti tra le parti perfettamente descrivibili e rappresentabili nello specchio della conoscenza scientifica. Quest'ultima, appannaggio della *scientia maior* dei giuristi dogmatici, riflette il proprio oggetto nel nitore di concetti giuridici che, si assume, aleggiano nello «spirito» delle norme, sovrastando imperturbabili gli affanni della pratica confusa dei fori.

Lo stile accademico del giurista si personalizza, discetta di un «ordinamento che è», «che fa», «che dispone», «che ammette», «che non ammette», «che stabilisce», «che vuole», «che premia», «che giudica», «che punisce», come se, appunto, egli stia osservando il dinamismo autonomo di una realtà che si muove dinanzi ai suoi occhi contemplanti. La licenza per usare siffatte figure retoriche, financo nei severi scritti dei giuristi, deriva dal fatto che, in quel contesto teorico, il diritto è, in effetti, ritenuto

<sup>1</sup> A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, in V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia ed ambiti disciplinari*, ETS, Pisa 2012, 149-186 (cit. p. 186).

to avere la consistenza tipica dei fenomeni osservabili, è un *positum*. E quand'anche si ammetta la legittimità di interrogarsi sull'opportunità di certe regolazioni, sulla loro moralità, o sulla giustizia che contribuiscano a realizzare o a negare, si ritiene tuttavia che tali discorsi *habeant sua sidera*. Essi si collocheranno semmai in una prospettiva *de iure condendo*, come altrettanti *desiderata*, ma laddove siano pronunciati in luogo della corretta dichiarazione dei *posita* normativi, saranno condannati come uno stravolgimento ideologico ed una negazione del diritto *tout court*.

Il *positum*, in questa mentalità, separa il soggettivo dall'oggettivo, l'aspettativa dalla realtà, la regola propriamente giuridica da ogni altro tipo di regola sociale, morale, religiosa che concorra ad orientare i comportamenti dell'uomo, le opinioni e i desideri dei singoli dal *dato* (normativo) ritenuto, in ipotesi, riscontrabile da chiunque purché in possesso del «metodo giuridico».

Questa funzione di regolazione dei confini spetta al *positum* in quanto, in primissimo luogo, esso segna un limite primigenio: quello tra il discorso del legislatore e quello di qualunque interprete, sia esso lo studioso, il giudice, l'avvocato, l'operatore amministrativo o il *quivis e populo*. Molti presupposti teorici e metodologici dipendono dall'attribuzione di questo ruolo alle norme *positive*, come pure molti valori della cultura moderna in quanto si assuma che essi esprimano una forma di razionalità del sistema e non le preferenze di chi ne parla: la distinzione tra l'attività di *condere legum* e la *iurisdictio*, l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, la separazione tra diritto e morale, i valori connessi alla laicità, l'eguaglianza di trattamento, anche nel senso della *ragionevolezza*, solo per dirne alcuni.

Ma quand'è, precisamente, che una norma può dirsi *posita*? Poiché, infatti, da tempo ormai si ritiene unanimemente che la «norma» sia il significato di un testo<sup>2</sup>, in che senso essa mostrerebbe quell'evidenza oggettiva alla base del «metodo giuridico» comunque lo si intenda?

Senza entrare, in queste note introduttive, nell'assai complesso ambito delle teorie del significato, e dell'interpretazione giuridica, possiamo comunque intendere il concetto di norma-significato, minimalmente, come alcunché di natura intelligibile che, come tale, non si identifica con la materialità dei testi scritti che si assume lo esprimano<sup>3</sup>.

Vi è, in altri termini, una differenza tra il testo e il suo significato: tra la «disposizione» e la «norma» giuridica, come si suol dire, vi è una *distanza*. La norma emerge sempre dopo un'attività di lettura, comprensione ed elaborazione del testo, una *interpretazione*, che tuttavia, ammette esiti e possibilità di costruzione concettuali non necessariamente univoci, né, spesso, condivisi.

<sup>2</sup> «La norma non «ha» un significato, per la buona ragione che «è» (null'altro che) un significato», cfr. G. Tarello, *Il «problema dell'interpretazione»: una formulazione ambigua*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1966, pp. 348-357 (cit. p. 353).

<sup>3</sup> Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2001<sup>3</sup>, pp. 320-325 e *passim*.

Ma c'è qualcosa di più.

La natura della norma come significato, comunque si intenda questo concetto, in quanto struttura intelligibile, implica la sua comunicabilità, o, per lo meno, la sua dicibilità. Sennonché, questo significa che l'unico modo in cui il significato di un testo può mostrarsi è quello di essere espresso in *un altro testo*, che a sua volta sarà oggetto di interpretazione per poter comunicare alcunché, in una dinamica potenzialmente ricorsiva. Così, ciò che si è assunto essere il significato di un testo giuridico normativo, e, dunque, la norma, viene «detto» nel contesto di utilizzo e si sostanzia, quindi, in un ulteriore discorso che chi lo riceve deve decodificare e, perciò, ancora, interpretare.

Almeno a partire dalla polemica Ehrlich/Kelsen, troppo spesso sbrigativamente ridotta alla contrapposizione tra approccio sociologico (basato sui fatti) e approccio normativistico (basato sulle norme), si è in realtà resa manifesta un'incrinatura alla base stessa del metodo giuspositivistico: per quanto ci si adoperi nella formalizzazione delle pratiche interpretative, il testo di rilevanza giuridica, lungi dal costituire alcunché di normativamente già dato, completo ed autosussistente, ai fini delle determinazioni normative richieste dal caso concreto deve di necessità alimentarsi dell'esperienza.

Punto di osservazione privilegiato della tenuta del metodo in parola è divenuta così, a poco a poco e quasi inavvertitamente, l'elaborazione giurisprudenziale, la quale, per un verso, viene a costituire – con i propri *decisa* – precedenti normativi che concregono sui testi, evidenziando risonanze assiologiche ignote alla loro fissità «legale»; per altro verso, però, si trova ogni volta impegnata, e proceduralmente vincolata, al lavoro di connettere o disconnettere precedenti (considerati) rilevanti, alla luce dei nuovi casi, non mancando di considerare le sottostanti regolarità sociali che usciranno in vario modo convogliate dalle norme particolari rese in forma di *res iudicatae*<sup>4</sup>.

E tuttavia, quando si invoca l'autorità di un precedente giurisprudenziale, si importa un testo che nel contesto di formazione (la controversia d'origine) voleva esprimere determinati significati giuridici, ma che ora verrà ad essere letto ed interpretato alla luce dell'attuale contesto comunicativo, in cui il problema da decidersi è per quanto simile, comunque «altro», ove i suoi riferimenti potranno generare ulteriori e diverse connessioni per i parlanti, e così via.

Ad essere rigorosi, dunque, «dire la norma» nel senso di «enunciare il significato di un testo normativo», sembra ridursi all'ulteriore enunciazione di un testo di cui si afferma, magari implicitamente, l'equipollenza per il contesto d'uso con quello

<sup>4</sup> «Quella giudiziaria è appunto la sede in cui si affronta, in *extrema ratio* e con lo stimolo e il sostegno del contraddittorio, la distanza tra il passato e il presente, l'astratto e il concreto, fino a stabilire con l'intangibilità (assoluta o relativa) della cosa giudicata la regola del caso particolare» (V. Marinelli, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Giuffrè, Milano 1996, p. 236).

originario. Nei contesti processuali, allorché tale attività è posta dalle parti, questa affermazione sembra sostanziarsi in una *pretesa* specifica: a che quella affermata equipollenza (con tutte le conseguenze per il caso specifico, beninteso), valga per tutti i litiganti e sia, in tal senso, sanzionata dal giudice.

Stando così le cose, dunque, qual è precisamente il momento in cui può dirsi «esistente» la norma positiva, nel senso proprio del tradizionale metodo giuspositivistico criticato nella citazione in apertura?

L'osservazione dell'esperienza giuridica contemporanea sembra mostrare una tendenza sempre più decisa e consaputa ad individuare, quale momento di positivizzazione normativa per eccellenza, la pronuncia giurisdizionale, specialmente quand'essa proviene da una Corte suprema, intendendosi, in generale, per tale quella che si collochi in posizione di vertice di un'organizzazione giudiziaria locale, sovranazionale o internazionale. La ricerca della «norma positiva», cioè, sembra spostarsi al momento della produzione istituzionale «dell'ultimo testo», sul quale, si badi, vengono a concentrarsi oggidi non solo le aspettative di soluzione del caso concreto ma anche quelle di una *regolazione generale ed astratta*, normativa, nel senso più pieno del termine.

Il che sembra idoneo a produrre notevoli effetti sia sul piano della teoria che su quello della prassi. Quanto a quest'ultimo, e per citare qui due soli temi, si può senz'altro evidenziare la crescente importanza assunta nella pratica dal precedente giurisprudenziale, anche nei contesti a tradizione di *civil law*, il quale viene ad avere un valore spesso decisivo nella giustificazione della decisione che se ne serve, anche se magari non è espressione di un orientamento consolidato<sup>5</sup>. Non solo, esso talvolta viene usato assieme ad altri precedenti di provenienza disomogenea, magari da corti appartenenti a differenti ordinamenti senza che vi sia alcun vincolo formale a giustificare tale ricorso<sup>6</sup>. In questi casi, le singole pronunce, che di per sé sono state elaborate per la decisione di singoli casi, per poter venire impiegate, devono essere lette attraverso un processo di generalizzazione, che è pregiudiziale per giustificarne l'impiego in un contesto che, rispetto a quello nativo, può differire grandemente (specialmente nel caso di impiego di precedenti «stranieri»).

Oppure, sempre quanto alla prassi, con la crisi della positività tradizionale si possono spiegare le recenti esplicite affermazioni di «giurisprudenza normativa» che provengono dalle Corti con riferimento non più o non solo ai casi di «supplenza

<sup>5</sup> Si distingue cioè l'uso del *precedente* dal valore della *giurisprudenza*, quest'ultima presupponendo il consolidarsi di un orientamento uniforme, cfr. M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 2007, 3, pp. 711-715.

<sup>6</sup> Si tratta del fenomeno in crescita dell'uso del precedente straniero anche laddove non vi siano regole che impongano al giudice di applicare il diritto di un altro ordinamento, cfr. sul punto, C. Sarra, *Dialoghi con se stesso. Sul c.d. uso «dialettico» del precedente giudiziario*, in M. Bianchini, G. Gioia, *Principio di proporzionalità e dialogo tra corti. Saggi per un simposio*, CLEUP, Padova 2012.

legislativa», ritenuti fino a poco tempo fa espressione di una patologia del giuridico, ma anche come fisiologica dinamica di produzione del diritto<sup>7</sup>.

Quanto alla teoria, con l'incertezza sul concetto generale di *positività*, vengono evidentemente rimesse in gioco categorie della teoria generale novecentesca, quali «validità», «esistenza» della norma, «obbligatorietà», che spesso sono date per scontate nelle costruzioni teoriche, con il rischio però di offrire concettualizzazioni sempre più articolate ma lontane dalla prassi, e a questa irriconoscibili.

Ma, per le ragioni troppo sinteticamente esposte prima, anche «l'ultimo testo» non si identifica *sic et simpliciter* con la norma positiva, essendo a sua volta necessaria una sua interpretazione. Anche le mere finalità esecutive, richiedono una tale necessaria opera per avere la regola concreta dell'agire, sicché anche queste fasi, spesso trascurate dalla teoria, si mostrano irriducibili a mere applicazioni materiali. Come ben sa il frequentatore del foro, anche qui non mancano certo profili giuridicamente problematici, problemi interpretativi, controversie e, quindi, necessità di giudizio. Sicché, nemmeno in fase esecutiva molto spesso è chiaro qual è precisamente la «norma positiva».

In questo panorama, si profila la possibilità di pensare che, forse, l'idea che vi sia un luogo unico, ove cercare la norma positiva, o che si dia un'unica modalità di positivizzazione giuridica, sia più un presupposto che un dato.

Forse è possibile concepire oggi una sorta di *positività pluritipica*, le cui connotazioni restano da indagare e che, certamente, può riservare delle sorprese quanto alla stabilità di certi concetti teorici.

Con il che si precisa il senso dell'opera che qui si licenzia. Prendendo sul serio le riflessioni brevemente qui esposte, si è pensato di gettare uno sguardo disincantato a diversi settori dell'esperienza giuridica innanzi tutto con un eminente scopo conoscitivo ed informativo. Agli Autori invitati a collaborare a questo lavoro, provenienti da diversi settori della ricerca giuridica, teorica e dogmatica, è stato chiesto di offrire dall'interno del proprio campo di studi, delle riflessioni, a loro scelta generali ovvero ispirate da casi specifici, che a loro giudizio possano essere rilevanti per discutere della «crisi» della positività. Più in dettaglio, è stato chiesto di offrire del materiale utile ad una futura discussione filosofico-giuridica di secondo grado sullo stato del concetto di «diritto positivo», a partire da esperienze concrete, anche molto specifiche, o da riflessioni generali sulle linee di tendenza sul punto nella singola disciplina.

Trattandosi di un'autentica ricerca sul campo, a ciascun Autore è stata lasciata la più ampia libertà di scelta sul taglio (generale o casistico), sull'ampiezza, nei limiti ovviamente delle possibilità offerte da una pubblicazione collettiva, sullo spazio da attribuire eventualmente alla speculazione astratta, in modo che la competenza e la sensibilità di ciascuno potessero essere messe in gioco nel mostrare, per così dire, *in corpore vili*, alcuni gangli sensibili dell'esperienza contemporanea.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. 11 maggio 2009, num. 10741.

14 *Introduzione*

Stante la natura di questo progetto, che segue peraltro la linea aperta da altra iniziativa editoriale sul tema<sup>8</sup>, non vi è qui inclusa alcuna aspirazione di esaustività nella trattazione delle tematiche indicate, né è sottesa ai lavori dei vari Autori una teoria comune della positività giuridica. La speranza che accompagna questa raccolta è, infatti, che dal materiale qui offerto possano venire, semmai, delle indicazioni utili per un ulteriore eventuale sviluppo teorico, che, a fronte della percezione di una post-moderna disgregazione dei concetti, sappia riavvicinare giuristi teorici e dogmatici su alcuni strumenti comuni, magari di nuova introduzione, e soprattutto sull'urgenza di un dialogo auspicabilmente sempre più fitto e proficuo.

Padova-Verona, 18 settembre 2013

*I curatori*

<sup>8</sup> Cfr. P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, FrancoAngeli, Milano 2012.

## *Ragionamento giudiziale e positività del diritto*<sup>1</sup>

STEFANO BERTEA

*Sommario:* 1. Premessa. 2. Ragionamento giudiziale e nozioni giuridiche fondamentali. 3. Ragionamento giudiziale e concetto di diritto 4. Conclusioni.

### *1. Premessa*

Negli ultimi decenni filosofi del diritto di diverso orientamento teorico e provenienza culturale hanno riconosciuto che i processi di argomentazione giuridica contribuiscono in maniera decisiva alla determinazione dei contenuti del diritto positivo, dal momento che in pratica non vi è alcun ambito giuridico che non sia interessato da attività di ragionamento aventi a oggetto norme di diritto<sup>2</sup>. Gli studiosi di diritto interpretano norme: parte della loro attività di studiosi consiste proprio nel difendere quelle interpretazioni della normativa vigente che ritengono più ragionevoli o corrette. Giudici e avvocati compiono operazioni simili, seppur prevalentemente con riferimento specifico a casi concreti, ossia ricostruiscono, interpretano, applicano e giustificano norme. Ciò significa che essi sono spesso chiamati a risolvere conflitti tra disposizioni giuridiche, seguire precedenti (o allontanarsi da questi), a bilanciare i principi del diritto e gli interessi delle parti processuali, accertare fatti e dare a questi ultimi un'adeguata qualificazione giuridica. Tutte queste operazioni hanno carattere argomentativo e, quindi, vanno intese come attività di ragionamento giuridico. In-

<sup>1</sup> Questo saggio costituisce una versione rivista e aggiornata di un mio scritto precedentemente pubblicato in F.H. van Eemeren, J.A. Blair, C.A. Willard, and A.F. Snoeck Henkemans (a cura di), *Anyone who has a View. Theoretical Contributions to the Study of Argumentation*, Kluwer, Dordrecht 2003, con il titolo di *Legal Argumentation Theory and the Concept of Law* (p. 213-226).

<sup>2</sup> In questo saggio i termini «ragionamento giuridico» e «argomentazione giuridica» sono considerate sinonimi. Tale scelta trova giustificazione teorica nei lavori di R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana Press, London 1986, p. vi; R. Alexy, *Interpretazione giuridica*, in «Enciclopedia delle scienze sociali», vol. V, Istituto dell'enciclopedia italiana, Roma 1996, p. 64-71 a p. 66; N. MacCormick, *Donoghue v. Stevenson and Legal Reasoning*, in P. Burns (a cura di), *Donoghue v. Stevenson and the Modern Law of Negligence*, Continuing Legal Education of British Columbia, Vancouver 1991, p. 191-213, a p. 211; N. MacCormick, *Argumentation and Interpretation in Law*, «Ratio Juris», 1993, p. 16-29, a p. 16.



fine, perlomeno negli ordinamenti democratici e costituzionali occidentali, anche i legislatori non si sottraggono al gioco dell'interpretazione e giustificazione del diritto: essi, infatti, non si limitano a promulgare nuove norme giuridiche ma offrono ragioni a sostegno delle loro attività di creazione normativa in modo tale da rendere più facilmente accettabili i risultati di tali attività a tutti i cittadini.

I processi che possono essere qualificati come attività di ragionamento giuridico sono molteplici ed eterogenei sia per tipologia sia per finalità: alcune forme di ragionamento giuridico sono finalizzate alla decisione di un caso specifico, altre giustificano in astratto la scelta tra possibili (e mutualmente incompatibili) interpretazioni di disposizioni normative, altre hanno a oggetto (non disposizioni normative, ma) fatti, altre, infine, sono indirizzate a dimostrare che una determinata scelta interpretativa e applicativa è ragionevole e giuridicamente preferibile alle alternative. Pur nella loro eterogeneità, le varie forme di argomentazione giuridica presentano un tratto comune: si tratta di attività che non sono completamente disciplinate e predeterminate da regole. Infatti, vi è una differenza sostanziale tra compiere attività di ragionamento giuridico – qualunque sia la forma che tali attività assumono – e ricondurre un fatto concreto a una regola generale e astratta mediante un processo di sussunzione logica. Il ragionamento giuridico, in altri termini, è una pratica in larga misura non deduttiva e non ricognitiva del diritto preesistente. Proprio tale carattere non (completamente) deduttivo e ricognitivo che le operazioni argomentative poste in essere dagli operatori giuridici hanno giustificato il crescente interesse teorico per lo studio del ragionamento che ha a oggetto norme giuridiche<sup>3</sup>. Non è sorprendente, dunque, che negli ultimi decenni, diversi studiosi si siano occupati del tema a livelli differenti di astrazione: filosofica, teoretica, metodologica, empirica e pratica<sup>4</sup>. Grazie agli sforzi intellettuali di questi studiosi oggi il ragionamento giuridico «non è più

<sup>3</sup> Per quanto riguarda la filosofia del diritto i contributi più interessanti e innovativi sulla natura, sulla struttura e sui limiti del ragionamento giudiziale che sono apparsi negli ultimi decenni sono riconducibili ai lavori di A. Aarnio, R. Alexy, A. Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, «Rechtstheorie» n. 21, 1981, pp. 133-158, 259-273 e 423-448, a pp. 266-270, A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel Publishing Company, Dordrecht, 1987; R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè 1998, A. Peczenik, *On Law and Reason*, Reidel Publishing Company, Dordrecht 1989, F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto*, Padova, Cedam 1991, J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1992, N. McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1994, e R. Sitala, *Law, Truth and Reason*, Springer, Dordrecht 2011. Interessanti studi sul ragionamento tanto giuridico quanto pratico sono rappresentati da C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *La Nouvelle Rhétorique. Traité de l'Argumentation*, Editions de l'Université de Brussels, Brussels 1958, S. Toulmin, *The Uses of Arguments*, Cambridge University Press, Cambridge 1958, F. van Eemeren, R. Grootendorst, *Speech Acts in Argumentative Discussions: A Theoretical Model for the Analysis of Discussions Directed towards Solving Conflicts of Opinion*, Foris, Dordrecht 1984, J. Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol. 1, McCarty, Boston 1984 e J. Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol. 2, McCarty, Boston 1987.

<sup>4</sup> Una visione d'insieme dei vari approcci al ragionamento giuridico è fornita da E. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1999, pp. 13-25.

inteso semplicemente come uno specifico ambito di un più vasto campo di ricerca, ma come un oggetto di studio autonomo e indipendente».<sup>5</sup>

In questo scritto intendo occuparmi di ragionamento giuridico – e di quello giudiziale in particolare – a partire da una prospettiva specifica: quella giusfilosofica. L'obiettivo di questo contributo consiste nel rendere esplicite le implicazioni teorico-giuridiche che i recenti studi sull'argomentazione giuridica hanno per il concetto di diritto. L'argomento che intendo presentare procede come segue. Innanzitutto, mi soffermo sulle principali conseguenze teoriche che derivano dalla consapevolezza dell'importanza delle attività argomentative nel contesto di un sistema giuridico e sottolineo che i risultati ai quali sono pervenuti le teorie contemporanee dell'argomentazione giuridica – in particolare, la consapevolezza che il ragionamento giudiziale occupa una posizione centrale negli ordinamenti giuridici contemporanei – implicano la necessità di rivedere criticamente la definizione tradizionale di alcune nozioni giuridiche fondamentali (quali quelle di fonte del diritto, validità giuridica e norma giuridica). Questa trasformazione ha conseguenze teoriche anche per il modo in cui il diritto stesso viene concettualizzato, conseguenze che tuttavia soltanto alcuni filosofi del diritto hanno colto pienamente e anche costoro non hanno ancora teorizzato ed esplicitato in maniera compiuta e coerente. Per tale ragione, si può concludere che gli studi sul ragionamento giuridico in generale e giudiziale in particolare hanno avuto un impatto tutto sommato ancora limitato sulla concettualizzazione del diritto e della sua positività. Una maggiore attenzione per le forme e le modalità attraverso le quali il ragionamento giudiziale ha luogo va, pertanto, auspicata, dal momento che lo studio del ragionamento giuridico può offrire una prospettiva di analisi, tanto interessante quanto innovativa, sul concetto di diritto e, dunque, sull'idea di positività giuridica.

## 2. *Ragionamento giudiziale e nozioni giuridiche fondamentali*

A partire dagli anni Settanta del secolo scorso lo studio del ragionamento giuridico ha acquisito crescente importanza rendendo così possibile una rivisitazione critica di classici dibattiti giusfilosofici<sup>6</sup>. Paradigmatica, in questo senso, è la trattazione

<sup>5</sup> Id., *Fundamentals of Legal Argumentation*, cit., p. 13 (traduzione mia).

<sup>6</sup> Vi è una ragione di carattere non soltanto teorico ma anche ideologico che spiega perché i filosofi del diritto non hanno prestato sufficiente attenzione al ragionamento giudiziale. Il positivismo giuridico, ovvero l'approccio dominante negli ultimi due secoli, ha per lungo tempo caratterizzato il ragionamento giudiziale come un'attività in larga misura meccanica, se non addirittura deduttiva, riducibile all'applicazione diretta di una regola generale e astratta al caso di specie. E anche quando, in tempi più recenti, i giuspositivisti hanno riconsiderato criticamente tale concezione il ragionamento giudiziale non ha assunto alcuna importanza o centralità teorica nell'ambito del giuspositivismo. Infatti, tale ragionamento, quando non avviene nel rispetto di regole logico-deduttive, è stato caratterizzato dal giuspositivismo come completamente arbitrario, non assoggettabile ad alcun parametro oggettivo e, quindi, totalmente dipendente dai capricci del singolo giudice che lo pone in essere. Per una trattazione

che i teorici dell'argomentazione giuridica riservano alla distinzione, centrale nella filosofia del diritto tradizionale, tra «casi facili» e «casi difficili». Nella sua opera, assai influente soprattutto H.L.A. Hart, per esempio, giustifica tale distinzione sulla base di osservazioni che si riferiscono alla struttura del linguaggio ordinario<sup>7</sup>. In questa prospettiva, un caso può essere qualificato come «facile» quando è disciplinato da disposizioni il significato linguistico delle quali è talmente evidente e immediato da non richiedere alcuna interpretazione. Un caso è, invece, da considerarsi «difficile» quando non trova una disciplina giuridica diretta e immediata, dal momento che la lettera della legge lascia margini a dubbi interpretativi, cosicché le norme del diritto hanno bisogno di essere interpretate – il loro significato deve essere determinato – prima di poter essere applicate al caso concreto<sup>8</sup>. La sostenibilità teorica di questa distinzione, quando essa è definita in funzione del linguaggio utilizzato del legislatore, è stata messa in discussione in modo convincente da Lon Fuller, il quale ha sottolineato che, nella teorizzazione giuspositivistica, la distinzione si basa su una concezione del significato assai discutibile<sup>9</sup>. Tale concezione rende il significato di un termine in larga misura indipendente dal contesto nel quale tale termine è utilizzato.

La critica di Fuller coglie un aspetto tanto centrale quanto problematico della costruzione hartiana. Tuttavia, essa non tiene conto di un elemento altrettanto fondamentale, che, invece, può essere colto appieno a partire da una riflessione teorica sulla natura, sulla forma e sui limiti del ragionamento giuridico. Dal punto di vista di uno studioso del ragionamento giuridico, la distinzione tra casi facili e casi difficili non si fonda sulla struttura del linguaggio ma dipende piuttosto dalle forme argomentative che sono utilizzate dall'interprete. In quest'ottica, un caso può essere qualificato come facile soltanto se la forma argomentativa utilizzata dal giudice per decidere tale controversia ha carattere meramente deduttivo e, su questa base, può essere descritta come una giustificazione puramente «interna», o di «primo grado». Al contrario, un caso è qualificabile come difficile quando diviene necessario il ricorso alla giustificazione «esterna», o giustificazione «di secondo grado», che è finalizzata alla fondazione delle premesse stesse del ragionamento giudiziale<sup>10</sup>. Il ricorso alla

di questo atteggiamento e delle sue implicazioni teoriche si veda M. La Torre, *Teorie dell'argomentazione giuridica e concetti di diritto. Un'approssimazione*, in «Appendice» all'edizione italiana di R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 357-384, a pp. 357-360.

<sup>7</sup> H. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morality*, in «Harvard Law Review», n.71, 1958, pp. 593-650, a pp. 606-615.

<sup>8</sup> Questa tesi è stata ripresa più di recente da A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992, pp. 124-154.

<sup>9</sup> L. Fuller, *Positivism and the Fidelity of Law. A Reply to Professor Hart*, in «Harvard Law Review», n. 71, 1958, pp. 630-672, a pp. 661-669.

<sup>10</sup> Su questa distinzione si veda MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., pp. 19-73. La distinzione tra giustificazione interna e giustificazione esterna è stata posta al centro del dibattito filosofico-giuridico da J. Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in «Rechtstheorie», n. 14, 1974, pp. 33-46, a p. 39 e generalmente accettata dai teorici dell'argomentazione giuridica contemporanei.

giustificazione esterna implica l'esistenza di un ambito di discrezionalità maggiore rispetto a quello implicato dalle forme di giustificazione interna. Per tale ragione, nei casi difficili pare esservi un significativo margine di discrezionalità interpretativa e, allo stesso tempo, un legame blando con i testi di diritto positivo e i criteri formali di validità giuridica. Tale approccio alla questione mostra che la differenza tra i due tipi di casi – casi facili e casi difficili – non è riconducibile principalmente al linguaggio utilizzato, ma piuttosto ai diversi tipi di ragionamento ai quali si fa ricorso per decidere le due tipologie di caso. Infatti, tanto nei casi facili quanto nei casi difficili i testi delle disposizioni giuridiche devono essere interpretati prima di essere applicati alla controversia specifica, ossia, in entrambi i casi, il significato dei testi non è immediatamente evidente e deve essere attribuito dall'interprete. Pertanto, in entrambi i tipi di caso i giudici non si limitano a registrare il significato delle parole che costituiscono i testi normativi ma piuttosto fanno ricorso ad attività di carattere argomentativo e deliberativo. Il fatto che la discrezionalità interpretativa implicata nei due tipi di caso sia differente non è, quindi, dovuto al linguaggio utilizzato quanto piuttosto al tipo di ragionamento interpretativo e applicativo richiesto. A partire da queste riflessioni è anche possibile individuare un problema specifico, che in precedenza non ha trovato un'adeguata tematizzazione: il problema della determinazione dei criteri di razionalità, o non-arbitrarietà, delle forme di ragionamento giuridico che non sono integralmente deduttive e, quindi, non sono riducibili all'applicazione diretta e immediata di standard preesistenti. Conseguentemente, l'approccio seguito dagli studiosi di ragionamento giuridico mette al centro del dibattito filosofico-giuridico la discussione delle forme nelle quali il ragionamento giudiziale tanto ha luogo (piano analitico e descrittivo), quanto dovrebbe avere luogo (piano normativo) per non essere considerato arbitrario.

Il caso appena discusso – relativo al dibattito sulla distinzione tra casi giuridici facili e casi giuridici difficili – costituisce solamente un esempio del contributo che gli studi sul ragionamento giuridico in generale e sul ragionamento giudiziale in particolare possono offrire a una migliore comprensione delle nozioni giuridiche fondamentali<sup>11</sup>. Tra queste ultime tre nozioni meritano una trattazione specifica, ossia le nozioni di (a) fonte del diritto, (b) validità giuridica e (c) norma giuridica sulle quali mi soffermerò nelle pagine seguenti.

#### *(a) Fonte del diritto*

Nella letteratura tradizionale per fonte del diritto si intende un atto o un fatto produttivo di diritto, ossia un atto o un fatto che ha la capacità di determinare i contenuti di un sistema giuridico. Le principali fonti del diritto, così come queste sono

<sup>11</sup> Dal momento che il positivismo giuridico ha costituito l'approccio dominante negli ultimi due secoli in questo contributo mi riferisco al giuspositivismo come alla teoria del diritto tradizionale. In questo saggio, «giuspositivista» e «tradizionale» sono, quindi, considerati termini sinonimi.

individuata dalla dottrina giuspositivistica tradizionale, sono i trattati internazionali, la costituzione, le disposizioni di legge e le altre disposizioni aventi valore di legge, gli atti governativi, i precedenti e le consuetudini. A partire dal riconoscimento della centralità del ragionamento giuridico in generale e giudiziale in particolare nella determinazione dei contenuti del diritto positivo, questo elenco di atti non può che essere ampliato. Nella prospettiva teorica fondata su tale riconoscimento, qualunque atto o fatto che viene utilizzato dai giudici, e in tal modo costituisce parte integrante dell'argomentazione giuridica, va qualificato come una fonte del diritto. Non si tratta, quindi, semplicemente di riconoscere le decisioni dei giudici come parti integranti un sistema giuridico – ad esempio, quali statuizioni particolari di preesistenti norme generali e astratte – ma piuttosto di considerare tanto il dispositivo di una sentenza quanto la sua giustificazione come fonti del diritto. In quest'ottica, dunque, per fonte del diritto deve intendersi «qualunque ragione che, secondo le regole generalmente accettate in una comunità giuridica, può essere usata come la base giustificatoria di un'interpretazione»<sup>12</sup>. Questa definizione giustifica la conclusione che perfino i progetti di legge, i materiali preparatori utilizzati nei processi che portano alla promulgazione di una legge, le argomentazioni giudiziali, la letteratura giuridica, i principi generali del diritto e gli argomenti morali che costituiscono il fondamento ideologico di un sistema giuridico devono essere considerati fonti del diritto<sup>13</sup>.

Ciò non equivale a sostenere, tuttavia, che tutte le fonti hanno lo stesso peso e la stessa importanza nella determinazione dei contenuti ultimi del diritto. Vi sono vari tipi di fonte del diritto e ciascuna di esse si differenzia per forza normativa<sup>14</sup>, fondamento istituzionale<sup>15</sup>, e importanza gerarchica<sup>16</sup>: regole, principi, consuetudini,

<sup>12</sup> Aarnio, *The Rational as Reasonable*, cit., p. 78 (traduzione mia). A questo proposito, si veda anche Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 318, il quale osserva che «tutti i testi e tutte le pratiche che un operatore del diritto deve, dovrebbe o è legittimato a utilizzare come ragioni autoritative sono fonti del diritto» (traduzione mia).

<sup>13</sup> Su questo punto si veda N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht 1986, pp. 8 e 19, Aarnio, *The Rational as Reasonable*, cit., pp. 77-107, Peczenik, *On Law and Reason*, cit., pp. 313-371, e R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997, 129-132.

<sup>14</sup> Per esempio, Peczenik, *On Law and Reason*, cit., pp. 319-322, traccia una distinzione tra fonti «obbligatorie», «consigliate» e «facoltative». Le prime si riferiscono a fonti che devono essere necessariamente utilizzate dal giudice quando decide un caso; le fonti consigliate sono atti o fatti che di regola vengono utilizzati dai giudici nelle loro sentenze; infine, le fonti facoltative possono essere (ma non devono essere, né di regola sono) utilizzate per giustificare una determinata decisione. Tale distinzione trova teorizzazione anche nell'opera di Aarnio, *The Rational as Reasonable*, cit., pp. 89-92, e R. Alexy, R. Dreier, *Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany*, in N. MacCormick, R. S. Summers (a cura di), *Interpreting Statutes*, Aldershot, Dartmouth 1991, pp. 73-121, a pp. 91-92.

<sup>15</sup> Sulla base di questo criterio le fonti del diritto possono classificate come «autoritative» o «sostanziali». Una fonte autoritativa deve la sua validità al fatto di essere stata prodotta da una determinata istituzione formale; una fonte sostanziale è ritenuta valida sulla base del suo contenuto materiale piuttosto che della sua origine formale. Questa distinzione è tracciata da Aarnio, *The Rational as Reasonable*, cit., pp. 92-95 e Peczenik, *On Law and Reason*, cit., pp. 313-318.

<sup>16</sup> In pratica in tutti i sistemi giuridici evoluti si trova una distinzione tra fonti di diversa importanza

argomenti, valori morali, e opinioni dottrinali svolgono ciascuno un ruolo diverso nella fissazione dei contenuti del diritto. Pertanto, all'espansione del catalogo delle fonti non corrisponde l'accettazione della conclusione, di carattere scettico, secondo la quale gli interpreti sono liberi di decidere i casi in modo arbitrario, ad esempio, facendo riferimento a qualunque materiale essi ritengano opportuno, adeguato o altrimenti vantaggioso per una parte o per la comunità regolata dal diritto nel suo complesso. L'idea di fondo che sta alla base di una concezione allargata delle fonti è piuttosto il riconoscimento della complessità del fenomeno giuridico e delle relazioni che vi sono tra diverse componenti di un sistema giuridico.

(b) *Validità giuridica*

Il concetto di validità giuridica è un'altra nozione giuridica fondamentale che deve essere rivista alla luce della tesi secondo la quale le attività di ragionamento giudiziale occupano una posizione centrale nell'articolazione e nell'evoluzione di un sistema giuridico. In un'ottica giuspositivistica la validità del diritto è connessa all'osservanza da parte dell'autorità di una serie predeterminata di procedure formali. Una norma giuridica esiste (in quanto tale, ossia in quanto disposizione di diritto) nella misura in cui è stata promulgata in osservanza di certi criteri formali. Per dirla con le parole di Jeremy Waldron:

«il diritto può essere inteso in termini di regole e standard l'autorità dei quali deriva dalla loro origine in una qualche fonte umana, definita in termini sociologici e identificabile come diritto in virtù di tale origine. Quindi, un'asserzione relativa a che cosa è il diritto – sia essa un'asserzione pronunciata nell'ambito di una descrizione del diritto, di un parere giuridico o di una decisione giudiziale – può essere compiuta senza ricorrere ad alcun giudizio morale o altrimenti valutativo»<sup>17</sup>.

Al contrario, dal punto di vista di coloro che riconoscono l'importanza del ragionamento giudiziale ai fini della determinazione dei contenuti del diritto positivo la promulgazione di una norma da parte dell'autorità competente può essere una condizione necessaria della validità di tale norma ma non è necessariamente una condizione sufficiente della stessa. La validità giuridica di una disposizione non deriva esclusivamente dalla sua origine: per poter essere giuridicamente valida una disposizione deve essere anche razionalmente argomentabile alla luce dei contenuti di un sistema giuridico nella sua interezza. In altri termini, la semplice promulgazione di una regola da parte dell'autorità competente è soltanto una ragione *presuntiva* per credere che tale regola sia parte del sistema, ossia abbia validità e forza giuridica vincolante. Tuttavia, una disposizione è effettivamente valida dal punto di vista giuridico soltanto se, oltre a essere stata promulgata in forme e modalità proceduralmente

gerarchica, ossia tra fonti del diritto primarie, sub-primarie, secondarie, riservate, ecc.

<sup>17</sup> J. Waldron, *The Irrelevance of Moral Objectivity*, in R. George (a cura di), *Natural Law Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992, pp. 158-187, a p. 160 (traduzione mia).

corrette, è coerente con le altre parti del sistema giuridico e con i principi generali del diritto. Questa conclusione può essere giustificata a partire da due diverse considerazioni: la considerazione che il ragionamento giudiziale svolge una funzione essenziale nel processo di definizione dei contenuti di un sistema giuridico, da un lato e la tesi secondo la quale, per poter essere considerato legittimo e non arbitrario, il ragionamento giudiziale deve aver luogo nel rispetto di una serie di procedure e criteri di razionalità, dall'altro. Nella misura in cui il ragionamento giudiziario – un elemento costitutivo del sistema giuridico – è una pratica razionale, il sistema giuridico stesso va inteso come un'istituzione profondamente caratterizzata dalla dimensione razionale. Di conseguenza, la validità giuridica di una norma finisce per essere concepita come una nozione complessa, nella quale hanno rilevanza e peso tanto la promulgazione formale della norma di cui si predica la validità quanto la sua efficacia sociale e la sua razionalità pratico-morale<sup>18</sup>.

Tali caratteri – promulgazione formale, efficacia sociale e razionalità pratico-morale – non contribuiscono alla validità giuridica di una disposizione nella stessa misura. Il diritto ha una natura istituzionale e, quindi, promulgazione formale ed efficacia sociale di una disposizione possono essere considerati prioritari rispetto alla razionalità pratico-morale di tale disposizione. In altre parole, vi è un'asimmetria tra promulgazione formale ed efficacia sociale, da un lato, e razionalità dall'altro. Come osserva Alexy:

«tale asimmetria consiste nel fatto che la validità giuridica di un intero sistema giuridico dipende in misura maggiore dalla validità sociale che non da quella morale. Un sistema giuridico che non è socialmente efficace nelle sue grandi linee fallisce come sistema giuridico. Viceversa, un sistema giuridico può continuare ad esistere anche quando moralmente ingiustificabile nelle sue grandi linee»<sup>19</sup>.

Per quanto possano essere dominanti la dimensione formale e quella sociale non costituiscono le sole determinanti della validità giuridica, la quale incorpora anche una dimensione pratico-razionale. L'irrazionalità di una disposizione, dunque, può anche implicarne (a determinate condizioni) l'invalidità giuridica<sup>20</sup>. Di conseguenza, il sistema giuridico non può essere giuspositivisticamente inteso come il mero prodotto della volontà di chi detiene il potere anche qualora sia esercitato in assenza di ogni controllo razionale.

Questa revisione del concetto di validità giuridica implica altresì la revisione della tesi giuspositivistica della distinzione tra discorso giuridico, da un lato, e discorso pratico-razionale, e finanche morale, dall'altro. L'esistenza di una distinzione concettuale tra diritto e morale, che costituisce una tesi centrale al positivismo giuridico

<sup>18</sup> Si veda N. MacCormick, *Legal Reasoning and Practical Reason*, in «Midwest Studies in Philosophy», 1982, pp. 271-286, a pp. 271 e Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., pp. 87-97.

<sup>19</sup> Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 95.

<sup>20</sup> Ivi, pp. 93-97.

classico, deve essere abbandonata una volta che si riconosce la correttezza della tesi secondo la quale il ragionamento giudiziale contribuisce in modo decisivo a determinare la positività del diritto. Il ragionamento giudiziale è una pratica intrinsecamente e concettualmente valutativa. In esso ragioni (non soltanto giuridico-formali ma anche) pratico-razionali – e morali in particolare – svolgono un ruolo fondamentale. Pertanto, in quest’ottica le ragioni pratico-razionali e morali diventano parte integrante del diritto di modo che non è possibile negare l’esistenza di una connessione concettuale tra diritto, da un lato, e morale e razionalità pratica dall’altro. In questa prospettiva teorica, dunque, diritto e morale sono soltanto parzialmente separate, autonome, e indipendenti l’una dall’altra. Ossia, tra diritto e morale vi è una connessione tanto strutturale quanto materiale il carattere della quale non è contingente ma è necessario<sup>21</sup>.

In conclusione, la tesi secondo la quale la validità giuridica è una variabile dipendente (anche) del carattere pratico-razionale di una disposizione giuridica, unita alla tesi secondo la quale il ragionamento giudiziale costituisce una componente fondamentale del diritto positivo, giustifica la concezione del diritto come concettualmente inseparabile dalla morale-concezione che trova pieno riconoscimento nell’affermazione di Robert Alexy secondo la quale «il diritto non è riducibile alla pura fatticità del potere, ossia a un insieme di ordini supportati dalla minaccia di sanzioni, abitudini e sistematiche coercizioni. La natura del diritto non è soltanto fattuale, o reale, ma anche critica, o ideale»<sup>22</sup>.

### (c) *Norma giuridica*

Nella misura in cui al ragionamento giudiziale viene riconosciuto un ruolo decisivo nella determinazione della positività del diritto, anche la concezione della norma giuridica, a lungo equiparata alla nozione di regola giuridica dalla filosofia del diritto tradizionale, subisce una profonda trasformazione. Lo studio del ragionamento giudiziale permette di cogliere il fatto che il diritto non è esclusivamente una questione di regole. Vi sono altre tipologie normative che sono giuridicamente rilevanti. Tra queste i principi generali del diritto hanno acquisito una rilevanza teorica particolare. I principi generali del diritto sono disposizioni normative i contenuti delle quali sono sufficientemente vaghi e indeterminati da giustificare la tesi che il reale significato di un principio di diritto può essere determinato soltanto in relazione al caso concreto

<sup>21</sup> Questi aspetti sono rilevati da MacCormick, *Legal Reasoning and Practical Reason*, cit., pp. 271-286, a p. 282, R. Alexy, *On Necessary Relations between Law and Morality*, in «Ratio Juris», 1989, pp. 167-183, e Peczenik, *On Law and Reason*, cit., pp. 287-289.

<sup>22</sup> R. Alexy, *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin’s Critique*, in «Ratio Juris», pp. 138-147, a p. 138 (traduzione mia). In altre parole, l’elemento ideale, ovvero il dover essere, contribuisce almeno in parte a determinare i contenuti positivi, ovvero l’essere del diritto. Di conseguenza, come spiegato da Peczenik, *On Law and Reason*, cit., p. 287, la prospettiva qui adottata implica una problematizzazione della distinzione radicale tra «ciò che è» e «ciò che deve essere» nell’ambito giuridico.



al quale sono applicati in seguito a una qualche forma di deliberazione, o processo argomentativo posto in essere dal giudice. Tale processo argomentativo consiste, almeno nei casi paradigmatici e tipici, in una procedura di bilanciamento e ponderazione attraverso la quale le varie possibilità giuridiche sono valutate nelle loro mutue relazioni e in connessione con il contesto specifico di applicazione. Ciò significa che vi sono norme giuridiche – i principi generali del diritto – il contenuto delle quali non dipende esclusivamente dal significato delle parole che ne costituiscono il testo ma è determinato in misura prevalente dalle procedure attraverso le quali tali norme sono applicate. Dal momento che i principi generali del diritto non sono meno importanti delle regole ai fini della determinazione dei contenuti di un sistema giuridico vigente, per «norma giuridica» deve intendersi non soltanto una regola di diritto ma anche un principio generale di diritto. La nozione di norma, quindi, si riferisce a un genere al quale appartengono, quali specifiche istanze, sia regole sia principi<sup>23</sup>. In tal modo, l'idea di norma si riferisce a una varietà di standards, anziché a prescrizioni dal contenuto immediatamente operativo (quali sono le regole).

In questo significato più ampio, la nozione di norma acquista un carattere semantico piuttosto che sintattico. Nella concezione semantica, la norma non è intesa primariamente come un testo, o disposizione, promulgato dal legislatore (come è il caso nell'accezione semantica della stessa); essa individua invece il significato che è attribuito a una determinata formulazione prescrittiva. Pertanto, la norma giuridica deve essere intesa come il risultato, non come la premessa, dei processi di interpretazione e applicazione giudiziale<sup>24</sup>. La concezione semantica della norma giuridica deriva direttamente dall'accettazione della tesi secondo la quale i processi argomentativo-deliberativi posti in essere dal giudice non hanno un carattere puramente descrittivo degli standard creati dal legislatore e, quindi, svolgono una funzione essenziale nella determinazione dei contenuti del diritto. Proprio a partire da questa tesi è, infatti, possibile concludere che i testi normativi costituiscono la premessa del ragionamento giudiziale, l'esito conclusivo del quale è rappresentato dalla norma (intesa nel senso semantico, ossia come unità di significato). Allo stesso tempo, nella misura in cui attività di ragionamento, il carattere delle quali non è esclusivamente

<sup>23</sup> Questo non significa che regole e principi siano concettualmente omogenei. Come R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1978, pp. 22-28, Peczenik, *On Law and Reason*, cit., pp. 74-82, e R. Alexy, *A Theory of Constitutional Right*, Oxford University Press, Oxford 2002, pp. 44-61, notano, infatti, esistono significative differenze tra questi due tipi di standard normativi. I principi hanno un contenuto più generico delle regole, dal momento che si riferiscono a valori e progetti ideologicamente connotati piuttosto che a condotte determinate che devono, non devono o possono essere poste in essere. Inoltre, la struttura dei principi è diversa da quella delle regole: mentre le regole costituiscono degli imperativi definitivi, i principi sono imperativi da ottimizzare e sono caratterizzati dalla dimensione del peso piuttosto che da quella della validità (propria invece delle regole). Per una trattazione recente della distinzione, nella quale le posizioni principali del dibattito sono accuratamente ricostruite, si veda G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna 2010, pp. 51-75.

<sup>24</sup> Su questo aspetto si veda Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 21-30.

deduttivo, sono indispensabili per determinare i contenuti del diritto positivo, sono i significati degli standard normativi, e non invece i testi giuridici (ossia le formulazioni letterali di tali standard) a costituire l'oggetto principale dello studio teorico del diritto.

### *3. Ragionamento giudiziale e concetto di diritto*

Nella sezione precedente mi sono concentrato sulle principali implicazioni teoretiche della tesi secondo la quale il ragionamento giudiziale contribuisce in maniera significativa a determinare i contenuti del diritto positivo. In tal modo, ho inteso anche giustificare l'affermazione che tra positività del diritto e giurisprudenza vi è una relazione stretta, concettuale e indissolubile. Quando presa sul serio, tale tesi – che da taluni potrebbe essere considerata quasi un truismo – ha profonde implicazioni filosofico-giuridiche, specialmente nella misura in cui obbliga a rivedere la teorizzazione tradizionale di alcune nozioni giuridiche fondamentali. Ora si tratta di capire se tale revisione della filosofia del diritto tradizionale abbia conseguenza anche per il modo in cui il diritto è concettualizzato.

La reale portata teorica della tesi che il ragionamento giudiziale contribuisce in modo decisivo a determinare i contenuti del diritto positivo può essere apprezzata meglio, credo, quando essa è riformulata nei termini seguenti: le norme giuridiche non possono essere osservate e applicate senza fare ricorso a forme argomentative di carattere deliberativo<sup>25</sup>. Questa riformulazione permette di cogliere il fatto che non soltanto le regole promulgate dal legislatore ma anche le attività di ragionamento poste in essere dai giudici contribuiscono a fissare contenuti, forme e limiti di un sistema giuridico. Il ragionamento giudiziale, dunque, non svolge un ruolo essenziale soltanto in alcuni specifici ambiti dello sviluppo di un ordinamento giuridico ma ha anche implicazioni dirette per il modo stesso in cui il fenomeno giuridico nel suo complesso è concepito. Su questa base è possibile intendere il diritto stesso (in quanto concetto generale) come un insieme di pratiche argomentative e interpretative poste in essere da vari soggetti e a diversi livelli di astrazione.

Quest'ultima osservazione sta a significare che concetto di diritto e ragionamento giuridico sono strettamente connessi. I processi argomentativi non soltanto occupano una posizione centrale nelle pratiche giuridiche; essi determinano altresì che cosa è il, e si debba intendere per, diritto. In quest'ottica, il diritto nel suo complesso non è un prodotto preconstituito alle attività di ragionamento giuridico e a quelle poste in

<sup>25</sup> Le due formulazioni della tesi sono concettualmente identiche. L'unica differenza, se ve ne è una, ha a che vedere con la diversa enfasi di tali formulazioni. Infatti, la prima costituisce una formulazione più generale, mentre la seconda si riferisce a una conseguenza specifica di tale formulazione più generale. In questo contesto, l'aggettivo «deliberativo» sta a indicare il fatto che il ragionamento giudiziale è una pratica che non può essere ridotta alla meccanica applicazione delle regole, dal momento che le procedure di ragionamento giudiziale sono almeno in parte indipendenti dalle regole che hanno a oggetto.

essere dai giudici in particolare. Al contrario, esso non individua una pratica sociale di carattere argomentativo, un insieme di ragionamenti e argomentazioni che sono finalizzate alla determinazione della soluzione più ragionevole di una determinata controversia. Tale ricerca della soluzione ragionevole non avviene in astratto ma, piuttosto, nel contesto di una serie di disposizioni poste da coloro che hanno l'autorità per farlo. Ciononostante, tali disposizioni non esauriscono il diritto positivo: esse semplicemente contribuiscono a specificarne caratteri e contenuti al pari di un'altra componente altrettanto fondamentale: le attività di ragionamento attraverso le quali quelle disposizioni acquistano significato ed entrano in mutue relazioni. Per diritto, dunque, si intende non soltanto un sistema di disposizioni prescrittive ma anche un insieme di ragioni attraverso le quali le disposizioni promulgate dall'autorità sono interpretate, applicate e giustificate. La dimensione razionale – così come questa è mediata attraverso i processi giuridico-argomentativi – è intrinseca al fenomeno giuridico, che, pertanto, individua un processo, ancor prima che un ordinamento, ossia un insieme di premesse in attesa di essere articolate attraverso procedure di carattere deliberativo, e, quindi, un'entità fluida e dinamica.

L'implicazione fondamentale delle riflessioni precedenti è che l'immagine tradizionale del diritto come ordinamento unitario di regole positive, in quanto poste da una qualche autorità costituita, risulta inadeguata. Il diritto non può essere inteso come un sistema stabile fondato sull'esistenza di un'autorità imparziale, così come esso è teorizzato dalla filosofia del diritto tradizionale. Allo stesso modo non è possibile intendere il fenomeno giuridico come un oggetto, ovvero un sistema finito e autonomo di fatti sociali che può essere identificato e unificato dall'esistenza di una regola formale fondamentale l'identità della quale può essere determinata senza fare ricorso a procedure argomentative e deliberative di carattere ricostruttivo, piuttosto che descrittivo. Per quanto rassicurante, tale concezione del diritto è viziata e teoricamente insostenibile, dal momento che essa costituisce una rappresentazione eccessivamente semplicistica e non dà conto di una componente fondamentale del fenomeno giuridico: ossia il ragionamento giudiziale<sup>26</sup>. Le regole generali e astratte costituiscono soltanto una parte della realtà del diritto positivo. Una volta poste, le regole devono essere interpretate e applicate ai casi specifici. Le attività interpretative e applicative del diritto – quali sono le procedure di accertamento, sistematizzazione, bilanciamento e applicazione delle norme, la risoluzione di conflitti normativi, il richiamo ai precedenti giudiziali, e la classificazione giuridica dei fatti – richiedono necessariamente il ricorso a pratiche deliberative, ossia a forme di ragionamento che non si esauriscono nella mera conoscenza delle regole positive pre-esistenti. Il ragio-

<sup>26</sup> Questa concezione emerge nell'opera di J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in «The Yale Law Journal» n. 81, 1972, pp. 842-854, J. Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford 1979, pp. 37-159, e H. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1994, per esempio.

namento giuridico, dunque, (in particolare quando esso è posto in essere nel contesto di un processo giudiziale) contribuisce a determinare i contenuti del diritto positivo e, quindi, ha un impatto diretto sulla positività del diritto.

La (distorta) rappresentazione del fenomeno giuridico offerta dalla filosofia del diritto di orientamento giuspositivistico dipende in larga misura dall'interesse, quasi esclusivo, che viene prestato alla componente formale dei sistemi giuridici positivi. In tal modo, il ragionamento giudiziale finisce quasi inevitabilmente per essere inteso come una dimensione specifica, periferica ed eventuale del fenomeno giuridico. Conseguentemente anche lo studio del ragionamento giudiziale è inteso come un elemento, tra i tanti, di una teoria generale del diritto. Ma ciò equivale a non cogliere il fatto che nei sistemi giuridici positivi il ragionamento è una pratica pervasiva e ineliminabile. Il suo studio, pertanto, ha delle implicazioni inevitabili per il modo in cui il concetto stesso di diritto è definito. Nella misura in cui, al contrario, si considera inadeguata una concezione principalmente formale del fenomeno giuridico, il programma di ricerca del filosofo del diritto è completamente nuovo e diverso. La filosofia del diritto va, innanzitutto, intesa come un tentativo di arrivare a una compiuta teorizzazione generale del fenomeno giuridico inteso come un concetto argomentativo. Tale concetto richiede la collaborazione di intellettuali con preparazione e conoscenze diverse: giuristi, filosofi, teorici dell'argomentazione e studiosi della morale. Soltanto l'interazione di intellettuale con competenze differenti ma complementari è possibile sviluppare una teoria generale del diritto in grado di comprendere sia il fenomeno giuridico – i suoi tratti fondamentali e le trasformazioni che ha subito nei tempi più recenti, soprattutto a partire dall'introduzione di costituzioni lunghe e rigide – sia le principali problematiche che lo contraddistinguono. A partire da queste premesse, che caratterizzano l'approccio interdisciplinare qui proposto come quello più adeguato alla comprensione del diritto positivo, diventa inevitabile superare un concezione del diritto, quale è quella giuspositivistica, nell'ambito della quale il ragionamento giudiziale è inteso come una componente periferica del fenomeno giuridico. Allo stesso tempo, lo studio del diritto positivo non può prescindere da una specifica e dettagliata teoria del ragionamento giudiziale<sup>27</sup>. Infatti, la teoria dell'argomentazione giudiziale va intesa come una prospettiva privilegiata a partire dalla quale analizzare il diritto positivo e comprenderne le problematiche connesse alla sua esistenza. Pertanto, lo studio del ragionamento giudiziale non costituisce soltanto una riflessione che ha a oggetto una specifica dimensione del fenomeno giuridico; esso va inteso piuttosto principalmente come un approccio generale che ha implicazioni dirette per il concetto di diritto. Quest'ultimo non può essere compreso

<sup>27</sup> La tesi secondo la quale lo studio del ragionamento giudiziale non ha implicazioni per il concetto di diritto trova una compiuta teorizzazione nell'opera di J. Raz, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London 1975, Raz, *The Authority of Law*, cit., pp. 37-159, e J. Raz, *The Nature of Law*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», n. 82, 1996, pp. 1-25.

a prescindere da un'analisi attenta e accurata del ragionamento giuridico in genere e di quello giudiziale in particolare. In tal modo, tra filosofia del diritto e teoria del ragionamento giuridico vi è una relazione stretta e concettuale: non ha senso analizzare il diritto dal punto di vista filosofico senza contestualmente elaborare una teoria del ragionamento pratico, del quale il ragionamento giuridico è una manifestazione specifica<sup>28</sup>.

Quest'ultima concezione ha costituito il riferimento principale di una serie di teorici del diritto che, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, hanno inteso articolare una concezione argomentativa del diritto<sup>29</sup>. Tuttavia, il programma di ricerca articolato da tali studiosi non ha ancora prodotto tutti i risultati sperati. Il suo parziale fallimento, tuttavia, non è dovuto al fatto che tale programma di ricerca sia concettualmente viziato ma piuttosto al fatto che l'idea di fondo alla quale esso è informato – la concezione del diritto come una pratica argomentativa – non è stata perseguita con sufficiente chiarezza e coerenza dai suoi proponenti. Questi ultimi si sono in larga misura limitati a rivedere criticamente la teorizzazione tradizionale di alcune nozioni giuridiche fondamentali senza però spingersi ad articolare un concetto di diritto genuinamente innovativo. Soltanto due studiosi, tra coloro che hanno preso sul serio la dimensione argomentativa del diritto, sono giunti a una teorizzazione generale, sia pur non sufficientemente articolata e dettagliata, del diritto come pratica argomentativa. Mi riferisco a Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Proprio a partire da una riflessione sul ragionamento giuridico, Alexy definisce il diritto come un

«sistema di norme che 1) avanza una pretesa di giustizia, e 2) consiste nella totalità delle norme di una costituzione socialmente efficace nelle sue grandi linee e che non sono ingiuste in misura estrema, così come nella totalità delle norme statuite in modo conforme alla costituzione, dotate di un minimo di efficacia sociale o di *chance* di efficacia e di cui fanno parte i principi e gli ulteriori argomenti normativi su cui si basa e/o si deve basare la procedura di applicazione del diritto per assolvere alla pretesa di giustizia»<sup>30</sup>.

In questa definizione – che ricostruisce il diritto come un insieme non soltanto di regole ma anche di principi, argomenti e procedure deliberative – Alexy incorpora una concezione allargata di norma e di fonte del diritto. Al medesimo tempo, concepisce la validità giuridica come il prodotto sia di decisioni autoritative sia di pratiche argomentative. In tal modo, Alexy finisce per riconoscere che il ragionamento giudiziale occupa una posizione centrale non soltanto nella pratica giuridica ma anche nella concettualizzazione del diritto.

<sup>28</sup> Su questo punto si veda Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 169-175.

<sup>29</sup> Questo programma di ricerca trova espressione in di Aarnio, Alexy, Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, cit., pp. 133-158, 259-273 e 423-448, a pp. 131-136, ad esempio.

<sup>30</sup> Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 129.

In modo non dissimile, Dworkin sostiene che:

«il diritto è un concetto interpretativo. I giudici devono decidere che cosa è il diritto attraverso l'interpretazione della pratica seguita da altri giudici quando decidono che cosa è il diritto»<sup>31</sup>.

Il fenomeno giuridico, dunque, va inteso primariamente come una pratica, o un processo:

«il diritto non si esaurisce in un catalogo di regole o principi, ciascuno dei quali si applica a un ambito ben definito di comportamenti. Il diritto non si riferisce nemmeno a un insieme di pubblici ufficiali e dei poteri che essi possono esercitare sulla nostra esistenza. La sfera giuridica è definita da un'attitudine, non da un territorio, potere, o procedura»<sup>32</sup>.

Su tale base è ragionevole criticare l'idea che il «il diritto esiste come semplice fatto» e «che cosa è il diritto è completamente indipendente da che cosa il diritto dovrebbe essere»<sup>33</sup>. In tal modo, Dworkin teorizza l'esistenza di diverse tipologie normative, elabora una concezione complessa di validità giuridica e difende la tesi della connessione necessaria tra diritto e morale.

Per quanto contengano elementi innovativi le concettualizzazioni del diritto offerte da Alexy e Dworkin non costituiscono una rottura radicale con la filosofia del diritto tradizionale e, in ultima analisi, non traggono tutte le implicazioni teoriche direttamente connesse alla tesi secondo la quale il ragionamento giudiziale occupa una posizione centrale nel fenomeno giuridico. La continuità che esiste tra la teoria del diritto tradizionale e gli approcci appena introdotti emerge soprattutto nella concezione di Alexy della norma fondamentale di riconoscimento e nella sua trattazione dei canoni interpretativi. Da un lato, Alexy sottolinea l'utilità teorica della norma fondamentale di riconoscimento, così come questa è teorizzata da Hans Kelsen, sia pur in una forma parzialmente rivista al fine di dare spazio al riconoscimento della connessione concettuale tra diritto e morale. Da un altro lato, pur contestualizzando lo studio dei classici canoni dell'interpretazione in un quadro generale costituito dalla teoria del discorso, Alexy non coglie i limiti intrinseci a tali canoni (i quali non possono costituire una guida all'interpretazione giuridica senza essere, a loro volta, interpretati, e pertanto sono all'origine di un circolo vizioso che porta a un regresso all'infinito) e così non mette in discussione la rilevanza teorica di tali canoni<sup>34</sup>. Per parte sua, Dworkin non articola la tesi del diritto come pratica argomentativa in modo compiutamente coerente alle sue estreme conseguenze, dal momento che non abbandona la «tesi dell'unica risposta corretta»<sup>35</sup>. L'accettazione di tale tesi presuppone

<sup>31</sup> Dworkin, *Law's Empire*, cit., p. 410 (traduzione mia).

<sup>32</sup> Ivi, p. 413 (traduzione mia).

<sup>33</sup> Ivi, p. 7 (traduzione mia).

<sup>34</sup> Su questo punto si è recentemente soffermata F. Zanuso, In claris non fit interpretatio: *las ilusiones del normativismo en la crítica de la hermenéutica*, «Icade», 2011, 82, pp. 255-257.

<sup>35</sup> La versione forte della tesi dell'unica risposta corretta implica la conclusione che per ogni caso esiste

ne una concezione del ragionamento come un processo attraverso il quale una realtà può essere conosciuta in modo oggettivo. In tale visione, un ragionamento corretto non si differenzia da una dimostrazione di un enunciato come (oggettivamente) vero: in entrambi i casi, le attività (rispettivamente) deliberative e conoscitive hanno carattere descrittivo e hanno luogo in modalità che sono completamente indipendenti dal punto di vista di colui che le pone in essere. Tale approccio non è soltanto teoricamente criticabile, come ha giustamente osservato MacCormick, ma finisce anche per negare la portata autenticamente innovativa della concezione del diritto come una pratica argomentativa<sup>36</sup>. Tale concezione, quando viene articolata in modo coerente e conseguente, implica una revisione della tesi positivista del diritto come entità predefinita oggettivamente che va conosciuta così come di fatto essa è e si presenta a chi la conosce. Nella prospettiva argomentativa, il diritto è invece un'attività di carattere valutativo che si struttura attraverso confronti di ragioni e argomenti. Tale attività, quindi, non è indirizzata a conoscere e descrivere un oggetto preesistente, ma piuttosto contribuisce a dar forma e a ricostruire una specifica pratica sociale i contorni della quale non sono predeterminate rispetto ai processi di ragionamento normativo.

In conclusione, i concetti di diritto teorizzati da Alexy e Dworkin meritano grande attenzione, ma vanno in ultima analisi considerati insufficientemente coerenti con la premessa fondamentale che caratterizza la concezione del diritto come pratica argomentativa. Mentre tali teorici riconoscono espressamente che il ragionamento giudiziale svolge un ruolo essenziale nel percorso che conduce alla positivizzazione del diritto, essi non prendono sufficientemente le distanze dal programma di ricerca tradizionale. In tal modo, essi finiscono per depotenziare l'intuizione di fondo che sta alla base della concezione del diritto come pratica argomentativa e per ridimensionare così la portata teorica della tesi secondo la quale diritto positivo e giurisprudenza sono inseparabili.

#### 4. Conclusioni

In questo saggio, ho difeso la tesi secondo la quale il riconoscimento del ruolo che il ragionamento giudiziale svolge nella determinazione della positività del diritto ha implicazioni teoriche profonde. Tale tesi invita innanzitutto a reinterpretare alcuni dibattiti classici per la filosofia del diritto. Inoltre, essa comporta la revisione critica della concezione tradizionale tanto di alcune nozioni giuridiche fondamentali – quali quella di fonte del diritto, norma giuridica e validità giuridica – quanto

una sola soluzione corretta e questa può essere determinata razionalmente. La tesi, dunque, può essere distinta in due componenti: (1) i sistemi giuridici contemporanei sono sufficientemente evoluti da garantire un'unica soluzione per ogni disputa; (2) i destinatari delle norme giuridiche sono in grado di determinare – o meglio, scoprire – tale soluzione a partire dalla loro conoscenza del diritto e mediante l'utilizzo delle loro capacità razionali. Una trattazione introduttiva di questa tesi si trova in Aarnio, *The Rational as Reasonable*, cit., pp. 158-161.

<sup>36</sup>N. MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Clarendon Press, Oxford 1984, p. 130.

del concetto stesso di diritto. Quest'ultimo va inteso come il prodotto di attività deliberative, ossia come una pratica argomentativa nella quale si confrontano ragioni diverse e argomenti antagonisti. La determinazione dei contenuti del diritto, quindi, non è semplicemente una questione di esercizio dell'autorità legislativa; essa è piuttosto una variabile dipendente del ragionamento giuridico in generale e di quello giudiziale in particolare.

Queste riflessioni giustificano anche una riconsiderazione critica della natura della teoria del diritto. Nella prospettiva tradizionale la teoria giuridica è principalmente intesa come filosofia del diritto positivo, così come quest'ultimo emerge da un'analisi delle norme promulgate dall'autorità legislativa e, pertanto, in vigore. La teoria del diritto, quindi, procede indipendentemente dalla teoria del ragionamento giuridico. Al contrario, le riflessioni che ho presentato in questo saggio giustificano la conclusione che la teoria del ragionamento giuridico costituisce una prospettiva privilegiata di indagine del fenomeno giuridico. Pertanto, non vi è alcuna compiuta teoria generale del diritto a prescindere da una considerazione critica della natura, delle forme, dei limiti e della funzione del ragionamento giuridico. Tale conclusione ha implicazioni importanti per lo studio teorico del diritto. Essa delinea un programma di ricerca ambizioso e potenzialmente innovativo che finora non è stato sviluppato in modo sufficientemente coerente e rigoroso. Intraprendere tale programma di ricerca, che implica una revisione radicale del concetto stesso di diritto, equivale a prendere sul serio la tesi secondo la quale il diritto è una pratica argomentativa e abbandonare così definitivamente il paradigma giuspositivistico nello studio del fenomeno giuridico, un paradigma che, per quanto indebolito, costituisce ancora il riferimento principale di molti filosofi del diritto contemporanei.





*Positivismo e no nel diritto dell'impresa: a proposito dei fondamenti dell'abuso dell'autonomia contrattuale nel «tempo dell'economia» (con particolare riguardo ai rapporti «B2C»)*

MAURIZIO BIANCHINI

*Sommario:* 1. Premessa introduttiva al tema d'indagine. 2. Il legame stretto tra fattispecie di abuso della libertà contrattuale e la contrattazione d'impresa: l'attualità del tema alla luce di taluni indici normativi e giurisprudenziali. 3. La clausola generale dell'abuso di libertà contrattuale e il suo possibile «contrappeso specificativo», costituito dalle articolazioni delle posizioni di mercato in base a ruoli socio-economici tipici. 3.1. I termini della questione qui affrontata: il caso dei contratti «*business to consumer*». 3.2. Una necessaria contestualizzazione del problema alla luce delle teorie del contratto avanzate dalla civilistica contemporanea (cenni sul c.d. «contratto asimmetrico» e sul c.d. «terzo contratto»). 3.3. Riprendendo il filo: la buia notte dell'autonomia contrattuale, dove «tutte le mucche sono nere». 3.4. (*segue*) La nuova alba dell'autonomia contrattuale (d'impresa): verso una regolazione del mercato in base a nuove tipologie di *status*, come parametri valutativi dell'abuso imposti dalla legge. 4. *È il mercato, bellezza!* Ovvero: il «prezzo» da pagare alla ricostruzione qui proposta (intorno alla rinascita della categoria dei «*contratti d'impresa*»). 5. Un effetto collaterale della tesi esposta. Ovvero: il caso del professionista intellettuale ... *fatalmente attratto* all'area dell'impresa (postilla *incidenter tantum*). 6. Considerazioni finali.

*1. Premessa introduttiva al tema d'indagine*

Credo che un discorso sul grado di incidenza del carattere della «*positività*» nel *diritto* del nostro tempo, così come sollecitato dalle riflessioni dei curatori del presente volume<sup>1</sup>, e laddove venga affrontato con specifico riferimento all'area del diritto

<sup>1</sup> Ma certamente non limitate ai contributi di quest'opera collettanea: cfr. ad es. P. Moro, C. Sarra, *Introduzione* in P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 7-ss. (nonché i rispettivi contributi individuali, *ivi*, p. 15-ss. e 85-ss.). In particolare, non potendo qui addentrarmi (anche ammesso, ma certo non concesso, di possederne le necessarie capacità) nell'articolato e discusso concetto di *diritto positivo* fatto oggetto di studio da parte dei suddetti Autori, mi limito a tenere fermo stipulativamente quella sorta di minimo comune multiplo da loro

commerciale – che oggi ritengo possa essere meglio inteso come «*diritto dell'impresa*»<sup>2</sup> – possa essere tendenzialmente *tarato*, per così dire, sul riscontro o meno di uno o più di quei *comandi* che KANT definiva come «*imperativi ipotetici*»<sup>3</sup>: validi, cioè, in dipendenza dalle premesse date e alla luce delle circostanze di fatto, assunte come finalità dell'agire, le prime, e come esistenti al momento dell'azione, le seconde.

stessi individuato in relazione al suddetto termine: e cioè: «l'idea della ultimatività della non-ulteriorità» dei «significati ascritti al termine 'positivo'», ossia «una soglia, una puntualità irriducibile», tali significati indicando, «in altri termini, un concetto statico di limite come ciò che chiude e (de)finisce: si tratta [...] del limite visto nel solo suo lato 'interno'» (ivi, p. 8). Con tali e simili affermazioni sembra si apra la possibilità (logica, quanto meno) di poter considerare tale (come *diritto positivo*) principi e regole di fonte non strettamente né immediatamente giuridica, e non solo, dunque, il principio affermato nella massima giurisprudenziale della Suprema Corte di legittimità, essa stessa ormai considerata come una fonte del diritto (anche al di là, intendo dire, della legislativamente riconosciuta funzione nomofilattica della Cassazione): tutto ciò, nonostante la formale vigenza di una gerarchia delle fonti tipica di un assetto ordinamentale di *civil law*. In effetti, la questione che tali Autori si pongono – l'urgenza del «tema della positività in generale», e in particolare il «rapporto tra positività e giurisprudenza» – credo vada tenuto presente anche in questa sede, giacché, alla «distanza tra il testo della legge e il diritto espresso come suo significato applicabile» – distanza frutto «dell'ovvia e sacrosanta valorizzazione del momento interpretativo nella stessa posizione del diritto» – ha fatto riscontro «troppo spesso, quasi come una sorta di staturalismo di ritorno», un'esponenziale aumento dell'importanza della «figura del giudice». E «[q]uest'ultima viene a caricarsi così di tutta la magia che un tempo connotava l'aura mistica dello Stato»: così travalicando e minando un pilastro dello Stato di diritto, ossia la tradizionale tripartizione dei poteri. Sul tema della contrapposizione tra giusnaturalismo e giuspositivismo, v. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. Comunità, Milano 1977<sup>2</sup> (sul significato di diritto positivo v. spec. p. 103-ss.). Sul significato di diritto positivo, v. anche F. Viola, *Concetto e concezioni di diritto positivo nelle tradizioni teoriche del giuspositivismo*, in G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino 1991, p. 155-ss. e 309-ss.; A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Un'antologia*, Giappichelli, Torino 2005; P. Sirena (a cura di), *Oltre il «positivismo giuridico». In onore di Angelo Falzea*, Esi, Napoli 2012. Sul giusnaturalismo e il diritto commerciale, nell'attuale crisi delle fonti, v. di recente G. Panzarini, *Il diritto naturale come fonte del diritto*, Cedam, Padova 2009.

<sup>2</sup> Per una consapevole e argomentata tesi del diritto commerciale come diritto *dell'impresa* e, dunque, *del mercato* che essa, necessariamente, concorre a configurare, tra molti, sia pure nel contesto di differenti visioni del diritto commerciale, v. G.B. Portale, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, in *1882-1982. Cento anni dal codice di commercio*, Atti del Convegno internazionale di Studi di Taormina, 4-6 novembre 1982, Giuffrè, Milano 1984, p. 227-ss., p. 227-228; Id., *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, in «Jus», 1981, p. 141-ss., e *ivi* spec. p. 148-ss.; Id., *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo*, in «Rivista delle società», 2008, 1-ss., *passim*; B. Libonati, *La categoria del diritto commerciale*, «Rivista delle società», 2002, 1-ss.; V. Buonocore, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, esi, 2006, spec. p. 154 e 241-ss.; C. Fois, *Il «giardiniero» di Pugliatti e la scienza giuridica nel tempo dell'economia*, in «Giurisprudenza commerciale», 2006, I, pp. 321-ss., spec. pp. 340-ss. Recentemente, v. anche G. Terranova, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, in «Rivista di Diritto Commerciale», 2008, I, p. 1-ss.; P. Ferro Luzzi, *Lezioni di diritto bancario*, vol. I, *Parte generale*, Giappichelli, Torino 2012<sup>3</sup>, spec. p. 16 («Sarebbe ora di parlare di Diritto dell'impresa») e M. Libertini, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in «Rivista delle società», 2013, pp. 1-ss., pp. 29-ss.

<sup>3</sup> I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari 1985. Sull'influenza esercitata sul modo di pensare dei giuristi dalla filosofia kantiana, organizzata sulla base di categorie che si danno come *a priori*, così da oggettivarne la portata rispetto ai fatti della storia e quasi imprigionando in esse il ragionamento giuridico, v. N. Lipari, *Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile*, in «Rivista di diritto civile», 2009, I, pp. 515-ss.

Questa prospettiva, benché risulti ancora assai generica, permette di porre capo alla fondamentale *liaison* tra *interpretazione e costruzione* delle norme positive nel peculiare contesto dell'arena degli scambi<sup>4</sup>. E ciò perché il diritto dell'impresa compendia un insieme di regole – imperative e dispositive<sup>5</sup> – di organizzazione e di moderazione dei comportamenti umani finalizzati ad uno scopo solitamente preciso, sia pure non univoco dal punto di vista soggettivo. Infatti, l'*impresa*, così come genericamente delineata nell'art. 2082, c.c., è essenzialmente un'*attività* non occasionale, qualificata dall'*economicità* e dall'*organizzazione* e dalla sua *essenziale destinazione* al mercato («attività in una certa forma», secondo Oppo), rilevabile oggettivamente come un fatto giuridico in senso ampio, sebbene in un solo fatto essa non si possa risolvere, essendo determinata da un insieme di atti e fatti coordinati (organizzati, appunto) ad un fine unitario<sup>6</sup>. Quest'ultimo normalmente consiste in una qualche

<sup>4</sup> Sul punto C. Fois, *Le società per azioni tra codice civile e legislazione speciale. Preliminari ad una indagine esegetica*, in «Rivista delle società», 1985, pp. 62-ss., pp. 62 (*sub* nt. 2) e 68 (*sub* nt. 27), ricordando il ruolo fondamentale degli scritti di Ascarelli e la «circolarità dialettica che si instaura tra norma e ordinamento secondo gli impulsi dettati dai concetti e dalle categorie». Recentemente G. Oppo, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in G. Cian (a cura di), *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, Atti del Convegno di Studi di Padova e Abano Terme, 4-6 giugno 2003, Cedam, Padova 2004, pp. 7-ss., a p. 28, ricorda che le «opzioni del legislatore non esauriscono le opzioni del giurista».

<sup>5</sup> Per un'analisi e classificazione della natura delle norme positive, v., *ex multis*, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Esi, Napoli 2006<sup>3</sup>, p. 246-ss.; E. Russo, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in «Rivista di Diritto Civile», 2001, I, pp. 573-ss. Per l'affermazione secondo la quale il diritto europeo ha attuato il progetto di unificazione dei mercati incidendo sull'autonomia contrattuale delle imprese «con norme il più delle volte imperative, volte a regolare ed a volte a riequilibrare il contenuto dei contratti da esse stipulati», G. Agrifoglio, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, in «Contratto e impresa», 2008, pp. 1335-ss., p. 1339. Per un'analitica ricostruzione del diritto societario come insieme di regole organizzative al contrario prevalentemente dispositive (*enabling rules*), e contrattuali (*as a nexus of contracts*), v. spec. F.H. Easterbrook D.R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, The Chicago Univ. Press, Chicago 1991, cap. I; ma v. anche, in diversa prospettiva, J.C. Coffee Jr., *The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role*, in «Columbia Law Review», 1989, vol. 89, pp. 1618-ss. Recentemente, sull'interazione tra legge e contratto di società v. soprattutto, R. Kraakman, J. Armour, P. Davies, L. Enriques, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, E. Rock, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford Univ. Press, Oxford-New York 2009<sup>2</sup>, spec. 19-ss. In Italia, per una ricostruzione del dibattito, v. C. Marchetti, *La «Nexus of Contracts» Theory. Teorie e visioni del diritto societario*, Giuffrè, Milano 2000, spec. cap. I.

<sup>6</sup> G. Oppo, *L'impresa come fattispecie*, in «Rivista di Diritto Civile», 1982, I, pp. 109-ss., ivi p. 112-s., *sub* nt. 10 (ma *passim*); Id., voce «*Impresa e imprenditore. I) Diritto commerciale*», cit., 1-s.; P. Spada, voce «*Impresa*», in «Digesto delle discipline privatistiche», Sez. comm., vol. VII, UTET, Torino 1992, p. 32-ss., ivi spec. pp. 35-ss., 40 e 42-ss. In un'accezione in parte diversa (l'impresa come «attività oggettivamente considerata»), v. P. Ferro-Luzzi, *L'impresa*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 9-ss., ivi spec. pp. 16-ss. (e *passim*); recentemente v. A. Mazzoni, *L'impresa tra diritto ed economia*, in «Rivista delle società», 2008, pp. 649-ss., spec. pp. 659-ss. Anche nel diritto comunitario, la nozione di impresa, divisata a fini *antitrust* (cfr. spec. gli artt. 101, 102 e 106, TFUE) assume un carattere *fattuale* tale da farne spesso oggetto di una definizione in termini *oggettivi*, e *funzionali* all'applicazione delle regole sulla concorrenza e delle quattro libertà economiche fondamentali (v. ad es. A. Mazzoni, *La nozione d'impresa nel diritto antitrust*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *Venti anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino 2010, t. I°, pp. 495-ss.; G. Giannelli, voce «*Impresa comunitaria*», in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol.

forma di massimizzazione delle utilità – di norma, del profitto<sup>7</sup> – del soggetto che *professionalmente* tale attività *esercita*<sup>8</sup>, e al quale, pertanto, l'impresa stessa viene *imputata*, per l'appunto, secondo la nota costruzione dell'art. 2082 c.c. («imprenditore» è «chi esercita professionalmente» ecc.).

Dunque, lo *scopo-fine* rappresentato dal raggiungimento del «benessere generale» – così come enunciato nell'art. 3, par. 1°, TUE (che, ad esempio, nella Dichiarazione di indipendenza statunitense diventa un vero e proprio *diritto* alla *ricerca della felicità* dell'individuo, di *ciascun* individuo, per rango equiparato al diritto alla vita e alla libertà<sup>9</sup>) – è, in questo particolare settore, strettamente coordinato con la necessità di legittimare come valido (anche) il fine costituito dall'utilità individuale, sotto forma di riconoscimento e tutela – anche sul piano giuridico e non solo sotto l'eventuale profilo morale e/o sociale – della legittimità dell'aspirazione alla massimizzazione delle utilità ritraibili dall'attività svolta *professionalmente* per e nel mercato, e in particolare del profitto privato<sup>10</sup>.

XVIII, IPZS, Roma (addendum 2008); D. Corapi, voce «Impresa (dir.comun.)», in «Enciclopedia del diritto», Annali, vol. I, Giuffrè, Milano 2007, pp. 734-ss.; L. Di Via, *L'impresa*, in N. Lipari, (a cura di), *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. II: *I Soggetti (seconda parte)*; Beni, Interessi, Valori, Cedam, Padova 2003<sup>2</sup>, p. 54-ss.; G. Guizzi, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile* (già in «Rivista di Diritto commerciale», 1993, I, pp. 277-ss., e ora in) Id., *Mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 5-ss.; A. Pietrobon, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Cedam, Padova 1990, spec. pp. 108-ss.

<sup>7</sup> R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, New York 2007, pp. 3-4, rispetto alla logica razionale della massimizzazione del profitto o delle utilità, propria dell'*homo oeconomicus*; G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano 2006, p. 21 («Secondo Smith, [...] la qualità dei nostri pasti non discende dalla generosità del macellaio, del panettiere, del birraio. Ognuno di loro fa, ovviamente, il proprio interesse particolare, mentre a quello generale provvede una curiosa, e abbastanza elusiva, emanazione del mercato stesso, che Smith chiamava la mano invisibile»). E v. anche L. Sambucci, *Il contratto dell'impresa*, Giuffrè, Milano 2002, spec. pp. 145-ss. E v. *sub* nt. 10.

<sup>8</sup> Sul requisito della professionalità dell'imprenditore, si può sin da ora rinviare al classico contributo di W. Bigiavi, *La professionalità dell'imprenditore*, Cedam, Padova 1948. E v. *amplius* nel par. 4, lett. (b), per alcune precisazioni sul punto.

<sup>9</sup> Riporto il passaggio che costituisce il secondo periodo della Dichiarazione d'indipendenza, firmata il 4 luglio 1776 dai rappresentanti degli (allora) tredici Stati Uniti d'America: «We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain inalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness». Peraltro, nel *preamble* della Costituzione statunitense, firmata a Philadelphia il 17 settembre 1787, il diritto alla *ricerca della felicità* (*Pursuit of Happiness*) si traduce in concetti più formali, atti a sostanziare, su di un piano giuridico generale, libertà e diritti fondamentali, sebbene, ritengo, meno pregnanti dal punto di vista sociale. Si legge infatti che «We People of the United States, in order to form a more perfect Union, establish Justice, insure *domestic Tranquillity*, provide for the common Defense, *promote the general Welfare*, and secure the *Blessing of Liberty* to ourselves, our Posterity, do ordain and establish the Constitution of the United States of America» (enfasi aggiunta). Sul tema del diritto alla ricerca della felicità, stimolante (e piacevole) risulta la lettura di M. Barbato, *Thomas Jefferson o della felicità. Autobiografia di Thomas Jefferson*, Sellerio, Palermo 1999.

<sup>10</sup> Alla «legittimazione del profitto» (almeno sotto forma di «possibilità di guadagno») e «fuori da presupposti moralistici» fa riferimento T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*<sup>3</sup>, cit., p. V e pp. 11 e 38-ss. Inoltre, cfr. G. Oppo, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. VI: *Principi e problemi del diritto privato*, Cedam, Padova 2000, pp. 147-ss., il quale esclude che il *profitto* possa essere *ragione* della legittimazione dell'impresa per il diritto: quello infatti viene «legittimato a sua volta dalla produttività», sebbene il profitto pos-

Ma la soddisfazione di quell'obiettivo (o scopo) dell'attività è altresì condizionata e limitato dalle modalità specifiche del suo raggiungimento<sup>11</sup>. Modalità, condizionamenti e veri e propri limiti che spesso vengono espressi in procedimentalizzazioni normative – talora obbligate, tal'altra solo indotte, ovvero proposte in alternativa ad altre o, ancora, semplicemente supplite (*default rules*) dall'ordinamento – degli atti di volontà che così si conformano ad un ideale modello *concorrenziale* e *trasparente* del mercato, e dunque – non sfugga l'ineludibile connessione – dell'esercizio dell'impresa medesima. E ciò al fine ultimo di garantire il «benessere generale» e lo «sviluppo sostenibile» della stessa Unione europea – i territori di quest'ultima congiuntamente rappresentando lo spazio del «mercato interno» in cui oggi ci è dato operare – secondo l'ormai nota formula dell'«economia sociale di mercato» (art. 3, par. 3°, TUE), frutto dell'influenza del pensiero ordoliberal sviluppato dalla metà del Novecento presso la cosiddetta Scuola di Friburgo<sup>12</sup>

Come noto, infatti, *liberismo* e *liberalismo* non sono termini coestensivi<sup>13</sup>; ed è più che mai importante ricordare – specie in un momento storico in cui si è assistito,

sa considerarsi «connaturale all'attività d'impresa (come ad altre attività economiche) e connaturale all'intento di chi la esercita»; piuttosto, è l'elemento della «economicità oggettiva del metodo, oltre che del risultato» che viene considerato elemento «essenziale all'impresa come organizzazione produttiva destinata a durare e capace di durare è [solo] l'economicità oggettiva del metodo e del risultato» (ivi p. 150), con ciò evidentemente ricollegandosi all'elemento della professionalità dell'esercizio dell'impresa (art. 2082, c.c.). Per alcune recenti considerazioni sul tema, v. anche, in diverse prospettive, R. Nania, *Le libertà economiche: impresa e proprietà*, in Id. (a cura di), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 261-ss., spec. pp. 264-ss. F. Di Lella, *Logica del profitto e dimensione etica nella disciplina della proprietà industriale sulle invenzioni bio-tecnologiche*, in *www.Juscivile.it*, 2013, 4, pp. 245-ss. (spec. par. 1). E v. *retro*, nt. 7

<sup>11</sup> Vedi G. Oppo, *Diritto dell'impresa e morale sociale* (già in «Rivista di diritto civile», 1991, I, pp. 15-ss., poi) in Id., *Scritti giuridici*, vol. VI: *Principi e problemi del diritto privato*, cit., pp. 257-ss., nonchè la citazione nella nota precedente. Inoltre, vedi ad es., cogliendo i diversi e successivi profili conformativi del mercato prima e dopo l'Atto Unico Europeo del 1986 e del Trattato di Maastricht del 1992, L. Mengoni, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in G. Vettori (a cura di), *Persona e mercato*, cit., pp. 33-ss., 35-s.; Id., *Forma giuridica e materia economica* (1966), ora in Id., *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna 1985, pp. 147-ss., ivi spec. 166-ss. e 173-ss.; N. Irti, *Il diritto della transizione*; A. Gambino, *Imprenditore e mercato: iniziativa economica e regole giuridiche*, N. Lipari, *Il mercato: attività privata e regole giuridiche*; V. Roppo, *Privatizzazioni e ruolo del «pubblico»: lo Stato regolatore*, tutti in *Il diritto della transizione* (Quaderni della «Rivista di Diritto Privato», n. 1), Kluwer-Ipsos, Milano 1998, rispettiv. pp. 11-ss., 25-ss., 41-ss. e 67-ss.

<sup>12</sup> Sul punto, tra molti, v. M. Libertini, *A «Highly Competitive Social Market Economy» as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in «Concorrenza e Mercato», 2011, pp. 491-ss., ivi spec. pp. 496-ss. (ove ulteriori riferimenti bibliografici), e Id., voce «Concorrenza», in «Enciclopedia del diritto», *Annali*, vol. III, Giuffrè, Milano 2010, pp. 191-ss., ivi pp. 216-s.; A. Somma, *Tutti per uno. Scienza giuridica, economica e politica nella costruzione del diritto privato comunitario*, in «Rivista critica del diritto privato», 2006, pp. 307-ss.; S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino 2012, spec. pp. 91-ss. (e partic. 104-ss. e 114-ss.).

<sup>13</sup> B. Croce, L. Einaudi, *Liberismo e liberalismo*, Milano, «Corriere della Sera», 2011, spec. pp. 46-s. e 69-ss. e 95-ss.; e, naturalmente, vedi F.A. von Hayek, *Liberalismo*, Soveria Mannelli 2012 (20ª ed. a cura di L. Infantino, trad. it. di G. Minotti, Rubbettino). Scrive d'altra parte N. Irti, *Il carattere politico-giuridico del mercato (a mo' di prefazione)*, in Id., *L'ordine giuridico del mercato*<sup>5</sup>, Laterza, Bari-Roma 2003, p. V-ss., e ivi p. IX che

in ragione di una protratta *crisi* economica globale, al ritorno di fiamma dell'*autorità* sulla *libertà* – che non appare possibile teorizzare un'economia di mercato che risulti regolata in modo tale da non offrire ai suoi interpreti *professionali* la legittima prospettiva del guadagno, in nome di paternalistici interventi nel tessuto socio-economico, che ricordano ancora troppo da vicino – mi sia qui consentito rilevarlo – il lungo periodo del *dirigismo* esercitato, dal Secondo dopoguerra alla fine degli anni Ottanta del XX secolo, da uno Stato interventista e assistenzialista, ad un tempo imprenditore e regolatore.

Pertanto, nel tempo presente – che ritengo possa ancora identificarsi come il «tempo dell'economia»<sup>14</sup>, sebbene le raffiche più intense del vento neoliberalista della fine del Secolo Breve siano ormai cessate – la scelta europea di imprimere una dimensione *positiva* e tendenzialmente conformativa alle regole del mercato (in senso, appunto, concorrenziale) risulta proprio dalla specifica esigenza di considerarlo come strumento di progresso generale, oltre che di affermazione meritocratica; esso stesso come istituzione di «utilità sociale», oltre che di soddisfazione di interessi egoistici<sup>15</sup>.

Un'esigenza che, sul piano dell'ordinamento, provoca pertanto l'ulteriore necessità di ricercare e ricalibrare continuamente quel *trade-off* tra la prospettiva utilitaristica generale del mercato – già insita nel pensiero economico classico – come istituzione ritenuta in linea di principio idonea a consentire il progresso del benessere generale (la *invisible hand* smithiana), nell'ambito della quale l'avvento dello Stato sociale fa sì che il mercato debba, oggi più che mai, trovare un equilibrio strutturale che permetta la massimizzazione delle economie a fini non soltanto allocativi, ma anche, in ultima analisi, distributivi<sup>16</sup>, da un lato. E la prospettiva utilitaristica indi-

«[l']ordine giuridico del mercato può dirsi schiettamente liberale, poiché consegna alla libertà degli uomini, quale si svolge nelle lotte politiche e nelle scelte legislative, il potere di conformare l'economia, e di volerne questo o quell'assetto».

<sup>14</sup> C. Fois, *Il «giardiniero» di Pugliatti e la scienza giuridica nel tempo dell'economia*, cit., spec. pp. 329-ss.

<sup>15</sup> In questo senso, v. in termini generali, G. Oppo, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. V, cit., p. 147-ss., il quale tra l'altro afferma (ivi, p. 150) che: «la prima «ragione» della legittimazione dell'impresa per il diritto è nella sua stessa produttività che ne rende l'esistenza e l'azione conformi» – almeno in linea di principio e in generale – «all'utilità sociale», ossia allo stesso «valore privilegiato dall'art. 41, Cost.». Afferma del resto V. Buonocore, *Contratto e mercato*, in «Giurisprudenza Commerciale», 2007, I, pp. 379-ss., ivi spec. a p. 386, ove si afferma che il mercato «viene creato e mantenuto perché sia fonte di progresso economico e sociale» per la generalità dei consociati. Nel medesimo senso, v. G. Auletta, *Contratto e mercato [a proposito del III volume de «Il Diritto Civile» di C.M. Bianca, Giuffrè, Milano, 1984]*, ora in Id., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano 2001, vol. VIII, p. 227-ss., ivi a p. 229. Ciò, peraltro, si può affermare al netto delle (varianti delle) forme di impresa (*recte*: di organizzazioni aventi forma imprenditoriale) con finalità *lato sensu* sociali/non lucrative/di erogazione: tema al quale peraltro, data l'ampiezza e la complessità delle questioni implicate non consente qui neppure un accenno.

<sup>16</sup> F. Denozza, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori della CEE e negli USA*, Il Mulino, Bologna 1988, spec. pp. 20-ss. e 27-ss.; del resto anche G. Oppo, *Diritto dell'impresa e morale sociale* (1991), cit., p. 258, rilevava che il «problema principale» della «economia di mercato della quale il diritto dell'impresa costituisce la struttura giuridica» è e sarà «non quello della produzione, ma quello della distribuzione della ricchezza».

viduale, ossia la prospettiva *soggettiva* della libertà di iniziativa economica, così come sottolineata dal comma 1° dell'art. 41, Cost. (ove si pone a confronto la libertà di iniziativa di ciascun soggetto nei rapporti con l'iniziativa egualmente spettante agli altri)<sup>17</sup>, dall'altro. Un esempio per tutti: il diritto della concorrenza, che, in Europa (artt. 101-109, TFUE), così come in Italia (Legge 10 ottobre 1990 n. 287) si pone come un diritto che, almeno in certa misura, tenta di piegare quei meccanismi (non sempre legittimi) di allocazione delle risorse che *naturalmente* si affermerebbero sul mercato – cioè quelli che scaturirebbero dal solo gioco delle forze del mercato in quanto ritenuti convenienti (efficienti) da (e per) una certa impresa in posizione monopolistica o, quanto meno «dominante» ovvero da un cartello di imprese capace di alterare la libertà e le condizioni di approvvigionamento e/o di distribuzione di certi beni o servizi sul mercato – ad un'allocazione di quelle medesime risorse che risulti capace di produrre *anche* effetti (re)distributivi a favore di tutti i cosiddetti *market agents* – inclusi i «consumatori»<sup>18</sup> – nonché un progresso in termini di uso corretto dei frutti dell'innovazione e delle opere dell'ingegno.

Altro, sebbene intimamente connesso discorso è quello relativo agli *strumenti* di politica legislativa e alle *tecniche* di regolazione in concreto utilizzabili per operare questa «conciliazione»<sup>19</sup> tra interessi in conflitto: ora lasciando spazi all'autonomia, ora regolamentando partitamente i fenomeni e i relativi conflitti di interessi attraverso

<sup>17</sup> Una sintesi del problema (con i necessari riferimenti bibliografici ulteriori) è rintracciabile in M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza*, in «Rivista di Diritto commerciale», 2002, I, pp. 433-ss.; Id., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 2005, pp. 1429-ss.; Ma sul punto, v. anche Id., *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, Milano 2007, vol. III, pp. 159-ss., e ivi spec. p. 163, il quale predilige una concezione della libertà di concorrenza, in senso oggettivo, come *bene* giuridicamente rilevante (e quindi tutelabile) come strumento di creazione (e mantenimento) di un'*efficienza dinamica del mercato*; conf. A. Argentati, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Giappichelli, Torino 2008, spec. pp. 33-ss. Sul tema in passato v. anche G. Oppo, *L'iniziativa economica*, (già in «Rivista di diritto civile», 1988, I, pp. 309-ss., e ora) in Id., *Scritti giuridici*, vol. I: *Diritto dell'impresa*, Cedam, Padova 1992, pp. 16-ss., 41-ss.; Id., *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. VI: *Principi e problemi del diritto privato*, cit., pp. 87-ss., spec. 88-ss. Inoltre, cfr. G. Guizzi, *Contratto e intesa*, in Id., *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Saggi di diritto antitrust*, cit., pp. 57-ss., e ivi spec. pp. 60-ss.; F. Ferro-Luzzi, *Regole del mercato e regole nel mercato [prolegomeni in tema di]*, Federico Ferro-Luzzi Editore, Roma 2009, cap. I. Sulle oscillanti prese di posizione sulla protezione dell'impresa e del mercato v., dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, v. M. Giampieretti, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in «Diritto e società», 2003, pp. 439-ss., spec. pp. 450-ss. (e partic. pp. 452-ss.).

<sup>18</sup> F. Denozza, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori della CEE e negli USA*, cit., spec. pp. 141-ss.; Id., *Aggregazioni arbitrarie v. «tipi» protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in «Giurisprudenza Commerciale», 2009, I, pp. 1057-ss.; recentemente, v. Id., *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in «Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale», 2012, 1, pp. 5-ss. Sul punto v. anche R. Alessi, *Politiche antitrust e diritti dei consumatori in Italia dopo le recenti riforme*, in «www.Juscivile.it», 2013, 1, pp. 46-ss.

<sup>19</sup> G. Oppo, *Impresa e mercato*, cit., pp. 182-ss., utilizza ripetutamente questo termine a proposito dei limiti di utilità sociale imposti all'impresa (espressione di libertà di iniziativa economica), essa stessa tuttavia intesa dall'A. come un istituto di *utilità sociale*. E v. *retro sub* nt. 10 e relativo testo.



so leggi (norme) speciali o settoriali, ora ricorrendo, sebbene ai medesimi fini, alle clausole generali<sup>20</sup> (o, più in generale, a *norme elastiche*, come quelle che pongono *standards* valutativi, principi generali, concetti giuridici indeterminati<sup>21</sup>). Naturalmente, l'ordine (giuridico ed economico) del mercato, in un certo momento storico, è la risultante dell'utilizzo – talora volutamente combinato, tal'altra mero frutto di una stratificazione – di tali strumenti (e delle loro rispettive articolazioni e varianti); ma, com'è pure intuibile, a volte strumenti diversi portano a risultati simili; viceversa, i medesimi obiettivi di politica legislativa possono essere raggiunti con strumenti diversi. E, più in generale, non tutti gli strumenti e/o tecniche vengono utilizzati nella stessa misura né tanto meno nello stesso modo in ciascuna fase storica in cui si intenda (e si possa) isolare l'evoluzione della scienza giuridica ovvero di un singolo istituto<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Su questa tripartizione degli strumenti e tecniche di regolazione vedi in particolare, vedi C. Fois, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in «Giurisprudenza commerciale», 2001, I, pp. 421-ss., spec. p. 423. La letteratura sul tema delle clausole generali è sterminata: v. ad es. S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 1967, I, pp. 83-ss., spec. pp. 93-ss.; Id., *Il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede* (Atti della giornata di studio di Pisa, 14 giugno 1985), Giuffrè, Milano 1987, pp. 249-ss. (e in «Rivista critica del diritto privato», 1987, pp. 709-ss.); Id., *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in L. Cabella Pisu, L. Nanni (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, Padova 1998, pp. 39-ss.; A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in «Rivista critica del diritto privato», 1984, pp. 539-ss.; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in «Rivista critica del diritto privato», 1986, pp. 5-ss.; A. Guarneri, voce «*Clausole generali*», in «Digesto delle discipline privatistiche», Sez. civ., vol. II, Torino, UTET, 1987, pp. 403-ss.; Id., *Le clausole generali*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Montateri, G. Pascuzzi, R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, t. 2: *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in «Trattato di diritto civile» (dir. da R. Sacco), UTET, Torino 1999, pp. 129-ss. Tra i numerosissimi contributi recenti, v. ad es. E. Fabiani, voce «*Clausola generale*», in «Enciclopedia del Diritto», *Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano 2012, pp. 183-ss. Per ulteriori indicazioni, v. le due note che seguono e *infra*, *sub* note 76-79 e 106.

<sup>21</sup> Così F. Denozza, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in R. Sacchi (a cura di), *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 25-ss., e ivi p. 27 (*sub* nt. 4); in punto di classificazione delle c.d. *norme elastiche*, vedi M. Libertini, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Una proposta di distinzione*, *ibidem*, pp. 113-ss.; C. Luzzati, *La «normalizzazione» delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, in «Rivista critica del Diritto privato», 2013, pp. 163-ss., e ivi spec. pp. 171-ss.; in passato, v. anche E. Fabiani, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards» valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in «Foro italiano», 1999, I, c. 3558-ss. Inoltre, v. *infra*, nella nota che segue e nelle note 76-79 e 106.

<sup>22</sup> In particolare, sul complesso tema del rapporto tra strumenti giuridici e finalità di politica legislativa, vedi alcuni studi di T. Ascarelli, *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in Id., *Problemi giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano 1959, pp. 113-ss., ivi spec. pp. 115-s., pp. 127-ss. (e partic. pp. 130-s.); Id., *Norma giuridica e realtà sociale*, *ibidem*, pp. 69-ss.; Id., *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, già in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1954, pp. 873-ss., e ivi spec. pp. 935-936; S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., spec. pp. 94-ss.; e v. ancora C. Fois, *Le clausole generali*, cit., cui *adde* Id., *Le società per azioni tra codice civile e legislazione speciale*, cit., ivi spec. pp. 62-67 (*ma passim*). Per una più recente analisi comparativa dei contesti nei quali è possibile che una legislazione per principi generali (*standards*) possa assicurare una sufficiente certezza del diritto, vedi anche J. Braithwaite, *Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty*, in «*Australian Journal of Legal Philosophy*», 27, 2002, pp. 47-ss. (reperibile anche in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)); in passato, sul problema dell'opzione regolatoria di certi fenomeni tra norme definite e clausole generali o *standards*, v. anche

Non potendo ovviamente soffermarmi oltre su tali delicate questioni, vale la pena però di sottolineare che, sotto ulteriore e connesso profilo, il mercato – ove inteso come il volano utile (e, ormai secondo i più, necessario) all'incremento della produttività delle risorse scarse, e perciò come strumento di creazione di nuova ricchezza –, funziona se i soggetti che vi operano possono riporre ragionevole fiducia nelle sue regole, ossia se possono ragionevolmente prevederle e farvi legittimo affidamento<sup>23</sup>.

Trattasi di regole che, comunque poste e ovunque dirette, si pongono al centro di tensioni contrapposte: per un verso, i *market agents* – in un'ottica, appunto, di massimizzazione delle rispettive utilità individuali – cercheranno costantemente di piegarle, entro i confini consentiti (e oltre), alle loro legittime aspirazioni di affermazione economica (ed entro certi limiti, anche sociale), così favorendo gli interventi interpretativi che possano allentare il giogo dei limiti loro imposti dalle disposizioni inderogabili e comunque al fine di rendere più elastico e articolato l'intero sistema. Strumenti utili a questo scopo possono essere, non solo, come è ovvio, un legislatore reso *captive* di gruppi sociali intermedi (o «gruppi di pressione»), pronto a sfornare norme *ad hoc* (ne abbiamo degli esempi nella nostra storia repubblicana: la cosiddetta legislazione contrattata, le leggi provvedimento ecc.), ma anche grazie ad un giudice reso avvertito delle loro esigenze: e ciò può avvenire ove la giurisprudenza venga abilitata a sostenerne le ragioni attraverso l'uso delle clausole generali, come altrettanti «varchi» normativi, utili, non (sol)tanto per l'applicazione di usi commerciali (così da favorire le logiche imprenditoriali), quanto, e piuttosto, per assecondare istanze *lato sensu* solidaristiche-equitative, capaci di distorcere – tanto quanto i primi – il senso proprio dell'economia di mercato.

Dal canto opposto, al fine di garantire *certezza* al sistema<sup>24</sup>, quelle stesse regole dovranno presentare la caratteristica di mirare ad un'applicazione uniforme e costante, e perciò non di rado avranno carattere imperativo (di nuovo, si può far l'esempio delle principali norme *antitrust*), rendendo così maggiormente stabili – e pertanto prevedibili ed esternalizzabili (assicurabili) – i comportamenti dei soggetti che le nor-

F. Denozza, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni «virtuali»*, in «Giurisprudenza Commerciale», 2000, I, pp. 327-ss.; in altra prospettiva v. A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in «Rivista di diritto civile», 1987, I, pp. 1-ss.

<sup>23</sup> Sul punto, con specifico riguardo all'importanza dell'affidamento (fiducia) nel mercato, v. già G. Auletta, *Contratto e mercato*, cit., pp. 228-s.; più recentemente, v. anche V. Buonocore, *Contratto e mercato*, cit., ivi pp. 385-ss.

<sup>24</sup> Per la tradizionale teoria del positivismo giuridico, la *certezza* del diritto, così come la coerenza e la completezza dell'ordinamento giuridico venivano considerati veri e propri *dogmi*: non si poteva neppure pensare ad un'etero-integrazione del sistema da parte di valori extragiuridici – ostracizzate erano dunque le clausole generali – né si potevano concepire lacune del diritto o antinomie tra norme in senso proprio: v. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., spec. p. 109. Nell'ottica delle clausole generali (e dell'abuso del diritto in specie), e in relazione al problema della giurisprudenza come «fonte del diritto», v. ad es. G. Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2005, spec. pp. 104-ss., 112-ss. e 122-ss.; su un piano più generale v. ora C. Luzzati, *La «normalizzazione» delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, cit., spec. pp. 169-ss.

me stesse andranno a disciplinare, così però incrementandosi al contempo la rigidità complessiva del sistema<sup>25</sup>.

In tal modo, da un lato, si va incontro all'esigenza di conoscere *ex ante* le regole del mercato per una programmazione efficiente delle attività professionali che si intenda esercitarvi. Dall'altro lato, regole certe e non disponibili dalle parti sono rivolte alla (e facilitano la) diffusione di informazioni rilevanti per gli scambi e inducono a comportamenti più trasparenti, favorendo in tal modo l'affidamento, cioè incrementando la necessaria fiducia, dei consumatori (investitori, correntisti, mutuatari, assicurati, ecc.) e in definitiva favorendo l'incremento degli scambi (il cosiddetto «traffico giuridico»).

Infatti, un flusso *obbligato* di informazioni verso i soggetti che si approvvigionano di beni o servizi sul mercato a mero fine di consumo o di risparmio si ritiene a sua volta idoneo a bilanciare (o addirittura a prevenire) gran parte delle asimmetrie che altrimenti impedirebbero agli *outsiders* una corretta valutazione del valore di ciò che sul mercato medesimo si accingono ad acquistare o a scambiare (inclusi i «prodotti finanziari»<sup>26</sup>); valore-prezzo di beni e servizi che così si ritiene invece si possa formare correttamente «*incorporando*» le informazioni rese disponibili sul mercato, e in tal modo in ultima analisi favorendo – come detto – la complessiva circolazione della ricchezza<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., spec. pp. 38-ss.; Id., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, cit., spec. pp. 66-ss. In passato per la tesi secondo la quale i «codici civili sono apparsi, nella storia europea degli ultimi due secoli, come supremi garanti della certezza del diritto», quest'ultima provenendo «dalla stabilità, uniformità ed organicità di disciplina», e specificando altresì che la «certezza sta nella possibilità e nell'attendibilità di [un] giudizio prognostico, che elimina o riduce le incognite del futuro»: v. Id., *Le leggi speciali tra teoria e storia*, in Id., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1999<sup>4</sup>, pp. 53 ss., spec. p. 94.

<sup>26</sup> Secondo la generalissima definizione offerta dall'art. 1, lett. *u*), D.lgs. n. 58/1998 (c.d. T.U.F.).

<sup>27</sup> Vedi, ad esempio, J.N. Gordon, *The Mandatory Structure of Corporate Law*, in «Columbia Law Review», 1989, vol. 89, pp. 1549-ss. («mandatory law represents the state's setting of nonvariable standards to protect investors against the risks of misinformation»); P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Esi, Napoli 2003, pp. 333-ss.; M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Cedam, Padova 2002; E. Bocchini, *In principio erano le informazioni*, in «Giurisprudenza Commerciale», 2008, I, pp. 35-ss.; E. Barcellona, *Responsabilità proporzionale dei gatekeepers e «regime di produzione» (pubblicistico, para-pubblicistico, para-privatistico) del bene «informazione»*, in P. Montalenti (a cura di), *Responsabilità societarie e assicurazione*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 39-ss. Più in particolare, sugli obblighi di trasparenza e di informazione nei mercati regolamentati, vedi, ad esempio, A. Perrone, *Gli obblighi di informazione nella prestazione di servizi di investimento*, in «Banca, borsa, titoli di credito», 2006, I, pp. 372-ss., e i contributi in Id. (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Giuffrè, Milano 2008; R. Calvo, *Il risparmiatore disinformato tra poteri forti e tutele deboli*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2008, pp. 1442-ss.; V. Buonocore, C. Amatucci, *I servizi finanziari: il punto di vista del giurista*, in *I servizi del mercato finanziario. In ricordo di Gerardo Santini* Atti del Convegno di Studi di Bologna, 25 ottobre 2008, Giuffrè, Milano 2009, p. 33-ss. e ivi spec. pp. 37-ss.; M. Cian, *Gli obblighi informativi degli intermediari*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2009, pp. 1197-ss., e poi, con aggiornamenti e modifiche, Id., *L'informazione nella prestazione dei servizi d'investimento: gli obblighi degli intermediari*, in E. Gabrielli, R. Lener (a cura di) *I contratti del mercato finanziario*<sup>2</sup>, in P. Rescigno e E. Gabrielli (dir. da), *Trattato dei contratti*, UTET, Torino 2011, vol. 2, t. I, pp. 213-ss.; M. Maggiolo, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, in P. Schlesinger (dir. da) *Trattato di*

Oggi l'esigenza di far fronte ad una precisa istanza di *certezza* del diritto viene ribadita proprio dal diritto positivo, laddove l'art. 2 – rubricato «*principi generali*» – della Legge 11 novembre 2011, n. 180, rubricata «norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese», sancisce, *sub* lettera *c*), «il diritto dell'impresa di operare in un contesto normativo certo [...] riducendo al minimo i margini di discrezionalità amministrativa». Questa norma – almeno *prima facie* – richiama l'esigenza di costanza nel tempo del tenore della regolamentazione del mercato e, dunque, anche di una certa dose di rigidità delle regole giuridiche poste a presidio del mercato medesimo e di tipizzazione dei comportamenti leciti e illeciti a mezzo di *rules*, e non di *standards*<sup>28</sup>. Inoltre, e significativamente, essa evoca l'ottocentesca esigenza di limitare la discrezionalità – e dunque le possibilità di abuso o di sviamento di potere – della burocrazia statale; quell'esigenza che poi, sul finire del XIX secolo, avrebbe trovato nel «*principio di proporzionalità*» delle misure pubbliche dirette a limitare libertà private il più fortunato e longevo antidoto<sup>29</sup>.

Cosicché, si potrebbe già a questo punto ritenere che anche nel *tempo dell'economia* – pur caratterizzato dalla dinamica frammentazione di una lunga stagione di *leggi speciali*, che rompono l'unità sistematica del Codice civile e che minano la carica di uniformità che quest'ultimo portava in sé – sia ancora possibile agganciare un preciso carattere e grado di positività al diritto (dell'impresa). Ma ciò sarebbe soltanto l'ennesima semplificazione di un quadro molto più complesso e articolato: in fondo, di ciò v'è riscontro nella stessa formulazione in termini di *principio generale* dell'esigenza di certezza del diritto dell'impresa offerta dal legislatore nella citata l. n. 180/2011, una *legge speciale*, appunto, passata quasi in sordina. E ognuno può

*Diritto civile e commerciale*, (fond. da A. Cicu e F. Messineo, cont. da L. Mengoni), Giuffrè, Milano 2012.

<sup>28</sup> V. ancora F. Denozza, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, cit., p. 28, il quale «contrappone certezza a variabilità, chiusura ad apertura, coerenza a particolarismo ecc., dove le norme rigide tendono a soddisfare una esigenza (nella esposizione che precede, ovviamente la prima di ogni coppia) e quelle elastiche l'esigenza opposta. Tradotta in termini di interessi in gioco, la contrapposizione potrebbe essere letta come la maggiore o minore capacità del sistema di dare rilievo ai diversi interessi in gioco e alle loro diverse sfumature e di assicurare adeguata articolazione e coerenza alle relative valutazioni della loro rispettiva meritevolezza»; inoltre v. Id., *Rules vs. Standards*, cit., spec. pp. 329-ss.

<sup>29</sup> A. Bortoluzzi, voce «*Proporzionalità*», in «*Digesto delle discipline privatistiche*», Sez. civ., Aggiorn., vol. III, t. 2, Torino, UTET, 2007, pp. 1100-ss. Invero, secondo l'A. cit., il «*Verhältnismässigkeit*» soddisfa l'istanza di *equità* nell'esercizio dei pubblici poteri che emerge inizialmente come diffusa necessità di difendere il cittadino «dagli atti legislativi o amministrativi capaci di sottoporre i loro diritti di libertà economica valutandone la congruità rispetto ai fini perseguiti». Esso è strumento consuetudinario (non scritto) progressivamente utilizzato dalla Corte costituzionale tedesca, e poi – in un singolare «*dialogo*» (sul quale v. però G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna 2010) – da tutte le Corti supreme per la misurazione/valutazione della legittimità di «ogni restrizione della libertà individuale», restrizione che «dev'essere adeguata al raggiungimento di fini prefissati». E tale principio è studiato ormai in ogni angolo della Terra, essendosi riscontrata la sua applicazione, implicita o esplicita, da parte dei giudici di tutto il globo e con riferimento a molte branche del diritto: per tutti v. A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge Univ. Press, Cambridge 2012; per i necessari riferimenti al suo utilizzo nel diritto costituzionale italiano, v., ad es., R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2011<sup>12</sup>, spec. pp. 99 ss. e 267 ss.

notare che il richiamo al valore della certezza del diritto ivi contenuta – pur se affermato in una norma con altisonanza dedicata ai «*principi generali*» – mantiene una formulazione indeterminata, dotata di valenza essenzialmente «programmatica»: ciò che ovviamente apre alla interpretazione costruttiva l'intero statuto imprenditoriale. Trattasi, dunque, di un'istanza di certezza che – paradossalmente – nasce già con un «tarlo» strutturale: quello dato dall'elasticità connaturata allo specifico «veicolo» con cui essa viene positivizzata, il principio generale appunto.

Del resto, tali esigenze, ove anche si fossero mostrate suscettibili di un'univoca riconduzione al diritto positivo – come peraltro imporrebbe la nostra tradizione – hanno già mostrato, per un verso, di esporsi inevitabilmente all'opera corrosiva dell'interpretazione (specie giurisprudenziale), in funzione adattativa di istanze sempre nuove e incalzanti. E, per altro verso (e talora di conseguenza), hanno concorso a trasformare, anche qualitativamente, la stessa struttura delle norme positive e imperative – inclusa la struttura delle clausole generali (penso al «binomio» correttezza-buona fede) – fino ad implicare l'imposizione e comunque il rispetto di una disciplina rivolta ad offrire – piuttosto che una semplice dose di certezza e uniformità a regole di comportamento vigenti in un dato mercato – la *conformazione* delle stesse condotte di coloro che vi operano stabilmente a determinati parametri o a certi *risultati*<sup>30</sup>: questi ultimi a loro volta strumentali al funzionamento del mercato medesimo in un certo modo, *i.e.*, secondo certi *valori* opzionati, ora politicamente *a monte*, dal legislatore; ovvero giudiziariamente *a valle* ad opera del giudice, in sede di concretizzazione della clausola generale (ma pur sempre secondo una certa ideologia, quella propria dell'operatore giuridico): pertanto trattasi di *valori* sempre relativi, e in quanto tali, anch'essi storicizzabili<sup>31</sup>.

In realtà, all'insieme di tali considerazioni è sotteso l'insorgere di quella fondamentale esigenza – che caratterizza la modernità ove vengono meno le variabili di tempo e di luogo – di adattare sempre più frequentemente l'ordinamento alla realtà

<sup>30</sup> Sulla teoria delle norme conformative di comportamenti a certi risultati, cioè capaci di imporre al destinatario un risultato comportamentale, piuttosto che un semplice obbligo di un certo comportamento, v. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., spec. pp. 47-ss.; per un cenno alle *norme materiali*, ossia «che non guardano alla fattispecie, ma agli effetti» vedi G. De Nova, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova 2011, p. 58; fa riferimento ad un «ampio quadro di direttive che delincono il diritto contrattuale del consumo», ossia che «tendono a regolare il mercato in relazione agli atti di consumo dettando principi che tendono a favorire una uniformità non tanto di disciplina legale quanto di effetti nell'ambito del mercato conseguenti alla regolazione», A. Bortoluzzi, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, in «Contratto e impresa», 2007, pp. 1431-ss., spec. p. 1436. Per una applicazione del tema della tendenza conformativa delle regole del mercato alla contrattazione d'impresa, v. ad esempio, G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, ora anche in P. Sirena (a cura di), *Il diritto dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Atti del Convegno di Studi di Siena, 22-24 settembre 2004, Giuffrè, Milano 2006, pp. 451-ss.

<sup>31</sup> N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., spec. pp. 27-ss., 33 e 47-ss.; Id., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, cit., spec. pp. 64-ss.; e v. anche G. Rossi, *Antitrust e teoria della giustizia*, in «Rivista delle società», 1995, pp. 1-ss. ivi spec. pp. 3-ss., 8-ss. e 11-ss.

socio-economica, anch'essa in sempre più rapido divenire<sup>32</sup>. Interventi frutto, da un lato, della sfera di autonomia dei privati – l'autonomia contrattuale o (nell'ambito delle società o enti) statutaria – i quali, non di rado vengono presentati come necessitati da spinte relative all'insorgere di nuovi bisogni di tutela non ancora codificati in norme positive, ma che non possono, in tesi, essere elusi (e così risultando riconducibili, sebbene con una certa dose di semplificazione, a posizioni giusnaturalistiche). E, dall'altro, interventi eteronomi che tradizionalmente assumono la forma di modifiche legislative, attuate a mezzo di norme imperative, attributive e conformative e spesso impositive di nuovi obblighi formali<sup>33</sup>.

Il rincorrersi tra queste diverse tipologie di interventi, provenienti ora dal basso – con il medio del giudice – e ora dall'alto – ossia per volontà del legislatore – dà vita ad un ciclo infinito di istanze e di risposte dell'ordinamento che stratificano, come detto, il sistema rendendone oltremodo arduo una sua lettura organica.

Va ora meglio precisato come tale ricorrente esigenza di adattamento rapido della forma giuridica alla realtà economico-sociale, negli ultimi vent'anni almeno, sia stata sempre più spesso affrontata grazie a due strumenti o tecniche normative: da un lato, dandosi più frequentemente luogo a fenomeni di *delegificazione* e/o, più in generale, di interventi di (vera o pretesa) *semplificazione legislativa*<sup>34</sup>, che vengono solitamente apportate al sistema tramite l'assai più flessibile strumento costituito dal *regolamento* (art. 1, preleggi; art. 17, l. n. 400/1988<sup>35</sup>): in particolare, nell'ambito dello specifico settore del diritto dell'impresa e del mercato, gli esempi offerti dall'intricatissimo apparato normativo secondario del T.U.F., del T.U.B e del C.A.P. risultano più che eloquenti in tal senso<sup>36</sup>. E a tale proposito si è significativamente chiosato che «[è] la

<sup>32</sup> In passato per le dinamiche degli istituti giuridici, soprattutto in funzione della variabile *tempo*, v. T. Ascarelli, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, Milano 1952, pp. 55-ss., ivi pp. 65-ss. (ove tra l'altro si sottolinea che «[f]onte perenne di contrasto tra qualunque ordinamento preconstituito e la realtà sociale è il tempo»).

<sup>33</sup> N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 44-ss.

<sup>34</sup> V. sul punto N. Lupo, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, il Mulino, Bologna 2003.

<sup>35</sup> Sul punto, assai dibattuto, v. ad es. N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano 2008, spec. pp. 131-ss. e 156-ss.; R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 25-ss. e 185-ss. e 237-ss.; S. Parisi, *La gerarchia delle fonti. Ascesa declino mutazioni*, Jovene, Napoli 2012.

<sup>36</sup> Da un accesso ai rispettivi siti internet, conto infatti (al 31 agosto 2013): (a) nove Regolamenti emanati in attuazione del Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, c.d. «T.U.F.»), alcuni dei quali emanati dalla CONSOB di concerto con altre Autorità di settore, come la Banca d'Italia (e che dunque non conterà due volte); ma senza contare l'ulteriore regolamento, con relative istruzioni, emanato dalla s.p.a. «Borsa Italiana», nell'ambito della sua funzione para-regolatoria, riconosciuto dallo stesso T.U.F.; e senza contare neppure il suo ben noto Codice di autodisciplina, c.d. *Codice Preda* (giunto, nel 2011, alla sua terza edizione); (b) è davvero molto impegnativo tentare di enumerare i numerosi regolamenti della Banca d'Italia attualmente vigenti in relazione al Testo unico bancario (il d.lgs. n. 385/1993, c.d. «T.U.B.»); senza contare le Circolari contenenti le Istruzioni di vigilanza (nei rispettivi testi aggiornati e integrati) e le deliberazioni del CICR, adottate su proposta della Banca d'Italia, infine, arrivandosi a calcolare oltre una sessantina di atti e provvedimenti regolamentari; (c) ben quarantaquattro Regolamenti emanati (dal 2006 ad oggi) in relazione al Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 9 settembre 2005, n. 209,

politica che per “amministrare” il mercato, amministrativizza la legge, con un corpo crescente di leggi, di diritti speciali e di atti a contenuto normativo che ridefiniscono secondo finalità precise il concetto dell'*autonomia privata*, sconvolgendo l'astrattezza delle teorie unitarie e totalizzanti e frantumando gli istituti<sup>37</sup>. Di nuovo affiora la dicotomia tra contratto (autonomia/flessibilità) e legge (eteronomia/rigidità).

Lo stesso D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (il Codice del consumo) – del quale più dettagliatamente ci si occuperà in questa sede – è frutto di un ondeggiante atteggiamento del nostro legislatore, il quale – tenuto a dare attuazione alle diverse «tessere» del mosaico che, a livello europeo, costituisce la disciplina del rapporto di consumo<sup>38</sup> – prima (metà degli anni Novanta) le inserisce in alcune leggi speciali o direttamente nel codice civile e, poi (nell'ultimo decennio), le aggrega – ricodificandole, si potrebbe dire – in un codice di settore creato *ad hoc*<sup>39</sup>.

Dall'altro lato, con tale processo si integra la stessa proliferazione di «norme elastiche» (clausole e principi generali, norme eterodeterminate, ecc.) apparentemente destinate a concorrere al rinnovamento del sistema, ad aprirlo al vento salutare (sal-

c.d. «C.A.P.»), senza peraltro contare quelli emanati dalla Covip in relazione ai fondi pensione.

<sup>37</sup> C. Fois, *Il «giardiniero» di Pugliatti e la scienza giuridica nel tempo dell'economia*, cit., p. 331.

<sup>38</sup> Vedile in gran parte indicate e commentate nei contributi raccolti in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova 1999. Peraltro, l'ultima evoluzione di questo incedere incerto del nostro legislatore ha portato alla creazione del c.d. «codice del turismo» (D.lgs. 23 maggio 2011, n. 79) che a sua volta nasce, per così dire, da una «costola» del codice del consumo.

<sup>39</sup> Ricordando qui soltanto l'esempio più significativo, il Capo XIV-*bis* del Titolo II, del Libro IV del Codice civile del 1942, contenente le norme attuative della suddetta Direttiva 5 aprile 1993, n. 93/13/CEE, ossia gli artt. da 1469-*bis*, a 1469-*sexies*, è stato aggiunto dall'art. 25, Legge 6 febbraio 1996, n. 52; in seguito, è stato modificato dall'art. 25, comma 1°, Legge 1 dicembre 1999 n. 526. Da ultimo, l'art. 142, comma 1°, D.lgs. 6 settembre 2005, il c.d. *Codice del consumo* (quest'ultimo, a sua volta attuativo della delega contenuta nell'art. 7, Legge 29 luglio 2003, n. 229) lo ha sostituito introducendo una nuova versione dell'art. 1469-*bis* c.c. (la quale è divenuta un'importante norma di coordinamento tra codice civile e codice di settore) e al contempo trasponendo gli artt. da 1469-*bis*, a 1469-*sexies*, negli artt. 33 e seguenti dello stesso Codice del consumo. V. sul punto, *ex multis*, G. Alpa, *Commento al testo del Codice del consumo*, in «Contratti», 2005, pp. 1047-ss., ivi p. 1058, peraltro con piena consapevolezza dei risvolti sistematici (anche con riferimento alla capacità di applicazione *estensiva* delle regole sulle clausole vessatorie all'imprenditore c.d. debole) connessi alla scelta di separare dal codice gli artt. 1469-*bis*, c.c., ove la disciplina sulle clausole abusive aveva inizialmente trovato usbergo; R. Calvo, *I contratti del consumatore*, cit., spec. pp. 69-ss. Per un'analisi della c.d. *ricodificazione* imposta, tra l'altro, dalla l. delega 229/2003, v. tra molti, A. Zaccaria, *Dall'«età della decodificazione» all'età della ricodificazione: a proposito della legge n. 229 del 2003*, in «Studium Juris», 2005, pp. 697-ss., i contributi in A.M. Sandulli (con la collab. di L. Carbone), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Atti del Convegno di Roma, 17-18 marzo 2005, Giuffrè, Milano 2005; G. Savini, *Esperienze di nuova codificazione: i «codici di semplificazione di settore»*, Cedam, Padova 2007; R. Virgilio, *La neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici*, Giappichelli, Torino 2007. Recentemente, sui significati della *decodificazione* e della *ricodificazione* di norme attinenti al contratto attorno a testi unici e/o codici di settore, con specifico riguardo alla disciplina (o discipline?) dell'autonomia contrattuale, v. anche G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, il Mulino, Bologna 2012, pp. 95-ss., 109-ss. e 120-ss.; ulteriore prospettiva in V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in «Rivista di Diritto privato», 2007, pp. 669-ss., spec. pp. 677-ss.

vifico?) della contemporaneità, ma talora con l'effetto (imprevisto? Voluto? Tollerato come male minore?) di concorrere alla sua ulteriore frammentazione<sup>40</sup>.

Cosicché ad un intervento diretto del legislatore rivolto ad una più adeguata, ma al contempo più controllata articolazione dell'ordinamento in *micro-sistemi normativi*, ciascuno assistito da un sempre più ampio apparato regolamentare, si accompagna – in parallelo benché su di un fronte (per ora) nettamente distinto – la disponibilità di utilizzare in ciascun sotto-sistema, principi e clausole generali, vecchie e nuove: *i.e.*, quelle settoriali – ad esempio la trasparenza, l'adeguatezza di cui all'art. 21, T.U.F. – più recentemente introdotte dallo stesso legislatore, in funzione conformativa del mercato e così, appunto, di *concretizzazione*, prima, e di *tipizzazione*, poi<sup>41</sup>, di regole giuridiche più attuali, e dunque più prossime alle esigenze della prassi e ai problemi concreti: le prime come i secondi spesso rappresentando – si noti – i frutti (o i crucci) dell'esercizio di attività d'impresa<sup>42</sup>.

A partire da questi pur parziali accenni a temi così complessi, credo possa affermarsi che il *diritto del mercato*, già marxianamente inteso come una sovrastruttura, tenda a porsi, oggi più che mai, quale sistema giuridico coestensivo al fenomeno squisitamente economico, che pure (e, anzi, secondo alcuni<sup>43</sup>, esclusivamente) innerva e caratterizza il mercato medesimo: l'«ordine giuridico del mercato»<sup>44</sup>, insomma, alimenta ed è ad un tempo alimentato – in un ciclo continuo ove le cause e gli effetti risultano spesso di difficile tracciabilità – dalla cosiddetta *naturalità* o *spontaneità* delle forze del mercato, cara al von Hayek<sup>45</sup>, sicché si è parlato – e credo giustamente

<sup>40</sup> C. Fois, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in «Giurisprudenza Commerciale», 2001, I, pp. 421-ss., spec. pp. 423-ss.; F. Denozza, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, cit., spec. pp. 28-ss. Sulle clausole generali nel diritto commerciale, vedi *ex multis*, P. Sirena, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in C. Amato, G. Ponzanelli (a cura di), *Global Law v. Local Law - Problemi della globalizzazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 68-ss. Più recentemente, M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, cit., pp. 113-ss.; G. Scognamiglio, «Clausole generali», principi di diritto e disciplina dei gruppi di società, *ibidem*, pp. 579-ss. Vedi inoltre i contributi in G. Meruzzi, G. Tantini (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, in *Trattato diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (fond. da F. Galgano), vol. LXI, Cedam, Padova 2011.

<sup>41</sup> S. Patti, *L'interpretazione delle clausole generali*, in «Rivista di diritto civile», 2013, 2, pp. 263-ss., e *ivi* spec. p. 264-s.

<sup>42</sup> V. Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano 2000, spec. pp. 108-s.

<sup>43</sup> È, come noto, la tesi di N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., spec. pp. 11 e 31-ss., il quale rifiuta categoricamente la «metafora del vaso e del contenuto»: il diritto, afferma l'A. cit., «non è ne quadro né cornice ma struttura conformatrice» del mercato (*ivi*, p. 33).

<sup>44</sup> Espressione coniata da N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit.; in proposito, cfr. i contributi raccolti in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari 1999, con introduzione di N. Irti, e v. ancora i contributi Id., *Il diritto della transizione*; A. Gambino, *Imprenditore e mercato: iniziativa economica e regole giuridiche*, N. Lipari, *Il mercato: attività privata e regole giuridiche*; V. Roppo, *Privatizzazioni e ruolo del «pubblico»: lo Stato regolatore*, raccolti in *Il diritto della transizione*, Quaderni della «Rivista di diritto privato», n. 1, cit.

<sup>45</sup> F.A. von Hayek, *La confusione del linguaggio nel pensiero politico*, ora in Id., *Nuovi studi in tema di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, E. Coccia (a cura di), Armando Ed., Roma 1988 (trad. it. di G. Minotti, rist. 1997), spec. pp. 85-ss. (part. pp. 86-87 e 90-s.); v. anche Id., *Legge, legislazione e libertà*, il Saggiatore, Mi-



– di *ordine* (non solo) *giuridico* (ma anche) *economico* del mercato<sup>46</sup>, sottolineandosi in tal modo la insopprimibile dicotomia e, insieme, il concorso dell'*autonomia* e dell'*eteronomia* nella continua ridefinizione del suo sistema operativo.

Pertanto, il mercato – inteso allora come fenomeno essenzialmente relazionale, ad un tempo economico e giuridico – costituirebbe un *luogo* (talora è stato suggestivamente definito come un «contesto di senso»<sup>47</sup>), bensì di libero esercizio di attività private ove l'aspirazione al profitto è in linea di principio legittima, ma pur sempre fenomeno *regolato* dall'ordinamento giuridico. Un *luogo* (o *contesto*), ripetesì, ove si sviluppa l'agone per l'accaparramento e/o il più efficiente sfruttamento della ricchezza (forse sarebbe meglio dire, delle *risorse scarse*), secondo una logica economica di massimizzazione delle utilità e/o del profitto, in funzione dello specifico fine in ragione del quale si accede al mercato medesimo: una *logica*, quella *mercantile*, che, peraltro, sempre più spesso (ma non sempre opportunamente) viene *esportata* ad altri settori della vita di relazione e branche del sapere.

Se, pertanto, nei termini ora assai succintamente lumeggiati, la massimizzazione del profitto è, di norma l'obiettivo ultimo (talora detto, con riferimento all'art. 2247 c.c., *scopo-fine*) al quale usualmente tendono i *comandi* (anche singolarmente analiz-

lano 1994 (trad. it. di P.G. Monateri), spec. pp. 48-ss. e 216-ss. V. recentemente anche T. Padoa Schioppa, *Il governo dell'economia*, il Mulino, Bologna 1997. Critica fermamente e a più riprese il *naturalismo* del mercato, un'idea di mercato soltanto economica e dunque pre- ed *extra*-giuridica (come il principio di autonomia contrattuale che farebbe da complemento a tale visione economica classica), cioè quale «luogo primitivo e spontaneo che si regola da sé e da sé genera la più alta soddisfazione dei bisogni umani», N. Irti, *Persona e mercato*, ora in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 97-ss., e *passim*.

<sup>46</sup> G. Rossi, *Il gioco delle regole*, cit., p. 35 («il mercato è un organismo molto più complesso delle operazioni giuridiche che in esso si svolgono, o della disciplina che lo regola. È un insieme di scambi che fuoriescono dagli schemi contrattuali, e anche dagli schemi del diritto»); Id., *Diritto e mercato*, (in «Rivista delle società», 1998, pp. 1443-ss.) e in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 63-ss., ivi p. 70; B. Libonati, *Intervento*, *ibidem*, pp. 103-ss., ivi spec. pp. 110-ss. e 116-ss., entrambi prendendo posizione parzialmente critica rispetto al noto saggio di N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 3-ss., ove invece si sottolinea l'intrinseca *giuridicità* («*pangiuiridicismo*») del mercato, il quale è, *se ed in quanto sia posto da norme giuridiche*; ed è, perciò, frutto di scelte politiche storicizzabili e, dunque, relative al tempo in cui sono state concepite e attuate nell'ordinamento.

<sup>47</sup> L. Sambucci, *Il contratto dell'impresa*, cit., pp. 87-ss. Parla di «mercato come formazione sociale», L. Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2011, spec. pp. 7-ss. (part. p. 10). Quasi un antesignano del problema della definizione giuridica di mercato R. Franceschelli, *Il mercato in senso giuridico*, in «Giurisprudenza Commerciale», 1979, I, pp. 501-ss., rilevava l'assenza di tale nozione nei manuali e nelle enciclopedie giuridiche italiane. Del medesimo A. v. anche *Imprese e imprenditori*, Giuffrè, Milano 1964<sup>3</sup>, spec. cap. III (*Rilevanza giuridica degli elementi propri della nozione economica dell'imprenditore*), ove già si ritrova una trattazione integrata del presupposto della *professionalità* dell'imprenditore (ossia degli elementi costituiti dalla «stabilità, continuità, sistematicità della funzione», a loro volta riassunti nell'«elemento «coordinamento, organizzazione direzione dei fattori della produzione») con l'ulteriore «elemento della «sopportazione del rischio del processo produttivo». Per una definizione di *mercato*, cfr., inoltre, G. Santini, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, il Mulino, Bologna 1988, spec. pp. 47-ss.; N. Irti, *Persona e mercato*, ora in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., ivi spec. pp. 98-ss. (e *passim*); Id., *Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà*, *ibidem*, pp. 111-ss.; N. Lipari, *Il mercato: attività privata e regole giuridiche*, in *Il diritto della transizione*, cit., e ivi spec. pp. 42-ss. e 46-ss. (ma *passim*). Cfr. anche gli A. citati nelle due note precedenti.

zati, cioè gli *atti*) di cui l'*impresa* si compone in tanto in quanto *attività* economica organizzata<sup>48</sup> – e sebbene com'è noto non sia necessario per la qualificazione giuridica dell'*impresa*, bastando qui l'economicità del *risultato* e del *metodo*<sup>49</sup> –, allora si può convenire che un siffatto e così peculiare scopo non sia capace di assurgere, ove venga tradotto in norme giuridiche legittimanti il fine medesimo, al livello di un *imperativo categorico*, semmai potendosi qualificare (nella filosofia kantiana) come un mero *imperativo ipotetico*.

È quindi soltanto in questo molto limitato e specifico senso che si potrebbe convenire sull'affermazione secondo la quale il diritto commerciale – inteso appunto come diritto dell'*impresa* e, come visto, del mercato (concorrenziale) – mostrerebbe i caratteri di un «diritto secondo» rispetto al diritto civile (diritto «primo» o «diritto privato generale»)<sup>50</sup>, il quale invece avrebbe più direttamente a che fare – ma non certo in modo esclusivo né preminente rispetto, ad esempio, al diritto penale o al diritto costituzionale – con questioni attinenti a beni primari come la salute e, più in generale, la vita umana (e, perché no?, animale in genere): cioè, aventi ad oggetto diretto e immediato valori *assoluti*, rispetto ai quali effettivamente la norma giuridica può assurgere al livello di traduzione positiva di un *imperativo categorico* (la salvaguardia dell'integrità psico-fisica dell'individuo, ad esempio).

Pertanto, la tesi suddetta non sarebbe il più delle volte condivisibile – e, infatti, spesso non è condivisa<sup>51</sup> – per ciò che ha inteso stabilire *in linea generale e di*

<sup>48</sup> Sulla caratterizzazione delle relazioni endo-imprenditoriali (*i.e.*, il contenuto della *black box*) come relazioni gerarchiche benché inquadrabili nello schema contrattuale (ove cioè i *residual property rights* sono attribuiti dal contratto ad una delle parti, che così mantiene, in qualità di *principal*, il potere di indirizzare l'operato dell'*agent* e di terminare il rapporto e/o sostituire l'*agent*), idea poi sfociata nella c.d. *nexus of contracts theory*, v. lo studio seminale di R.H. Coase, *The Nature of the Firm* (1937), ora in Id., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago Univ. Press, Chicago 1988 (paperback ed., 1990), pp. 33-ss.; in seguito, v. O.E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, New York 1985. V. *retro*, sub nt. 5.

<sup>49</sup> G. Oppo, *Principi*, in *Tratt. dir. comm.* (fond. da V. Buonocore, cont. da R. Costi), Sez. I, t. I, Giappichelli, Torino 2001, pp. 33-ss., p. 46; E. Loffredo, *Economicità e impresa*, Giappichelli, Torino 1999, spec. pp. 46-ss. e pp. 95-ss.

<sup>50</sup> C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, (già in «Europa e Diritto Privato» 2006, pp. 397-ss., e ora anche) in A. Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 5-ss. (la «formulazione della categoria dei diritti secondi traeva dalla considerazione di certi ceppi normativi spostati dal tronco centrale del diritto comune per assoggettarli ad una logica diversa», con la conseguenza, tra l'altro, di considerare il «diritto primo come serbatoio dal quale alimentare il diritto secondo in tutto ciò che non è specificamente oggetto di disciplina ad opera della legge. Lo stesso rapporto che su scala interordinamentale è venuto emergendo tra diritto nazionale generale e diritto europeo speciale»), tale scritto riferendosi al precedente lavoro: Id., *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in «Jus», 1981, pp. 158-ss.; in senso non molto diverso, cfr. anche G. Cian, *Il diritto civile come diritto privato comune*, in «Rivista di diritto civile», 1989, I, pp. 1-ss.; R. Scognamiglio, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano 1995, t. II, pp. 1235-ss. Si colloca sulla stessa linea di pensiero del prof. Castronovo, A. Albanese, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, in «Jus», 2009, pp. 347-ss.

<sup>51</sup> M. Libertini, *Alla ricerca del «diritto privato generale». Appunti per una discussione*, (già in «Rivista di Diritto commerciale», 2006, I, pp. 541-ss., e ora anche) in A. Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, cit., pp. 265-ss.; M. Napoli, *Categorie generali e specialità nel diritto*

*principio* una sorta di *gerarchia* – connessa, eppur distinta da quella tra le fonti del diritto positivo – tra cosiddetti *diritti primi* e *diritti secondi*, articolata sulla base di un asserito minor grado di purezza, completezza, generalità e pregnanza dei principi e delle regole che rispettivamente li innervano (ad esempio, del diritto commerciale, rispetto al diritto civile) ovvero sulla base del loro asserito minor grado di *autonomia*, rispetto a quelli posti nel *diritto privato generale* il cui primato – sebbene affermato (se ben si comprende) sulla base (anche) di indici positivi e al fine di affermarne la possibilità dell'applicazione analogica<sup>52</sup> – viene in ultima analisi ad assumere un sapore giusnaturalistico; quest'ultimo talora tradito dalla riaffermazione, da parte di altra autorevole dottrina, della tesi circa una presunta *extrastatalità/originarietà* del principio dell'autonomia dei privati, e della libertà contrattuale in specie<sup>53</sup>.

È quasi scontato rilevare che con questi necessariamente parziali accenni si possa soltanto scalfire la superficie di quella che appare oggi costituire l'intricata trama di una serie numerosa di problemi, tutti sottesi all'indagine qui sollecitata. Nel prosieguo di questo lavoro, a partire dal particolare ruolo affidato alla figura dell'*abuso* della libertà contrattuale – oggi singolarmente collocata al crocevia tra interventismo legislativo e costruzione casistica affidata all'opera della giurisprudenza – si porrà l'accento sull'attuale impraticabilità di un ricorso proficuo alle classiche categorie, spesso ritenute tra loro contrapposte, del giusnaturalismo e del giuspositivismo – rispettivamente *Antigone* e *Porzia*, verrebbe da dire, citando una volta di più l'Ascarelli<sup>54</sup> – al fine di tentare di meglio circostanziare la tensione che attualmente esiste tra le diverse opzioni di regolazione del mercato, e in buona sostanza riconducibili – come sopra già accennato – alla scelta tra libertà (o autonomia), imposizione di regole determinate, e introduzione/valorizzazione di clausole generali (o principi generali, norme elastiche o eterodeterminate), oltre, ovviamente, alle combinazioni ottenibili con diverse alchimie tra tali elementi.

Invero – e specie con l'avvento della globalizzazione – le geometrie sottese a quei due fondamentali filoni del pensiero giuridico occidentale sembrano ancora una volta mutare: le stesse categorie tradizionali paiono fatte oggetto di progressive, quanto

*privato: il diritto del lavoro, ibidem*, pp. 253-ss., e ivi spec. pp. 253-254 e 262-263 («[i]l diritto del lavoro, solo se trova dentro di sé la soluzione che deve regolare, potrà ricorrere in via suppletiva le soluzioni del diritto civile. Non appare invece necessario che le soluzioni lavoristiche» – queste ultime intese come «regole ad hoc che non trovano riferimento nel diritto civile» – «superino il vaglio del diritto civile, confermando la necessaria derivazione della matrice civilistica»); più recentemente, esprime un'ulteriore sebbene affine posizione, S. Delle Monache, Commercializzazione» del diritto civile (e viceversa), in «Rivista di diritto civile», 2012, I, pp. 489-ss., ivi spec. p. 495-s. (laddove si afferma che «il diritto commerciale non è affatto un diritto 'secondo', ma condivide la stessa natura del diritto 'primo', presentandosi come una parte del diritto privato generale»).

<sup>52</sup> Vedi ancora C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in A. Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali*, cit., ivi spec. pp. 7 e 14-ss.

<sup>53</sup> Per i necessari riferimenti, vedi *infra*, sub nt. 155.

<sup>54</sup> T. Ascarelli, *Antigone e Porzia*, (già in «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 1955, pp. 756-ss., e poi) in Id., *Problemi giuridici*, t. I, cit., pp. 5-ss.; N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., *passim*.

ineluttabili *torsioni funzionali* e di reciproche contaminazioni strutturali capaci di rendere taluni istituti – in passato già classificati, rispettivamente, come strumenti di *rottura* ovvero di *conservazione* del sistema – maggiormente neutrali rispetto ai contingenti fini costruttivi, e dunque suscettibili di interpretazione secondo logiche funzionali a scopi che potrebbero talora apparire opposti a quelle esigenze per le quali essi erano stati originariamente pensati e al servizio delle quali sono stati a lungo utilizzati<sup>55</sup>.

## 2. Il legame stretto tra fattispecie di abuso della libertà contrattuale e la contrattazione d'impresa: l'attualità del tema alla luce di taluni indici normativi e giurisprudenziali

Si è scritto che, da qualche tempo, «la categoria dell'abuso sembra aver riconquistato la zona dell'atto»; e che, più in particolare, il «concetto [...] viene ora riattratto, dalle novità normative di matrice europea, e soprattutto dalle prime letture che di esse propongono gli interpreti, ad una dimensione squisitamente endocontrattuale»<sup>56</sup>. Di una siffatta tendenza si sono portati gli esempi significativi dell'*abuso di dipendenza economica* (art. 9, L. 18 giugno 1998, n. 192)<sup>57</sup>; quello del trattamento delle cosiddette *clausole abusive*

<sup>55</sup> C. Fois, *Il «giardiniero» di Pugliatti*, ecc., cit., spec. p. 325; in diversa prospettiva, ma con pur sempre riferimento al pericolo di «una sorta di funzionalizzazione dell'agire del singolo, sia esso consumatore o impresa debole, ad un interesse pubblico più generale, che è la regolazione del mercato, inteso [...] in senso giuridico costruttivistico, come *ordo legalis*, conformato cioè alle regole del diritto positivo: una funzionalizzazione che a sua volta implica una torsione, e in certa misura una riscrittura degli strumenti tradizionali dell'autonomia privata, che vengono riutilizzati per raggiungere finalità eccentriche o, comunque, ultronee rispetto agli interessi delle parti», v. S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea* (già in «Europa e Diritto privato», 2005, e poi anche) in G. Vettori (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Atti del Convegno di Studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti - Firenze, 26 novembre 2004, Cedam, Padova 2005, pp. 93-ss., ivi p. 96. Recentemente, per la tesi secondo la quale «il quadro della discussione sulle clausole generali si radicalmente cambiato col farsi strada della consapevolezza che la versione ottocentesca del positivismo giuridico, più che esser entrata in crisi, è ormai morta e sepolta»; e che, pertanto, «con la caduta dei vecchi dogmi del formalismo interpretativo, ci sono tutte le premesse per giungere ad una «normalizzazione» delle clausole generali: esse ormai non devono più essere sentite come un corpo estraneo atto a sconvolgere gli schemi della dogmatica e a turbare una pretesa razionalità codicistica», v. C. Luzzati, *La «normalizzazione» delle clausole generali*, cit., *passim* (citazioni a p. 164).

<sup>56</sup> Le frasi citate nel testo sono di G. Amadio, *L'abuso di autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in «Rivista di diritto civile», 2006, I, f. 6 (Atti del Convegno di Studi *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?*, per il cinquantenario della «Rivista di diritto civile» - Treviso, 23-25 marzo 2006), pp. 255-ss., ivi p. 257. Va peraltro subito ricordato che recentemente è stato scritto che «[i]n riferimento al diritto contrattuale, ove naturalmente bisogna tener conto del fatto che i doveri di correttezza e di buona fede sono caratteri strutturali del rapporto [...] parlare di abuso del diritto è solo una imprecisione del linguaggio», così A. Gambaro, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine del mercato nell'ordinamento comunitario*, (ora anche) in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, cit., p. 100.

<sup>57</sup> V. ad es. M.S. Spolidoro, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in «Rivista di Diritto industriale», 1999, pp. 191-ss.; C. Alvisi, *Subfornitura e autonomia collettiva*, Cedam, Padova 2002; A. Musso, *La subfornitura*, in A. Scialoja, G. Branca, F. Galgano (a cura di), *Commentario del Codice civile, Libro IV. Delle obbligazioni* (legge 18 giugno 1998, n. 192), Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma 2003; G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e*

(artt. 33 e seguenti, Cod. consumo) e quello relativo all'art. 7 del D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 – benché ormai l'osservazione sia destinata ad assumere una portata prevalentemente retrospettiva, a seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 192/2012 (attuativo della Direttiva n. 2011/7/UE) – circa il potere conformativo del giudice, in presenza di un particolare abuso di autonomia contrattuale nell'ambito della disciplina dei ritardi nei pagamenti nel contesto delle *transazioni* (si noti) *commerciali* (un potere *ex post* rideterminativo dell'accordo già concluso *inter partes*)<sup>58</sup>.

Del resto, anche nelle norme che, con la l. n. 108/1996, hanno riformato il reato di usura (art. 644 c.p.), incidendo anche sulla portata civilistica della stipulazione di interessi per le somme date a mutuo (art. 1815, comma 2°, c.c.) si è visto<sup>59</sup> un ulteriore elemento di un *puzzle* complessivamente rivolto a sanzionare *abusi e/o squilibri* di libertà contrattuale<sup>60</sup>, che peraltro hanno in comune il carattere di vedere coinvolta almeno un'impresa (benché nell'art. 3, comma 1°, lett. c) del Codice del consumo si parli più genericamente di «professionista»).

In uno con il formale riconoscimento del «divieto di abuso del diritto» contenuto nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>61</sup>, ciascuna di tali

*diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, Torino 2004; R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, Napoli 2004; Id., *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in «Contratti», 2010, pp. 524-ss.; P. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano 2006.  
<sup>58</sup> Su tale ultima disciplina, che rappresenta l'attuazione della Direttiva n. 2000/35/CE, v. già L. Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in «Europa e Diritto privato», 2001, pp. 73-ss., ivi spec. p. 81; e, più recentemente, G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, cit. spec. pp. 238-ss.; D. Maffei, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in «Contratti», 2003, pp. 623-ss.; E. Minervini, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in «Diritto banca e mercati finanziari», 2003, I, pp. 199-ss. Va peraltro rilevato che la disposizione che ha dato adito al dibattito circa l'anomalia della nullità e del conseguente potere conformativo del giudice a scapito della libertà contrattuale (art. 7, comma 3°), è stata soppressa dal D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, *Modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'articolo 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180* (in «Gazzetta Ufficiale», del 15 novembre 2012, n. 267), che ha completamente riformulato l'art. 7. La Direttiva n. 2011/7/UE, infatti ha sostituito l'originaria disciplina europea sui ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, di cui alla citata Dir. n. 2000/35/CE, ora abrogata.

<sup>59</sup> G. Oppo, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. VI: *Principi e problemi del diritto privato*, cit., pp. 229-ss.; V. Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 97-ss.; G. Capo, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. pp. 32-ss. e 78-ss.

<sup>60</sup> G. Oppo, *Principi*, cit., spec. p. 69-ss.

<sup>61</sup> Fanno espresso riferimento al principio sancito nella Carta di Nizza come principio vigente in Italia, Cass., S.U., 11 novembre 2009, n. 26972, in «Giurisprudenza italiana», 2009, pp. 390-ss.; Cass. 2 febbraio 2010, n. 2352, in «Foro italiano», 2010, I, c. 1145-ss. In dottrina, recentemente, v. A. Lenaerts, *The General Principle of the Prohibition of the Abuse of Right: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in «European Review of Private Law», 2010, pp. 1121-ss.; A. Gambaro, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine del mercato nell'ordinamento comunitario*, cit., spec. pp. 94-ss. (il quale peraltro osserva che tale riferimento, per il modo in cui l'abuso risulta ivi declinato, «parrebbe remoto rispetto alla prospettiva civilistica», ritenendo però che il concetto risulti invece sviluppato in senso compatibile con la nostra nozione da parte

norme speciali (non codicistiche, tranne l'ultima, che però ne rappresenta un'innovazione rispetto al testo originario, al pari degli artt. 1469-*bis* e seguenti c.c., poi transitati negli artt. 33 e seguenti del Codice del consumo del 2005) avrebbe legittimato, su un piano sistematico, l'introduzione e l'utilizzo in sede interpretativa di un canone valutativo generale – che ricorre anche negli esempi suddetti – basato sull' «equilibrio delle prestazioni», ossia la verifica della *proporzionalità* tra i diritti e gli obblighi rispettivamente assunti dalle parti dei contratti di volta in volta esaminati<sup>62</sup>. *Proporzionalità* che, poi – come stiamo per vedere nei successivi paragrafi – quasi per sineddoche, diventa *adeguatezza* delle complessive posizioni assunte dalle parti medesime nell'ambito del rapporto contrattuale rispetto ad un certo ideale canone di giustizia del caso concreto, quest'ultimo poi spesso sovrapposto al concetto di «equità» (1374 c.c.)<sup>63</sup>, il quale pertanto subisce oggi una ride-

della giurisprudenza comunitaria, ivi p. 96); M. Pandimiglio, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona*, in «Contratto e impresa», 2011, pp. 1076-ss.; R. Piccione, *Divieto dell'abuso de diritto. Considerazioni introduttive*, e G. Frigo, *Divieto di abuso del diritto*, entrambi in P. Gianniti (a cura di), *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in G. De Nova (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma 2013, rispettiv. pp. 1514-ss. e pp. 1528-ss.

<sup>62</sup> A. Bortoluzzi, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, cit., e ivi pp. 1438-ss., il quale tra l'altro contrappone una «concezione classica del contratto» – imperniata «sulla autonomia delle parti», alla quale «la nozione stessa di squilibrio contrattuale» sarebbe estranea –, ad una concezione *relazionale* del contratto, tipica dei «paesi di economia coordinata come la Germania», e ritenuta «più rispettosa della autonomia», giacché essa «richiede che l'equilibrio raggiunto dalle parti sia sottoposto ad un test che ne riscontri la rispondenza a predeterminati criteri di giustizia. Questi criteri di giustizia» – a loro volta – «affidano alla giurisprudenza il compito di proteggere gli agenti del mercato»; v. inoltre, con diverse visioni, P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, cit., pp. 441-ss.; L. Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, cit., spec. pp. 36-ss., 65-ss. e 99-ss.; F. Scaglione, *Il mercato e le regole della correttezza*, in F. Galgano, *Trattato di Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia*, vol. LVII, Cedam, Padova 2010, spec. pp. 79, 82-s. e 85-ss.; R. Lanzillo, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Cedam, Padova 2003, spec. pp. 39-ss.; G. Agrifoglio, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, cit., ivi p. 1358-ss. Sul principio di proporzionalità, normalmente fondato, in materia contrattuale, sull'art. 1455 c.c., v. *infra* par. 3.1 e 3.2 (e spec. *sub ntt* 121-123);

<sup>63</sup> Afferma G. Oppo, *Sui principi generali del diritto privato*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. VI, cit., pp. 3-ss., ivi p. 21, che «non è da ritenere «clausola generale» ma fonte integrativa della legge – malgrado i noti dissensi – l'equità: fonte integrativa delle regole legali dell'interpretazione (art. 1371) e fonte integrativa degli effetti del contratto (art. 1374)», così anche (in relazione alla nuova formulazione dell'art. 113, comma 2°, c.p.c.), Cass., S.U., 15 ottobre 1999, n. 716, in «Giustizia civile», 1999, pp. 3243-ss. Vedi tuttavia T. Ascarelli, *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, cit., p. 114, ove si specifica che la «contrapposizione tra valutazioni diverse (e così tra quelle tramandate e quelle che poi si vengono affermando) può anche indicarsi come contrasto tra certezza e equità, ché il secondo termine piuttosto che indicare aristotelicamente l'attenuazione nel caso concreto del rigore della norma, può riferirsi all'emersione in un caso singolo di una nuova norma (e, generalmente, in via di rimedio processuale) tuttavia suscettibile di generale applicazione». In diverse prospettive, variamente collegate alla tendenza alla sovrapposizione del concetto di equità con la giustizia contrattuale di cui nel testo, e dunque con il riconoscimento di una funzione correttiva-integrativa del giudice, v. anche S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano 1969; P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano 1969, spec. pp. 241-ss.; F. Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano 1970, spec. pp. 320-ss. (ma *passim*). Più recentemente, F. Galgano, *Sull'aequitas delle prestazioni contrattuali*, in «Contratto e impresa», 1993, pp. 420-ss.; M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia*

finizione espansiva in termini di «giustizia contrattuale»<sup>64</sup>, alla quale ora il concetto stesso di *abuso* fa da naturale *pendant*: ma così evidentemente allargandosi il diaframma della classica fonte eccezionale di integrazione del contratto (l'equità, appunto) ad un piano ben più generale ove incontra la correttezza e la buona fede contrattuali (artt. 1175, 1366 e 1375 c.c.) su di un comune terreno, evidentemente funzionale ad un controllo sociale, diffuso e conformativo rispetto a valori tutti da identificare, della libertà negoziale *tout court*<sup>65</sup>; un controllo ormai definitivamente affidato – come ha recentemente ricordato Galgano – al «governo giudiziario della discrezionalità contrattuale»<sup>66</sup>.

*contrattuale. Equità e buona fede fra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino 2006; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*<sup>3</sup>, cit., pp. 210-ss. e 376-ss.; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, vol. II: *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374-1381*, 2<sup>a</sup> ed., in P. Schlesinger, F.D. Busnelli, *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano 2013, spec. pp. 111-ss., 137-ss. e 165-ss.; ma v. anche le *opp. citt.* nella nota che segue.

<sup>64</sup> Sul tema della giustizia contrattuale v. ad es., oltre alle opere citate nella nota che precede: cfr. G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, cit., spec. pp. 143-ss. e 161-ss.; V. Roppo, *Il contratto*<sup>2</sup>, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di Diritto privato*, Giuffrè, Milano 2011, spec. pp. 42-ss., 343-ss., 430-ss., 443-ss., e 847-ss.; L. Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, cit., spec. pp. 39-ss., 142-ss., 225-ss. e 299-ss.; R. Calvo, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Giuffrè, Milano 2010; F. Scaglione, *Il mercato e le regole della correttezza*, in F. Galgano, *Trattato di Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia*, vol. LVII, cit., spec. pp. 56-ss., 78-79 e 84; C.M. Nanna, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Cedam, Padova 2010; M. Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in «Jus», 2009, p. 273-ss., ivi pp. 276 e 278; R. Lolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova 2008, spec. pp. 95-ss. e 145-ss.; F. Volpe, voce *Contratto giusto*, in *Digesto discipline privatistiche - Sez. civ.*, Aggiorn., III, t. I, Torino, UTET, 2007, pp. 384-ss. G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, cit. spec. pp. 239 e 243-ss. In passato, v., tra molti, P. Barcellona (con la collaborazione di C. Camardi), *Diritto privato e società moderna*, cit., spec. pp. 335-ss., 352 s. e 374-s.; L. Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Atti del Convegno di Studi di San Marino, del 17-18 novembre 2000, Esi, Napoli 2002; P. Mengozzi, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova 2004; M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in «Europa e Diritto privato», 2005, pp. 631-ss.; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna 2005, spec. p. 70; Id., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in «Contratto e impresa/Europa», 2005, pp. 509-ss.; M. Perreca, *La congruità dello scambio contrattuale*, Jovene, Napoli 2006. Meno recentemente G. Marini, *Ingustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in «Rivista critica del Diritto privato», 1986, pp. 288-ss.

<sup>65</sup> In tal senso v., C. Fois, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, cit., spec. p. 432. Invero, L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 8-s., in passato aveva auspicato che la clausola della buona fede venisse liberata «dalle commistioni con l'equità, e quindi dal sospetto che essa possa favorire l'infiltrazione nel nostro ordinamento, che è ordinamento di diritto scritto, di una pura giurisprudenza di equità»; aggiungendo che la «confusione con l'equità è una delle cause degli eccessi in cui cade la giurisprudenza tedesca nell'applicazione del § 242 BGB» (da cui egli riscontrava lo «straripamento»), giungendosi ad assegnare alla buona fede – specie nel pensiero di alcuni autorevoli Studiosi tedeschi, come Esser e Wieacker – «una funzione correttiva dei precetti dell'autonomia privata in nome dell'equità individuale, e perfino una funzione di rottura dell'ordinamento scritto là dove premono le esigenze di equità generale»; tale posizione critica rispetto alla sovrapposizione tra l'equità e un'ampia nozione di correttezza-giustizia contrattuale, veniva peraltro ribadita in Id., *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni percuniarie*, cit., p. 74. Sul tema, v. anche P. Kindler, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in «Contratto e impresa/Europa», 1998, pp. 662 ss.

<sup>66</sup> Così A. Di Majo, *Obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-II foro Italiano, Bologna-Roma 1988, p. 302; nello stesso senso Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p.

A tal punto che, con particolare riguardo alla norma forse più significativa di questo *trend* legislativo – l'art. 9 della Legge n. 192/1998 – si è ulteriormente rilevato che «ciò che il legislatore descrive come “abuso di dipendenza economica” (e ancor prima come abuso di posizione dominante) diviene ben presto, nel linguaggio della dottrina, “abuso dell'autonomia contrattuale” stessa»<sup>67</sup>; e ciò benché – come è evidente – quest'ultimo concetto necessiti poi di essere analizzato partitamente in relazione a ciascuno dei suoi momenti specifici nei quali usualmente è dato scomporre il relativo rapporto: la fase *precontrattuale* (libertà di scegliere la controparte e libertà di contrarre in senso stretto, anche sotto il profilo della correttezza e dell'adeguatezza delle informazioni disponibili e/o pervenute alle parti durante le trattative) – sulla quale oggi incidono anche le norme sulle pratiche commerciali scorrette (artt. 18-27-*quater*, Cod. cons., di seguito «PCS»)»<sup>68</sup>, oltre a quelle sulla pubblicità ingannevole e comparativa (D.lgs. 2 agosto 2007, n. 145)

730, entrambi ricordati da F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in «Contratto e impresa», 2011, pp. 311-ss., p. 314 (nt. 12), ulteriormente specificando che l'attuale tendenza interventista della giurisprudenza non è limitata alla tutela del contraente debole, bensì «alla verifica dell'equilibrio contrattuale e della sua permanenza nel tempo: dalla meritevolezza di tutela dell'interesse perseguito (art. 1322, comma 2°) valutata anche in rapporto a singole clausole contrattuali, all'equità del contratto (art. 1374), intesa anche come equità correttiva, alla buona fede nell'interpretazione del contratto (art. 1366), ora considerata dalla Cassazione come criterio principale, e non più come criterio sussidiario, di interpretazione, in contrasto con l'antico *in claris non fit interpretatio*». Inoltre v. Id., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna 2005, spec. pp. 115-ss. (capitolo V, intitolato: *Il giudice al posto del legislatore*).

<sup>67</sup> Amadio, *L'abuso di autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, cit., p. 257, citando quale esempio di dottrina che ha proposto tale procedimento interpretativo di tipo estensivo (o, se si vuole, di sineddoche tra due concetti – quello di *abuso di dipendenza economica* e quello di *abuso di libertà contrattuale* – certamente non coestensivi), Maffei, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, cit.; e v. inoltre Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, cit., ivi spec. pp. 294-ss., il quale tiene a distinguere tra le possibili fattispecie di *abuso* nel contratto stipulato tra *consumatori* e professionista e l'*abuso* configurabile nell'ambito dei rapporti contrattuali *tra imprese*, sull'ultimo punto, v. anche G. De Nova, *Contratto: per una voce*, in «Rivista di Diritto privato», 2000, pp. 533-ss. (ora in Id., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova, 2011, pp. 1-ss., e ivi a pp. 4-s. e 8-ss.); *contra* G. Vettori, *Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in G. Vettori (a cura di), *Contratto e responsabilità. I. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, Cedam, Padova 2013, pp. 1-ss. Ulteriori sviluppi della tendenza ad applicare una nozione estesa di *abuso del diritto* alla libertà contrattuale – anzi ad alcune sue recenti articolazioni – si ritrovano, ad esempio, in: F. Di Marzio, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in «Rivista di Diritto civile», 2007, I, pp. 681-ss., spec. 686-ss.; Id., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Jovene, Napoli 2011, spec. pp. 160-ss. e 181-ss.; F. Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: una nuova clausola generale?* e G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, entrambi in «Rivista di diritto civile», I, 2005, rispettiv. pp. 625-ss. e 663-ss. (poi entrambi, con titolo leggermente diverso, anche in P. Sirena (a cura di), *Il diritto dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, cit., rispettiv. pp. 277-ss. e 321-ss.); G. Agrifoglio, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, cit., ivi p. 1337-s. e 1347-ss. e 1358-ss. Sul tema dell'abuso della libertà contrattuale, in generale, v. anzitutto, R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato 1997*, t. III: *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova 1998, pp. 217-ss., e ivi spec. pp. 232-ss.

<sup>68</sup> Da ultima, v. S. Tommasi, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale*, Cacucci, Bari 2012, spec. p. 15, 91-ss. e 119-ss.; inoltre v. C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, (già in «Obbligazioni. & Contratti», 2010, pp. 408-ss., e ora anche) in A. Bellavista, A. Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 143-ss.



–; quella squisitamente *formativa* (libertà di determinarne lo schema, il *modus*, il contenuto, ecc.) e quella *attuativa-esecutiva*. Una scansione in fasi del rapporto contrattuale che trova un sicuro riscontro nel Codice del consumo (e nei suoi recenti *spin-off*)<sup>69</sup>, ma che, nella sostanza, risulta avallata nello stesso art. 9, comma 2°, L. n. 192/1998, allorché si includono tra gli esempi di comportamenti abusivi, *sia* il rifiuto di vendere o acquistare, *sia* l'interruzione arbitraria di relazioni commerciali in corso. Una scansione in fasi del rapporto contrattuale che così si riverbera nell'analisi dei diversi ambiti in cui si può riscontrare una violazione di una clausola generale, correttezza e buona fede, ovvero anche un abuso della libertà negoziale, variando la risposta dell'ordinamento anche a seconda dei soggetti concretamente coinvolti.

Questa tendenza a considerare le clausole generali come norme di condotta contrattuale e a scandirne l'analisi a seconda delle fasi del rapporto, se poteva dirsi sollecitata anzitutto dalle norme speciali, e in particolare da quelle susseguitesi a partire dagli anni Novanta del XX° secolo (e che sopra si sono ricordate)<sup>70</sup>, oggi può essere ulteriormente sostenuta e corroborata con maggiore spessore sistematico grazie ad una più consapevole teoria dei rapporti contrattuali di *durata*, implicanti un certo grado di rigidità nella reversibilità/recuperabilità degli investimenti sostenuti per concluderli e/o per darvi esecuzione (i «*relational contracts*»); e, anche alla luce della giurisprudenza sull'abuso del recesso della banca da rapporti di affidamento e/o di apertura di credito e di *exceptio doli* in relazione al contratto autonomo di garanzia o di abuso del diritto voto o di impugnativa nel diritto societario<sup>71</sup> nonché della recente decisione della Suprema Corte – la

<sup>69</sup>Vedi sul punto G. Cottino (con M. Callegari), *Introduzione*, in O. Cagnasso, G. Cottino, *I contratti commerciali*<sup>2</sup>, in G. Cottino (dir. da), *Trattato di Diritto commerciale*, vol. IX, Cedam, Padova 2009, spec. pp. 11-ss.; L. Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, cit., pp. 187-ss. e 118-ss.; inoltre v. N. Zorzi Galgano, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, in «Contratto e impresa», 2011, pp. 1193-ss. e *amplius*, Ead., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in F. Galgano, *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, vol. LXII, Cedam, Padova 2012.

<sup>70</sup> Se ne possono ripercorrere le fasi principali in Fois, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, cit., spec. pp. 424-432. Per la scansione in fasi del rapporto contrattuale v., tra gli altri, Capo, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, cit., spec. p. 72. V. inoltre la nota che segue.

<sup>71</sup> Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in «Foro italiano», 1997, I, c. 4679-ss.; Cass., 22 novembre 2000, n. 15066, in «Contratti», 2001, pp. 791-ss.; Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in «Giurisprudenza italiana», 2004, pp. 2064-ss. (con nota di E. Bergamo, *L'abuso del diritto e il diritto di recesso*); Trib. Roma, 11 gennaio 2010, in «Giurisprudenza di merito», 2010, pp. 2175-ss. (con nota di G. Buffone, *Il ricorso c.d. «anomalo» al credito costituisce abuso del diritto di difesa, sanzionabile mediante condanna per responsabilità processuale aggravata*, ivi pp. 2178-ss.). In dottrina v. F. Galgano, *Abuso del diritto, arbitrario recesso ad nutum della banca*, in «Contratto e impresa», 1998, pp. 18-ss.; P. Manes, *Diritto di recesso dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato e violazione della buona fede*, *ibidem*, 1999, pp. 920-ss.; M. Baraldi, *Le «mobili forniere» dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca dall'apertura di credito a tempo indeterminato*, *ibidem*, 2001, pp. 927-ss. (ove l'esame di ulteriori casi giurisprudenziali). Per l'*exceptio doli* sollevabile dall'istituto di credito in caso di escussione fraudolenta della garanzia autonoma, v. Cass., 21 maggio 2008, n. 13078, sez. III, Cass., 24 aprile 2008, n. 10652, sez. III e Cass. 14 dicembre 2007, n. 26262, sez. I, tutte in «Banca, borsa, titoli di credito», 2009, II, pp. 412-ss. (con nota di M. Cuccovillo, *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia*, ivi pp. 431-ss.). Inoltre, sul fronte societario (abuso del diritto di voto e di impugnativa del

notissima sentenza n. 20106 del 2009 – sull'abuso del diritto di *recesso* da un contratto di concessione di vendita di automobili (un tipico contratto tra imprese) che, insieme ai suoi epigoni, ha certo fatto recuperare a tale concetto gli onori della cronaca del settore<sup>72</sup>.

bilancio d'esercizio) e fallimentare, v. ad es., Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, n. in «Giurisprudenza Commerciale», 1996, II, pp. 329-ss. (con commenti di P.G. Jaeger, C. Angelici, A. Gambino, R. Costi e F. Corsi, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, ivi) sulla quale cfr. anche F. Galgano, *Contratto e persona giuridica alle società di capitali*, in «Contratto e impresa», 1996, pp. 1-ss.; Id., *Contrattualismo e no per le società di capitali*, *ibidem*, 1998, pp. 1-ss.; Cass., 11 dicembre 2000, n. 15592, in «Foro italiano», 2001, I, c. 3274, pubblicata anche in «Giurisprudenza italiana», 2002, pp. 1890-ss. (con nota di E. Bergamo, *Abuso del diritto e impugnativa del bilancio*); in «Giustizia civile», 2001, I, pp. 2439-ss. (con nota di M. Costanza, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, ivi, pp. 2443-ss.) e in «Rivista di diritto commerciale», 2001, II, pp. 206-ss. (con nota di F. Astone, *Impugnativa di bilancio e divieto di venire contra factum proprium*, ivi pp. 209-ss.); Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in «Banca, borsa, titoli di credito», 2007, II, pp. 697-ss. (con nota di F. Festi, *L'ambito di applicazione e i limiti dell'exceptio doli generalis*, ivi p. 710-ss.); Cass., 19 dicembre 2008, n. 29776, in «Giurisprudenza Commerciale», 2009, II, pp. 652-ss. (con nota di C. Angelici, *Diritti extrasociali e obblighi sociali*, ivi pp. 655-ss.). Per ulteriori riferimenti, v. ad es. S. Viaro, L. Garofalo, *Sull'eccezione di dolo generale*, in L. Garofalo (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Jovene, Napoli 2011, pp. 1-ss., spec. pp. 28-ss.; G. Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., spec. pp. 271-ss. e 338-ss.; Id. *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in «Contratto e impresa», 2007, pp. 1369-ss.; A. Nuzzo, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Giappichelli, Torino 2003; in passato v. A.A. Dolmetta, *Exceptio doli generalis*, in «Banca, borsa, titoli di credito», 1998, I, I, pp. 157-ss.; D. Preite, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in G.E. Colombo e G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle spa*, vol. III, t. 2°, Torino, UTET 1993, pp. 5-ss. e 43-ss.; G.B. Portale, *Impugnativa di bilancio ed exceptio doli*, in «Giurisprudenza Commerciale», 1982, I, pp. 414-ss. e L. Nanni, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in «Contratto e impresa», 1986, pp. 303-ss.

<sup>72</sup> Ci si riferisce in particolare a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, che è stata poi definita un «vero *blockbuster* della letteratura privatistica di casa nostra degli ultimi due anni» da R. Pardolesi, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, in «Danno e responsabilità», 2012, 12, pp. 1165-ss.: infatti la decisione in parola è stata pubblicata in una dozzina di riviste giuridiche, come ad esempio: in «Il Corriere giuridico», 2009, pp. 1577-ss. (con nota di F. Macario, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività dei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*); in «Foro italiano», 2010, I, c. 85-ss. (con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*); in «Giurisprudenza Commerciale», 2010, II, pp. 828-ss. (con nota di L. delli Priscoli, *Abuso del diritto e mercato*, ivi pp. 834-ss.); in «Responsabilità civile e previdenza», 2010, pp. 345-ss. (con nota di A. Gentili, *Abuso del diritto e argomentazione giuridica*); in «Contratti», 2010, pp. 1-ss. (con nota di G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*); in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2010, II, pp. 231-ss. (con *Discussioni* di M. Orlandi, C. Scognamiglio e R. Viglione), e variamente commentata, ad esempio da: M. Maugeri, *Concessione di vendita e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, *ibidem*, 2010, pp. 319-ss.; M. Baraldi, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, *ibidem*, 2010, pp. 41-ss.; M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in «Rivista di Diritto civile», 2010, II, pp. 147-ss.; G. Vettori, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, in «Obbligazioni e contratti», 2010, pp. 166-ss.; F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit.; E. Barcellona, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale* (nota a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106), in «Giurisprudenza Commerciale», 2011, II, pp. 295-ss.; nonché fatta oggetto specifico di un'intera antologia di ben quattordici contributi di autorevoli civilisti, raccolti in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Giappichelli, Torino 2010, e un seminario i cui atti sono stati raccolti da V. Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, ETS, Pisa 2012. Per una sua applicazione successiva, v. Trib. Roma, 29 novembre 2011, in «Giurisprudenza Commerciale», 2012, II, pp. 870-ss. (con nota di L. Miotto, *Recesso ad nutum, abuso e ragioni dell'impresa*, ivi pp. 881-ss.).

Tuttavia, ancora oggi, quando, più in generale, si discute del concetto di *abuso del diritto* (soggettivo) nell'ambito del diritto privato sotto la vigenza del Codice civile del 1942 e della Costituzione repubblicana (la figura, come ognuno intende, era nota e studiata anche in precedenza<sup>73</sup>), una certa tradizionale timidezza – o ambiguità semantica? – verso siffatto concetto non ne rende immediato il collegamento con il principio della libertà contrattuale; una timidezza (o ambiguità) da ultimo acuitasi in virtù delle implicazioni di un'analisi c.d. «*multilivello*», impostasi in ragione dei molteplici arresti della giurisprudenza comunitaria e, da ultimo, alla luce del testo del già citato art. 54, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>74</sup>.

Perciò la mente va spesso all'omonimo saggio del professor Rescigno del 1965, ove, tra l'altro, si evidenziava il peso delle coeve e allora prevalenti tesi (di marca giusnormativistica) per le quali «nel contratto, al quale è connaturale l'idea di accordo», non si riteneva possibile scorgere il «senso proprio dell'espressione» a partire dalla contrapposizione tra «interesse meritevole per cui l'atto si compie» (questo poi di norma ricondotto al vaglio della *causa* contrattuale) e «motivi dell'atto» (come noto, di solito estranei alla valutazione causale). E ciò benché già allora dallo studioso ora evocato si facesse notare che anche in ambito contrattuale – e specie se l'idea di abuso comporta, come sembra, un «apprezzamento qualitativo» della «libertà» fatta oggetto di un diritto (soggettivo), quest'ultimo a sua volta fatto proprio da una norma e che, alla stregua di questa, si assume ecceduto – fosse dato riscontrare, per un verso, una comunanza di trattamento, sotto questo profilo, tra «diritti soggettivi» assoluti e quelli relativi nonché la compresenza, accando ad essi (e accanto alle «libertà» in senso proprio), anche di «diritti potestativi» (talora detti *acausali* dei quali, cioè, una volta attribuiti non avrebbe dovuto giustificarsene l'uso); e, per altro verso, si ritenesse possibile riscontrare una situazione di «abuso della

<sup>73</sup> A mero titolo di esempio, si vedano M. Rotondi, *L'abuso del diritto*, in «Rivista di diritto civile», 1923, pp. 105-ss. (spec. 114-ss. e 133-s.), 209-ss. (spec. 215-280) e 417-ss., il quale tra l'altro – nel definirlo come un «uso cattivo, riprovevole o riprovato, illegittimo o ritenuto tale, di un diritto da parte di chi ne è titolare» (ivi, p. 109) – nega al concetto dignità giuridica (e sebbene riconosciuto esistente sul piano dei rapporti sociali), perché ritenuto intimamente contraddittorio (ivi, p. 116), e A. Groppali, *Atto emulativo, abuso di diritto, sviamento di potere ed abuso di potere*, in «Rivista di Diritto privato», 1940, I, pp. 26-ss.; in Francia, parimenti critico era G. Ripert, *Abus ou relativité des droits*, in «Revue critique de législation et de jurisprudence», 1929, pp. 30-ss. Per una ricostruzione storica del concetto, si rimanda a P. Rescigno, *L'abuso del diritto* (già in «Rivista di diritto civile», 1965, I, pp. 205-ss., poi) in Id., *L'abuso del diritto*, il Mulino, Bologna 1998, pp. 11-ss., spec. pp. 27-ss.; Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., spec. pp. 323-ss.; C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 67-ss.; S. Viaro, L. Garofalo, *Sull'eccezione di dolo generale*, in Garofalo (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, cit., spec. pp. 1-ss. Cfr. anche G. Cazzetta, *Responsabilità civile e abuso del diritto fra otto e novecento*, in Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto*, cit., pp. 51-ss. Ulteriori riferimenti nelle due note seguenti.

<sup>74</sup> Sul punto, con ricchezza di riferimenti giurisprudenziali, v. A. Gambaro, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine del mercato nell'ordinamento comunitario*, (ora anche) in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, cit., pp. 94-ss. e 102-ss.

situazione economica, nel senso che il contraente economicamente più forte può dettare all'altra parte condizioni inique»<sup>75</sup>.

Vi era già in queste parole, una chiara traccia anticipatrice di quell'esigenza di protezione della cosiddetta *parte debole* del contratto<sup>76</sup>, così come in quel tempo, e anche in Italia, stava emergendo in tutta la sua dirompente importanza, e proprio in corrispondenza di quattro principali prese di coscienza: (a) il concetto di abuso ben poteva fuoriuscire – come infatti poi gradualmente uscì – dal ristretto ambito applicativo degli atti emulativi (cfr. art. 833 c.c.<sup>77</sup>) ove era stato lungamente costretto in forza di quella

<sup>75</sup> Oltre alle opere citate nelle due note che precedono, v. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., ivi spec. pp. 19-ss., 46-ss. e 56-ss. (il tema veniva presentato come frutto di sollecitazioni provenienti da Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in «Foro italiano», 1961, I, c. 256-ss., con nota critica di A. Scialoja, *Il «non uso» è «abuso» del diritto soggettivo?*). In precedenza, oltre alle opere citate nella nota che precede, vedi, *ex pluribus*: U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1958, pp. 18-ss.; S. Romano, voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. I, Giuffrè, Milano 1958, pp. 166-ss. (il quale si esprime in senso negativo: ivi, spec. p. 171); F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Jovene, Napoli 1989 (rist.), p. 76 s.; M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano 1975, spec. pp. 125-s. e 194-s.; e, più recentemente, S. Patti, voce *Abuso del diritto*, in «Digesto delle discipline privatistiche - Sez. civ.», vol. I, Torino, UTET, 1987, pp. 1-ss. (ora in Id., *Vicende del diritto soggettivo*, UTET, Torino 1999, pp. 17-ss.); D. Messinetti, voce *Abuso del diritto*, in «Enciclopedia del diritto», Aggiorn., t. II°, Giuffrè, Milano 1998, pp. 1-ss.; U. Breccia, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, t. III: *L'abuso del diritto*, Cedam, Padova 1998, pp. 5-ss.; F.D. Busnelli, N. Navaretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, *ibidem*, ivi pp. 171-ss.; R. Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale*, *ibidem*, pp. 217-ss.; Id., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, in R. Sacco (diretto da), *Trattato diritto civile*, Torino, UTET, 2001, pp. 311-ss.; M. Gestri, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Giuffrè, Milano 2003; M. Messina, *L'abuso del diritto*, Esi, Napoli 2004; G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in «Rivista critica del Diritto privato», 2004, pp. 25-ss.; C. Castronovo, *Abuso del diritto come illecito atipico?*, in «Europa e Diritto privato», 2006, pp. 1051-ss.; S. Viaro, *Abuso del diritto ed eccezione di dolo generale*, in L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo in generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, Cedam, Padova 2006, pp. 1-ss.; A. Gentili, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in «Rivista di diritto commerciale», 2009, I, pp. 403-ss.; Id., *L'abuso del diritto come argomento*, in Velluzzi (a cura di), *L'abuso del diritto*, cit., pp. 149-ss.; i contributi in Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit.; G. Falco, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milano 2010; Gambaro, *Note in tema di abuso del diritto ed ordine del mercato nell'ordinamento comunitario*, cit., pp. 98-ss.; L. Delli Priscoli, *Abuso di dipendenza economica e abuso del diritto*, in [www.orizzontideldirittocommerciale.it/atti-dei-convegni-associativi/2011](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/atti-dei-convegni-associativi/2011); Pardolesi, *Nuovi abusi contrattuali: percorsi di una clausola generale*, cit., spec. pp. 1170-ss.

<sup>76</sup> Sul tema v. ad es. A. Di Majo, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in «Rivista di diritto commerciale», 1970, I, pp. 192-ss., spec. pp. 205-ss.; A. Liserre, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Giuffrè, Milano 1971, spec. p. 35-ss.; V. Roppo, *Contratti standard*, Giuffrè, Milano 1975; G. Cavalli, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, Giappichelli, Torino 1976, *passim*; G. Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, il Mulino, Bologna 1977, pp. 12-ss., 24-s., 54-ss. 182-ss.; V. Allegri, *Nuove esigenze di trasparenza del rapporto banca-impresa nell'ottica di tutela del contraente debole*, in «Banca, borsa, titoli di credito», 1987, I, pp. 56-ss.; recentemente v. M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, Cedam, Padova, 1996, pp. 111-ss.; De Poli, *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Cedam, Padova 2012, pp. 59-s.

<sup>77</sup> V., ad es., Barcellona, C. Camardi, *Diritto privato e società moderna*, cit., spec. pp. 261-ss. Va ricordato che buona parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che l'abuso del diritto abbia trovato il suo primo referente «positivo» nell'art. 833 c.c., sul divieto di atti emulativi; e v. Cass., 27 giugno 2005,

prudentissima attitudine della dottrina e della giurisprudenza – anch'essa a lungo prevalente, sulla scia di una tradizione giuspositivista italiana di cui anche il Codice civile del 1942 è stato espressione e, al contempo, il supporto – di non affidarsi alle incertezze applicative connaturate all'utilizzo delle *clausole generali*<sup>78</sup>, al fine ultimo di evitare, per quanto ciò fosse possibile, di esporsi all'*horror vacui* dovuto alla mancanza di una norma positiva di copertura ovvero a derive ideologiche alle quali ci si sarebbe mostrati pronti ove si fosse concessa una maggiore apertura all'uso di concetti *mobili* e *indeterminati* (che a quelle derive avrebbero offerto usbergo), quali appunto la correttezza, la buona fede, la meritevolezza degli interessi e lo stesso abuso del diritto<sup>79</sup>; (b) che, inoltre, già allora si

n. 13732, in «Giustizia civile Massimario», 2005, f. 6.

<sup>78</sup> Fois, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, cit., spec. p. 423, ove si sottolinea, tra l'altro, «la molteplicità delle utilizzazioni che il principio di correttezza e le clausole generali, nella loro indeterminatazza, consentono al legislatore e all'interprete», da un lato infatti, permettendone un utilizzo conforme alla volontà del legislatore storico (come nel caso della «massiccia utilizzazione delle clausole generali diretta a rendere possibile un controllo della conformità dei comportamenti privati alle direttive politiche» del tempo della codificazione del 1942); dall'altro, lasciando aperto il varco ad una loro utilizzazione ulteriore e diversa dai canoni e dai fini immaginati dal legislatore storico della clausola generale, e cioè «come punto di emersione di nuovi valori non ricompresi nel sistema positivo». Aggiunge F. che ciò comporta che «il legislatore» – ma poi anche l'interprete – «deve avere una sicura visione degli effetti che dall'introduzione di una norma derivano» (osservazione, tanto opportuna, quanto inascoltata dal legislatore odierno); e «la prima consapevolezza che si deve avere è se l'utilizzazione della clausola è diretta a difendere il sistema, oppure, e la differenza non è di poco conto, a consentire di romperlo, e in quali termini». Concorda sul fatto che le «norme elastiche possono consentire (ma non necessariamente comportano) il riferimento a criteri di valutazione (morali, sociali, tecnici, ecc.) anche diversi da quelli codificati dall'ordinamento», Denozza, *Clausole generali, interessi protetti e frantumazione del sistema*, cit., spec. p. 27.

<sup>79</sup> Sottolinea l'indeterminatezza come carattere intrinseco di ogni clausola generale, e in particolare di quella di correttezza e buona fede, e dunque la loro ineliminabile neutralità funzionale ad utilizzi futuri, anche al di là degli intenti del legislatore storico, C. Fois, *ibidem* (e *passim*). La generale carenza di determinatezza del significato delle clausole generali, «se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti» viene recentemente ribadita – sulla scia dei noti studi, concentrati soprattutto negli anni Ottanta del XX secolo – da V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milano 2010, spec. pp. 2-s., 64-ss. e 88-ss.; in tal senso, quanto meno in linea generale, v. anche Denozza, *Clausole generali, interessi protetti e frantumazione del sistema*, cit., *ibidem* (il «riferimento a criteri di valutazione [...] anche diversi da quelli codificati dall'ordinamento [...] aumenta l'incertezza, ma anche l'adattabilità del sistema, grazie a valutazioni in cui le peculiarità del singolo caso svolgono un ruolo maggiore di quello svolto nell'applicazione di norme più rigide»). Tuttavia, Id. (ivi, spec. pp. 25-26), nel rileggere il lavoro di P.G. Jaeger, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in «Rivista di Diritto industriale», 1970, I, pp. 5-ss., e con specifico riferimento all'art. 2598, n. 3, c.c., esprime una valutazione meno pessimistica circa la inevitabilità del carattere indeterminato del significato precettivo della clausola generale, sottolineando, tra l'altro, che lo specifico criterio proposto da J. onde procedere alla c.d. concretizzazione della clausola generale della *correttezza professionale*, i.e., il riferimento alla «conformità agli interessi dei consumatori» – criterio peraltro già individuato nel noto saggio di T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore* (già in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1954, pp. 837-ss. e ora), in Id., *Saggi di diritto commerciale* Giuffrè, Milano 1955, pp. 37-ss., spec. pp. 119-ss. – risultava «almeno nelle intenzioni, relativamente preciso» (e, ciò, a sua volta, offre il destro a D. per proporre un'analisi dell'attuale e sempre più frequente ricorso a quelle che egli chiama «norme elastiche», basata «in termini di giurisprudenza degli interessi», al fine di verificare se essa permetta «qualche progresso» in punto di analisi (a) della loro struttura, (b) della loro funzione e (c) della loro utilizzazione pratica, e in rapporto alle altre norme positive dell'ordinamento) (Ivi, pp. 27-ss.).

coglieva, sia la dimensione *qualitativa* dell'esercizio del diritto soggettivo, pur se relativo; sia l'area più delicata dell'abuso, riscontrata nei cosiddetti «diritti “immotivati”, di diritti egoisti [...] non causali»; sia il fatto che questi potessero essere «conferiti da una clausola contrattuale, invece che dalla legge»<sup>80</sup>; (c) che tale impulso veniva sollecitato dall'intensificarsi, dallo spersonalizzarsi e dal massificarsi dei rapporti in serie, cioè dalle dinamiche innescate dalla progressiva apertura dei mercati, rispetto ai quali si manifestava tutta la debolezza della tutela offerta dalle norme di cui agli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.<sup>81</sup>; (d) la presa di coscienza che, di conseguenza, il diritto avrebbe dovuto fornire strumenti di reazione efficaci e affidabili a tutti i suoi «operatori», incluso il cliente finale, il quale presto – sotto la spinta del diritto europeo – avrebbe infatti assunto la *veste giuridica* di «consumatore»<sup>82</sup>.

Tale saggio, pertanto, da un lato, testimoniava il diffondersi dell'urgenza di *andare oltre* i limiti dell'allora tradizionale tutela offerta al diritto soggettivo relativo e a quello potestativo – specie laddove questi fossero incardinati nel rapporto contrattuale: una tutela in allora ancora limitata, e secondo la quale, per un verso, si tendeva a ricondurre il vaglio della socialità e della moralità dei comportamenti individuali (negoziali) alla meritevolezza degli interessi (e dunque, come già accennato, alla *causa* del contratto, salvo poi distinguerne nettamente il regime dai *motivi*); e che, per altro verso, temendosene un ... *abuso giurisprudenziale*, limitava molto lo stesso ricorso agli obblighi di *correttezza e buona fede* nell'esecuzione del contratto (artt. 1366, 1175 e 1375 c.c.). Dall'altro lato, quel lavoro già mostrava l'intenzione della dottrina di allargare l'ambito della teoria dell'abuso

<sup>80</sup> P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 21-ss. e 47-ss.

<sup>81</sup> V., ad esempio, T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Giuffrè, Milano 1962<sup>3</sup>, spec. pp. 394-ss.; P. Barcellona, *Sui controlli della libertà contrattuale* in «Rivista di diritto civile», 1965, II, pp. 580-ss.; *Condizioni generali di contatto e tutela del contraente debole. Atti della Tavola Rotonda di Catania, 17-18 maggio 1969*, Giuffrè, Milano 1970 (ove si segnalano, in particolare: A. Cataudella, *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto*, *ibidem*, pp. 11-ss.; C.M. Bianca, *Condizioni generali di contratto e principio di effettività*, ivi pp. 31-ss.; N. Lipari, *Condizioni generali di contratto e principio di effettività*, ivi pp. 37-ss.; G.B. Ferri, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*, ivi pp. 47-ss.; S. Rodotà, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, ivi pp. 79-ss.); Liserre, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., spec. cap. III; F. Benatti, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Giuffrè, Milano 1974; C.A. Mazzoni, *I contratti di massa e la disciplina del codice civile*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1974, pp. 330-ss.; V. Roppo, *Contratti standard. Autonomia e controlli delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano 1975; F. Realmonte, *Condizioni generali di contratto*, Giuffrè, Milano 1975; Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, cit., spec. pp. 53-ss., 123-ss. e 167-ss.; Id., *Le stagioni del contratto*, cit., spec. p. 69 e 74-ss.; G. Meo, *Profili soggettivi dell'invalidità dei contratti di massa*, in «Rivista di Diritto civile», 1994, I, pp. 509-ss. In corrispondenza con l'attuazione della Direttiva CEE, 5 aprile, n. 93/13/CEE, con l. 6 febbraio 1996, n. 52, il tema tenderà poi a sovrapporsi, se non a confondersi, con il tema delle fonti, dell'ambito di applicazione e con i numerosi problemi relativi alle cc.dd. *clausole abusive*, sulle quali la letteratura è vastissima: per tutti, v. recentemente, G. Alpa (a cura di), *I diritti dei consumatori*, in G. Ajani e G.A. Benacchio (dir. da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, vol. III, t. 1°, Giappichelli, Torino 2009, spec. pp. 123-ss.; V. Roppo, *Il contratto*<sup>2</sup>, in G. Iudica e P. Zatti (dir. da), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano 2011, spec. pp. 854-ss.

<sup>82</sup> T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore* (1953-54), in Id., *Saggi di diritto commerciale*, cit., pp. 125-ss.; Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, cit., pp. 12-ss., pp. 53-ss. e 167-ss.

dalle «situazioni in corso di effetto», alle «situazioni giuridiche in via di creazione»<sup>83</sup> – ciò che, in prospettiva, avrebbe tra l'altro portato a sovrapporre (e «cortocircuitare») gli ambiti operativi rispettivamente attribuiti agli artt. 1322 (libertà di contrarre *tout court*) e 1337 (libertà di contrarre in modo informato) c.c. – anche se ciò significava porsi in direzione contraria all'impronta giusnormativistica ancora molto diffusa, la quale faceva della certezza del diritto un valore assoluto, e delle clausole generali un ... *male assoluto*<sup>84</sup>.

A voler indugiare ancora un momento su tali considerazioni, si può aggiungere come quell'illuminante lavoro avesse visto la luce in un periodo (metà degli anni sessanta del XX secolo) ancora fortemente inciso dall'intervento diretto e *dirigista* dello Stato nell'economia<sup>85</sup>, in misura e con modalità tali da soffocare (o comunque da mettere in secondo piano) il problema principale del mercato, *i.e.*, la concorrenza, e ancora sostanzial-

<sup>83</sup> P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 12-ss, 22-ss. e 53-ss.; il superamento dell'angusta impostazione del canone della correttezza e buona fede contrattuali (artt. 1175 e 1375 c.c.), allora tradizionalmente accettata, si basava peraltro su due importanti studi di Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto* ecc., cit., spec. pp. 26- s. e 30-s., e Id., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in «Banca, borsa, titoli di credito», 1961, I, pp. 157-ss., il quale già attribuiva al canone di correttezza e buona fede una valenza pregnante e trasversale a tutti i rapporti confittuali radicati nell'autonomia privata.

<sup>84</sup> Chiarisce bene il punto, da ultimo, Luzzati, *La «normalizzazione» delle clausole generali* ecc., cit., p. 165. Sul tema, v. in particolare quanto scriveva, anticipando una tendenza antiformalista (poi diffusasi a macchia d'olio in Italia, specie a partire dalla fine degli anni Ottanta del XX Secolo), Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 96: «[i]n verità, le clausole generali non devono essere riguardate con gli occhi di un tempo in cui potevano ben essere ritenute mali necessari, discendenti da una intima imperfezione del diritto, quella, cioè, che gli impediva di resistere all'usura del tempo. Tali clausole hanno ormai mutato funzione, e non si presentano soltanto come espedienti per evitare l'irrigidirsi di un complesso legislativo di fronte ad una realtà mutata, ma rappresentano gli strumenti più adeguati a regolare una realtà dal dinamismo crescente, e quindi irriducibile alle tipizzazioni di ipotesi già definite». Sull'emersione della teoria dell'abuso del diritto (pur rimanendo relegato nella *anticamera del diritto*), allorché col passare del tempo, muti la coscienza sociale, si da far ritenere una certa condotta, già giuridicizzata come legittima alla stregua dell'ordinamento positivo, a quella non più conforme, non più appropriata in virtù di un nuovo comune sentire, v. Rotondi, *L'abuso del diritto*, cit., ivi spec. p. 116.

<sup>85</sup> *Ex multis* cfr. Barcellona, Camardi, *Diritto privato e società moderna*, cit., pp. 102-ss., 109-ss. e 139-ss.; Id., *Oltre lo stato sociale. Economia e politica nello stato keynesiano*, Di Donato, Bari 1981; Id., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano 1969; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*<sup>4</sup>, Laterza, Roma-Bari 2011; Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., *passim*; Id., *Economia di mercato e interesse pubblico*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2000, pp. 435-ss. In precedenza, v. i saggi di N. Irti, A. Gambino, N. Lipari e V. Roppo, a proposito di «Privatizzazione e liberalizzazione» nonché di «Mercato: iniziativa economica e regole giuridiche», raccolti in *Il diritto della transizione*, cit.; M. Libertini, *Il mercato: i modelli di organizzazione in L'azienda e il mercato*, in F. Galgano (dir. da), *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, vol. III, 1979, pp. 337-ss., ivi a 404-s., il quale tra l'altro affermava, allora, che «il capitalismo italiano è stato sempre distante dal modello ideale di economia di mercato»; inoltre cfr. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, cit., spec. pp. 159-ss.; G. Ferri, *L'evoluzione del fenomeno imprenditoriale: conservazione dell'autonomia e dell'economicità dell'impresa nell'adeguamento della sua struttura organizzativa* (1977) e Id., *Statuto dell'impresa e programmazione economica* (1980), entrambi ora in Id., *Scritti giuridici*, Esi, Napoli 1990, t. I, rispettiv. pp. 159-ss. e pp. 179-ss.; G.B. Ferri, *L'idea di programmazione e il sistema attuale*, in AA. VV., *Aspetti privatistici della programmazione economica* (Atti della Tavola Rotonda di Macerata, 22-24 maggio, 1970), Giuffrè, Milano 1971, pp. 3-ss., e ivi p. 22; A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano 1966, spec. pp. 11-s.

mente ignaro del modello, in seguito affermatosi in Europa, della *concorrenzialità del mercato* medesimo (art. 3, par. 3°, TUE; artt. 26-27; 28-66, 101-109, 119, 120, 127 e 173, TFUE), a sua volta foriero di delicate questioni attinenti agli strettissimi rapporti tra tutela della concorrenza del mercato e tutela (individuale o di gruppo) del *consumatore* – ossia il nuovo prototipo del moderno *particulier*<sup>86</sup>.

In un momento storico – cioè – in cui non tutti avevano ancora raggiunto quella consapevolezza della tormentata, ma essenziale, connessione tra *disciplina del contratto* e *disciplina del mercato*<sup>87</sup>, che oggi – nell'era della globalizzazione – è invece divenuta patrimonio comune anche della scienza giuridica civilistica<sup>88</sup>, ed è spesso espressa con l'ellittica (e talora ... *abusata*) formula dicotomica «contratto e mercato»<sup>89</sup>.

Vero è che, in seguito, la *rilettura obbligata* della Costituzione e dello stesso Codice civile, sotto la spinta e del diritto comunitario<sup>90</sup>, e dunque alla luce di quella che è, storicamente, la logica fondativa di quest'ultimo – *i.e.*, il «*primato del mercato*» –, si è gradualmente proceduto a spostare «l'intervento pubblico dalla funzione programmatica alla funzione di rimozione degli ostacoli al funzionamento ottimale del mercato» mede-

<sup>86</sup> Calvo, *I contratti dei consumatori*, cit., p. XXVIII.

<sup>87</sup> Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 40-ss., il quale, nel rileggere retrospettivamente una delle opere più significative di Francesco Carnelutti (*Teoria giuridica della circolazione*, Cedam, Padova 1933), rilevava come essa fosse (ancora) una *teoria del contratto*, e non (ancora) una *teoria del mercato*. Sul punto v. anche G. Oppo, *Contratto e mercato*, cit., p. 193 ove si scrive che «[p]arlando di impresa e mercato mi sono trovato di fronte il contratto che collega l'una e l'altro e condiziona l'attività di entrambi». Per taluni spunti v. anche G. Agrifoglio, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, cit., ivi pp. 1340-ss.

<sup>88</sup> Di recente, v. per tutti A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in N. Lipari, P. Rescigno, A. Zoppini, *Diritto civile*, Vol. III (*Obbligazioni*), t. II (*Il contratto in generale*), Giuffrè, Milano, 2009, pp. 57-ss., spec. pp. 71-ss. (ma *passim*).

<sup>89</sup> V. ad es. Auletta, *Contratto e mercato*, cit., *passim*; R. Alessi, *Contratto e mercato*, in Scintillae juris. *Studi in onore di Gino Gorla*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 2437-ss.; Buonocore, *Contratto e mercato*, cit., *passim*; G. Oppo, *Impresa e mercato*, (già in «Rivista di diritto civile», 2001, I, pp. 421-ss.) e Id., *Contratto e mercato*, ora entrambi in Id., *Scritti giuridici*, vol. VII: *Vario diritto*, Cedam, Padova 2005, rispettivamente pp. 181-ss. e 193-ss.; i saggi di N. Irti, *Persona e mercato* (1995); Id., *L'ordine giuridico del mercato* (1998) e Id., *Teoria generale del diritto e problema del mercato* (1999), tutti ora in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., rispettivamente pp. 97-ss. (e part. 101-ss.); 3-ss. (e partic. 41-ss.); 57-ss. (e part. 83-ss.); recentemente, v. Alpa, *Le stagioni del contratto*, cit., spec. pp. 113-ss.; Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, cit., spec. p. 7-ss. (ma *passim*); R. Calvo, *Contratti e mercato*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino 2011; C. Camardi, *Banca e mercato*, in A. Urbani (a cura di), *L'attività delle banche*, Cedam, Padova 2010, spec. p. 16-s. Ead., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in «Europa e diritto privato», 2008, 831-ss. Inoltre, per la rilevanza del dibattito tra diritto ed economia, v. anche Rossi, *Diritto e mercato*, cit., pp. 66-ss.; Id., *Il gioco delle regole*, cit., pp. 33-ss. e Fois, *Il «giardiniero» di Pugliatti e la scienza giuridica nel tempo dell'economia*, cit., spec. pp. 331-ss. (ma *passim*).

<sup>90</sup> Sul punto v. però si segnalano «riletture» alquanto differenti tra loro: oltre all'A. citato nella nota che segue, v. ad es. Oppo, *L'iniziativa economica*, cit., spec. pp. 20-ss. e 41-ss.; G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, e G. Guarino, *Pubblico e privato nella Costituzione*, entrambi in «Quaderni costituzionali», 1992, I; G. Bogneri, *La costituzione economica*, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 3-s. e 27-ss.; Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., spec. pp. 16-27. Recentemente, v. anche Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, cit., spec. pp. 145-ss.; Nania, *Le libertà economiche: impresa e proprietà*, cit., spec. pp. 270-ss.



simo<sup>91</sup>. E, anzi, si può qui anticipare che, sotto certi profili, lo stesso concetto giuridico di «consumatore» – così come oggi affermatosi nella nozione (si noti: anch'essa di diritto positivo) contenuta nell'art. 3, comma 1°, lett. *a*), del Codice del consumo (ma anche nell'art. 121, comma 1°, lett. *b*), T.U.B.) – rappresenta probabilmente uno dei più maturi frutti di questa evoluzione<sup>92</sup>.

È dunque in questo quadro così articolato che si viene ad innestare la dottrina evocata ad inizio del paragrafo, interrogandosi sul grado di attualità delle tradizionali impostazioni del tema dell'abuso del diritto, *sub specie* di abuso di libertà contrattuale, il quale, proprio in virtù di alcuni segnali, per così dire, *inequivocabili* del nostro legislatore – che appunto poneva regole apparentemente frammentarie circa la nullità (relativa) per abuso di dipendenza economica; l'abuso nel ritardo nei pagamenti relativi a «transazioni commerciali»; la nullità di protezione per le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (art. 36, Cod. cons.), la nullità delle pattuizioni di interessi in misura usuraria, ecc. – pareva offrire il naturale sostrato del nuovo assetto del diritto dei contratti d'impresa, ormai intessuto su base prevalentemente rimediale in ragione dell'invasivo intervento regolatore del diritto europeo<sup>93</sup>.

Ma il quadro non si comprenderebbe appieno senza la consapevolezza – che tuttavia, non sempre appare ancora del tutto acquisita in dottrina, né in giurisprudenza – per la quale il diritto dei contratti che il diritto europeo ha cominciato a regolamentare a partire dai primi anni Novanta del XX secolo in modo sempre più cogente e analitico va inteso soprattutto come il diritto dei contratti *d'impresa*, giacché la loro incidenza – e dunque la loro naturale capacità distorsiva rispetto all'irretrattabile canone europeo dell'economia aperta e fortemente competitiva (art. 3, par. 3°, TUE, art. 119, TFUE) – si riscontra giustappunto sul *mercato*, quale *luogo* privilegiato di esercizio, e insieme di *disciplina*, dell'*attività economica organizzata*<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in «Banca, borsa, titoli di credito», 1997, I, pp. 1-ss., p. 3; conf. G. Agrifoglio, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, cit., pp. 1333-s. e 1355-ss.

<sup>92</sup> V. ad es., S. Rodotà, *Persona-Consumatore*, in P. Stanzone (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in Aa. Vv., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo* (Atti del Convegno di Studi di Salerno del 21-22 ottobre 1994), Napoli, Esi, 1999, pp. 19-ss.; C. Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in «Europa e Diritto privato», 2001, pp. 703-ss., e spec. p. 716 s. Infatti – e anticipando qui alcune delle considerazioni svolte nel prossimo paragrafo – questa relativamente nuova figura, incarna l'individuo allorché si ponga nella sua tipica relazione con il *mercato*, e non più soltanto con l'ordinamento, con lo Stato (profilo che invece si coglie nel concetto di cittadino e di cittadinanza, non a caso entrambi emersi quando era dallo Stato che si pretendeva il riconoscimento di alcune libertà individuali, ritenute innate e inalienabili): e trattasi di una relazione colta nella sua specifica ed esclusiva attitudine al consumo (o al risparmio), finalità qualificante l'agire economico, dunque: questo essendo rivolto, come già detto (par. 1) alla massimizzazione delle utilità; e che in tal modo diventa elemento caratterizzante di rapporti economici *tipici* cui il cittadino prende parte fino a tradursi in un *ruolo* socio-economico *tipico*, che in tal guisa in seguito viene poi giuridificato.

<sup>93</sup> V. ad esempio i contributi raccolti in G. Vettori (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, Cedam, Padova 2008.

<sup>94</sup> V. a tal proposito le considerazioni di A. Dalmartello, voce *Contratti d'impresa*, in «Enciclopedia giu-

Proprio in virtù di tale consapevolezza, infatti, meglio si può comprendere perché nel «tempo dell'economia» (Fois), il contratto (d'impresa) venga a catalizzare su di sé le tensioni proprie dei conflitti tipici della globalizzazione. Infatti, su di esso si scaricano, da un lato, le esigenze di ordine pubblico economico espresse dall'ordinamento, quello europeo *in primis*, che si concentra sulla regolazione della contrattazione al fine di condizionare il comportamento delle imprese – cioè dell'*attività* professionale organizzata per il mercato – limitando la loro libertà di iniziativa economica, in funzione del raggiungimento degli obiettivi socio-economici propri dell'Unione, e indicati nell'art. 3, TUE, ossia – si noti – il «benessere dei suoi popoli», uno «sviluppo sostenibile dell'Europa», attraverso una serie di scopi-mezzo quali la «crescita economica equilibrata», e, soprattutto, l'istituzione e il mantenimento dell'anelato «mercato interno» (di cui poi agli artt. 26-27, TFUE), come sistema *aperto e in libera concorrenza* (così l'art. 119, par. 1 – *ex art.* 4, Tratt. CE dopo Amsterdam – nonché gli artt. 120, 127 e 173, TFUE); il tutto senza peraltro dimenticare il profilo sociale della tutela, anzi della «protezione dei consumatori» (artt. 114, par. 3°, e 169, TFUE; art. 38, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), visto che nel par. 3° dello stesso art. 3, TUE, si parla di un'«economia sociale di mercato fortemente competitiva», essa stessa ricostruibile quale scopo-mezzo, cioè strumentale ai suddetti più generali obiettivi di benessere e di sviluppo diffusi.

Dall'altro lato, premono sul diritto dei contratti (d'impresa) le forze libere e fluide della globalizzazione economica, che invece esaltano la libertà contrattuale dei *novelli mercatores* – fino al punto di riconoscere validità al «nudo patto»<sup>95</sup> – come fonte del diritto alternativo alla legge statutale<sup>96</sup>: anzi come fonte possibilmente esclusiva di diritti

ridica Treccani», vol. IX, IPZS, Roma 1988, spec. pp. 1-s. e 7-s.; Angelici, *La contrattazione d'impresa*, in *L'impresa*, cit., pp. 185-ss., ivi spec. pp. 188-190; Ferro Luzzi, *Lezioni di diritto bancario*, vol. I: *Parte generale*, cit., spec. pp. 15-17, 24 e 55-ss.; Sambucci, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. x, 5, 8, 11-s., 28-ss. e 34-s. E v. altresì Irti, *L'ordine giuridico del mercato* cit., spec. p. 41-ss. e 47-ss.; Id., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, cit., a p. 86 s.; A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, t. III: *L'attività e il contratto*, Cedam, Padova 2003<sup>2</sup>, pp. 3 - ss.; inoltre, v. Meo, *Profili soggettivi dell'invalidità dei contratti di massa*, cit., ivi spec. p. 516 e 521 s.; E. Gabrielli, *I contraenti*, in Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., p. 123 e 130-s. e 136-ss., seguito da Agrifoglio, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, cit., ivi pp. 1345-ss.

<sup>95</sup> Sul problema della recessività dell'elemento della causa del contratto nel diritto privato europeo e nei progetti, «principi» e/o «codici», di diritto europeo uniforme dei contratti (di cui *infra* nel testo e *sub ntt.* 99 e 104), v. di recente G. Sicchiero, *Tramonto della causa del contratto?*, (in «Contratto e impresa», 2003, pp. 100-ss, e poi) in Id. (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Cedam, Padova 2005, pp. 1-ss.; M. Nuzzo, *La causa*, in Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., pp. 195-ss. C. Scognamiglio, *Il problema della causa e del tipo*, in V. Roppo (dir. da), *Trattato di Diritto dei contratti*, vol. II: *Regolamento* (a cura di G. Vettori), Giuffrè, Milano 2006, pp. 85-ss.; F. Addis, *Diritto comunitario e «ricontualizzazione» del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4° Convegno Nazionale SISDIC - Capri, 16-18 aprile 2009), Esi, Napoli 2010, pp. 273-ss.; E. Navarretta, *Europa cum causa, ibidem*, pp. 323-ss.; Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., spec. pp. 273, 275-s. e 277-s.; M. Girolami, *L'artificio della causa contractus*, Cedam, Padova 2012, pp. 6-ss., 110-ss., 184-ss. (e partic. 188-ss.) e 209-ss.

<sup>96</sup> Afferma Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 72, che la «globalizzazione dei mer-

e obblighi – si è scritto che il «contratto [sta] al posto della legge»<sup>97</sup> – così favorendo la creazione e la diffusione di consuetudini e prassi gradualmente cristallizzatisi in modelli uniformi, naturalmente adibiti alla circolazione sovranazionale e destinati ad imporsi sulle prassi commerciali di ogni Paese senza il medio di un ordinamento giuridico specifico<sup>98</sup>; e a tal punto mal tollerando ogni intrusione *ex ante* o l'ingerenza *ex post* da

cati conduce [...] all'inevitabile tramonto del dogma della statualità del diritto. Entro il mercato globale, il diritto» – ma qui forse il pensiero si rivolge già allo *jus mercatorum* – «può ritrovare l'antico cosmopolitismo, l'originaria universalità, quella continuità fra l'economia e il diritto che aveva caratterizzato l'epoca della prima *lex mercatoria*»; sul punto, v. anche P. Rescigno, *I contratti d'impresa e la Costituzione*, in Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., pp. 27-ss., ivi pp. 28-ss., ove si afferma che: «oggi, se ci fermiamo a considerare le fonti, ci troviamo di fronte ad un'alternativa che può apparire veramente singolare: da un lato viene in luce un diritto che si viene realizzando attraverso l'opera dei protagonisti della vicenda economica, un diritto di cui sono *conditores* gli stessi destinatari» – è qui evidente la ripresa della tesi di Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., spec. pp. 54-ss., 93-ss. e 108-ss. (ove si fa espresso riferimento alla creatività negoziale dei «novelli mercatores») – e «dall'altro la prospettiva europea accresce il novero delle fonti formali». Aggiunge R. che «la capacità di creare diritto da parte degli operatori, al tempo stesso destinatari delle norme, suscita in verità preoccupazioni che sempre si legano a siffatti modi di formazione del diritto, in cui si rispecchia una disparità di forze: un diritto creato dalla classe mercantile può risolversi in una nuova manifestazione del diritto del più forte» – e qui è evidente la ripresa della famosa tesi del codice di commercio come «codice di classe», esposta dal Vivante nella sua famosa prolusione bolognese del 1888. Sul punto v. anche G. Smorto, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in «Europa e Diritto privato», 2007, pp. 325-ss.

<sup>97</sup> Così si intitola il cap IV in Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 93-ss. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna 2000, pp. 94-s., la quale peraltro sottolinea che «l'istituzione mercato diventa essa stessa un elaboratore di novità giuridiche», ciò comportando «la fine dell'idea di una giuridicità guidata esclusivamente dagli Stati» e quindi uno «scostamento da alcuni connotati classici del diritto di marca giuspositivistica». Con particolare riferimento alle fonti di disciplina degli strumenti finanziari, v. A. Lupoi, *I fenomeni finanziari apolidi e le regole giuridiche*, in «Le Società», 2011, pp. 1312 ss.

<sup>98</sup> Per tali considerazioni v. ad es. F. Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna 2010, spec. pp. 239-ss. e 284-ss.; Id., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., spec. pp. 72-ss., 77-ss. e 86-ss.; F. Galgano, F. Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia*, vol. LIV, Cedam, Padova 2010, spec. pp. 11-ss.; F. Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, in Ivi, vol. XXXI, Cedam, Padova, 2003, spec. pp. 63-ss., 151-ss. e 636-ss. Cfr., con diversa sensibilità, P. Barcellona, *Autonomia privata e diritto sovranazionale*, in M. Paradiso (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Atti del Convegno di Studi in onore del Prof. Carmine Lazzara, Catania, 12-14 settembre 2002, Giuffrè, Milano 2005, pp. 693-ss.; inoltre v. C. Angelici, *La lex mercatoria e il problema dei codici di commercio* in «Giurisprudenza Commerciale», 2010, I, pp. 361-ss.; P. Montalenti, *Il diritto commerciale, dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2012, pp. 379-ss.; Alpa, *Le stagioni del contratto*, cit., spec. pp. 134-ss. e 165-ss.: quest'ultimo A. tra l'altro prende atto che questo fenomeno di interazione tra legislazione europea sui contratti, da un lato e la creazione e la circolazione internazionale dei modelli uniformi, dall'altro, porta l'attenzione sulla necessità di una «riconcettualizzazione del diritto dei contratti» che si accompagna – *rectius*: si deve accompagnare – «alla riconcettualizzazione del diritto dell'impresa»: ivi p. 166; sull'esigenza di ripensare le categorie civilistiche in ragione di tale duplice piano di interazione (diritto europeo-diritto nazionale, da un lato e regolazione-libertà contrattuale, dall'altro), v. anche N. Lipari, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2010, pp. 1-ss.; Addis, *Diritto comunitario e «riconcettualizzazione» del diritto dei contratti: accordo di consenso*, cit., pp. 274-ss.; V. Scalisi, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in «Rivista di Diritto civile», 2009, I, pp. 413-ss.; P.G. Monateri, *La costruzione del diritto europeo e della globalizzazione oltre le categorie tradizionali*, in P. Perlingieri, L. Ruggeri (a cura di), *Diritto privato*

parte di questo (in funzione di controllo di compatibilità sociale delle espressioni di autonomia)<sup>99</sup>, che si sono venuti affermando *set* di regole contrattuali come la Convenzione di Vienna del 1980, sulla vendita internazionale di beni mobili «B2B»<sup>100</sup>, le norme di autodisciplina degli arbitrati internazionali<sup>101</sup>, plurimi *set* di principi del c.d. diritto commerciale internazionale – che giocano un ruolo, quanto meno di *soft law* – quali sono i *Principi Unidroit* in materia di contratti commerciali, elaborati dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato, che oggi costituiscono il cuore della *lex mercatoria*, intesa come espressione di una spontanea *societas mercatorum* nonché i *Principles of European Contract Law* e il più recente *Draft of Common Frame of Reference* in materia di diritto contrattuale<sup>102</sup>, senza peraltro dimenticare il *Code Européen des contrats* (cosiddetto

*comunitario*, Esi, Napoli 2008, t. I, pp. 167-ss.; P. Sirena, *Il diritto europeo dei contratti e la costruzione delle categorie civilistiche*, in Vettori (a cura di), *Remedies in Contract*, cit., pp. 251-ss.; S. Mazzamuto, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in «Contratto e impresa/Europa», 2005, pp. 523-ss.

<sup>99</sup> P.G. Monateri, *I contratti d'impresa e il diritto comunitario*, in Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., pp. 73-ss., p. 76, ove si afferma che: «[u]n tale autonomia negoziale trasfrontaliera diviene pertanto il campo libero delle valutazioni contrattuali tra le parti, difeso tanto contro le legislazioni nazionali in quanto estrinsecazione di poteri pubblici (prevalenza dell'ordinamento comunitario), quanto contro le distorsioni provocate da un eccessivo accumulo di poteri privati (regole comunitarie sulla concorrenza)». Sulla persistente funzione della causa contrattuale come necessario presidio di «controllo oggettivo» della compatibilità del singolo contratto d'impresa con i valori metaindividuali (sociali) propri dell'ordinamento, in quanto essi «normalmente incidono, per varie ragioni, sul benessere economico collettivo», v. Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., spec. p. 277 (sulla sostituzione del controllo di meritevolezza causale con il principio di buona fede, v. *infra*, sub note 104 e 106).

<sup>100</sup> F. Ferrari, *La vendita internazionale. Applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionali di beni mobili*<sup>2</sup>, in F. Galgano (diretto da), *Trattato Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia*, vol. XXI, Cedam, Padova 2006, spec. 54-ss. e 169-ss.

<sup>101</sup> Limitandomi qui a ricordare alcuni esempi recenti di una letteratura sterminata v.: A. Frignani, *L'arbitrato commerciale internazionale*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXIII, Cedam, Padova 2004; A. Briguglio, L. Salvaneschi (a cura di), *Regolamento di arbitrato della camera di commercio internazionale. Commentario*, Giuffrè, Milano 2005; A. Carlevaris, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Cedam, Padova 2006; P. Biavati, *L'arbitrato internazionale*, in F. Carpi (dir. da), *Arbitrati speciali. Commentario*, Zanichelli, Bologna 2008, p. 393-ss.; C. Consolo, *Brussels I Regulation, Arbitration and Parallel Proceedings: a Discussion of the Heidelberg Proposal (in the light of West Tankers and Endesa)*, in F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra, N. Rascio (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene, Napoli 2010, pp. 245-ss. Cfr. inoltre Marrella, *La nuova lex mercatoria*, cit., spec. pp. 89-ss., 246-ss., 393-ss., 492-ss., 579-ss., 789-ss. e 833-ss.

<sup>102</sup> Sui principi UNIDROIT, benchè recentemente modificati nell'edizione del 2010, v. ancora Marrella, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit e usi dei contratti del commercio internazionale*, cit., *passim* (e p. 921 ss. si legge una traduzione annotata dei *Principles*); Galgano, Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., spec. p. 218 ss. e 266 ss.; i contributi di A. Di Majo, F. Ferrari, G. Alpa, in «Contratto e impresa/Europa», 1996, e ivi rispettiv. p. 287 ss., 300 ss. e 316 ss.; e i contributi in M.J. Bonell, F. Bonelli (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano, Giuffrè, 1997; M.J. Bonell, *Perché non un Codice commerciale universale?*, in C. Amato, G. Ponzanelli (a cura di), *Global Law v. Local Law - Problemi della globalizzazione giuridica* (Atti del XVII Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto comparato - Brescia 12-14 maggio 2005), Giappichelli, Torino 2006, p. 44 ss.; Id., *I Principi Unidroit quale fonte di ispirazione per le corti?*, in «Europa e diritto privato», 2006, p. 13 19 ss. Per una traduzione del testo dei *Principles of European Contract Law*,

«Codice Gandolfi») il quale alla fine del par. (1), dell'art. 2, contiene una prescrizione limitativa dell'autonomia contrattuale «purchè [le parti] non perseguano unicamente lo scopo di nuocere ad altri» – che evoca la teoria degli atti emulativi e dunque dell'abuso del diritto soggettivo – affiancandosi ai limiti tradizionali, e ben noti in ogni tradizione giuridica, delle non contrarietà del «contenuto del contratto alle «norme imperative», al «buon costume» e «all'ordine pubblico, quali definiti nel presente codice, nel diritto comunitario o nelle leggi nazionali degli Stati-membri dell'Unione europea»<sup>103</sup>.

D'altro canto, la stessa Unione europea – quasi a voler rispondere a tali sollecitazioni (e spinte, per così dire, *anarchiche*) – ha adottato una serie di provvedimenti normativi atti a disciplinare sostanza e azionabilità delle obbligazioni contrattuali, come, ad esempio (e rispettivamente) il Regolamento (CE) n. 593/2008, del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. «Roma I») – al quale si affianca ora una *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, dell'11 ottobre 2011 (COM (2011) 635 final), che significativamente propone regole distinte per i contratti B2B e i contratti B2C (c.d. doppio binario) – e il Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (che sostituirà, a partire dal 2015, il Regolamento (CE) n. 44/2001, a sua volta evoluzione della Convenzione di Bruxelles del 1969).

A mente di tutto ciò, inoltre, si avvalorza la tesi secondo la quale quelle nuove forme di codificazione autonoma (*i.e.*, non esercizio di sovranità statale) di regole mercantili transnazionali e tendenzialmente uniformi – è curioso, ad esempio, come le clausole relative alla *Gross Disparity* e alla *Hardship (Force Majeure)* del testo *Unidroit* (art. 3.2.7, già 3.10 3.10 e artt.6.2 e 7.1.7, rispettivamente) presentino sostanziali analogie con quelle

elaborati dalla c.d. «Commissione Lando», corredata da note esplicative, v. C. Castronovo (a cura di), *Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, Giuffrè, Milano 2001. Per una introduzione ai *Principles* della Commissione Lando cfr. Id., *Un contratto per l'Europa*, *ivi*, p. XXX ss.; G. Alpa, *I "Principles of European Contract Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in «Rivista critica di diritto privato», 1999, 1 ss. (ove i *PECL* si trovano pure pubblicati in italiano, *ivi*, pp. 483 ss.); R. Zimmermann, *Lineamenti di un diritto europeo dei contratti*, in «*Studium Iuris*», 1999, pp. 233 ss. C. Von Bar, E. Clive, H. Schulte Nölke (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, München 2009. Con particolare riferimento al successivo *Common Frame of Reference* («CFR»), v. anche F. Cafaggi, H.W. Micklitz, *European Private Law after the Common Frame of Reference: What Future for European Private Law*, Edward Elgar Publ., Cheltenham (UK)-Northampton (MA) 2010; A. Zaccaria, *Presa di posizione sul futuro del CFR*, in «Contratto e impresa/Europa», 2011, pp. 397 ss.; O. Trombetti, *I tentativi di uniformazione del diritto contrattuale a livello europeo. Prime riflessioni per un confronto tra il Draft of Common Frame of Reference e il progetto preliminare del Code Européen des contrats*, «Contratto e impresa/Europa», 2011, pp. 168 ss.

<sup>103</sup> Sul *Code Européen des contrats*, v. ad es. G.B. Ferri, *Il «Code Européen des contrats»*, in «Europa e diritto privato», 2002, pp. 345 ss.; Id., *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in «Europa e diritto privato», 2011, pp. 1 ss. (con riferimenti anche ai *PECL* e al *DCFR*).

corrispondenti messe a punto nei PECL (artt. 4:109 e 6:111, rispettivamente)<sup>104</sup> – sarebbero capaci di esercitare, al contempo, *sia* una forza centrifuga rispetto ai singoli sistemi giuridici nazionali, *sia* una pressione verso la convergente adozione di dette regole da parte di ciascun ordinamento sovrano (nonché da parte della stessa Unione europea). Questa duplicità di processi prende forma con modalità dialogiche e pragmatiche, più che in nome delle fiere contrapposizioni ideologiche del passato<sup>105</sup>; e ciascuno si alimenta – si noti – non soltanto con riferimento alle regole di formazione e ai profili sostanziali degli accordi più diffusi nella prassi commerciale internazionale, ma anche grazie alla stessa *interpretazione* delle clausole contrattuali – talora anche se prive di caratteri di estraneità (a conferma della forza espansiva e trainante del fenomeno) – e così incrementando il peso specifico delle clausole generali della correttezza e buona fede, e dunque anche dell'abuso del diritto soggettivo (relativo)<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> E sebbene con diversa terminologia. Inoltre, sulla tendenza dei modelli quali i *PECL*, gli *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* e il *Code Européen des Contrats* a dare «riconoscimento giuridico» cioè «vincolatività» al «nudo patto» e alle «nude promesse», temperando però questo riconoscimento giuridico con la «pervasiva applicabilità del principio di buona fede», tale principio tendendo pertanto ad «occupare anche la zona del controllo della congruità delle ragioni di scambio (almeno come correzione dei casi di *gross disparity*)», v. Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., p. 278; nel medesimo senso F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 70. Cfr. anche D. Corapi, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in «Europa e diritto privato», 2002, pp. 23-ss.; F. Volpe, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in «Rivista di Diritto privato», 1999, pp. 40-ss.; G. Vettori, *Autonomia contrattuale e contratto giusto*, *ibidem*, 2000, pp. 21-ss.

<sup>105</sup> Acuti rilievi si ritrovano in P.G. Monateri, *Contratto e globalizzazione: introduzione*, in Amato, Ponzanelli (a cura di), *Global Law v. Local Law*, cit., pp. 41-ss., ivi pp. 42-43, il quale contrappone – sebbene in modo certo non ideologico (né, forse, inconciliabile) – l'opzione «del diritto uniforme legislativo [...] simile a quello dello UCC americano laddove ciò che conta di più è proprio ciò che non può rientrare nella disponibilità delle parti», fissando cioè «quei limiti all'autonomia negoziale che servono proprio al suo sviluppo, cioè allo sviluppo di mercati affidabili», a quella del «diritto uniforme spontaneo», il quale «procede, invece, nella direzione opposta: la privatizzazione delle fonti del diritto contrattuale e lo sviluppo dell'autonomia negoziale». L.A. cit. prosegue (ivi, p. 43) evidenziando significativamente come la scelta della seconda tra le due opzioni si potrebbe riverberare sulla stessa gerarchia delle fonti, giacché la costruzione del principio di libertà contrattuale come libertà fondamentale fra quelle assicurate dai Trattati europei, permetterebbe di divisare «una autonomia contrattuale intangibile da parte delle legislazioni nazionali, che quindi, nel rango delle fonti del diritto, si situa ad un livello superiore alla stessa legge parlamentare nazionale».

<sup>106</sup> Sull'importanza delle clausole generali a livello europeo e dei progetti di uniformazione del diritto contrattuale europeo, v. ad es., Patti, *L'interpretazione delle clausole generali*, cit., spec. pp. 264-265 e pp. 285-ss.; E. Navarretta, *Good Faith and Reasonableness in European Contract Law*, in «www.JusCivile.it», 2, 2013, pp. 118-ss.; L. Cruciani, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2011, pp. 473-ss.; S. Grundmann, D. Mazeaud (eds.), *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*, Kluwer Law Intern., The Hague 2006; C. Castronovo, *Good Faith and the Principles of European Contract Law*, in «Europa e diritto privato», 2005, pp. 589-ss. Si noti infine come nei testi dei *PECL* e dei *Principi Unidroit* – in corrispondenza delle tendenze riferite nel testo (v. *retro*, in corrispondenza delle ntt. 95 e 99) – tenda comprensibilmente ad eclissarsi la clausola di meritevolezza degli interessi delle parti rispetto all'ordinamento giuridico (art. 1322, cpv., c.c.), che, quanto meno nel nostro ordinamento, è stata molto spesso ricondotta all'elemento (assai problematico) della causa del contratto (v. ad es. P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit., p. 48-ss.); tuttavia, si è acutamente osservato, «[c]iò che scompare è il concetto di causa, non la norma che con tale concetto viene oggi

È pertanto agevole constatare come, al centro di tali spinte e contropunte tra istanze pubblicistiche di controllo sociale degli scambi in funzione proconcorrenziale e istanze privatistiche, di difesa della specifica libertà contrattuale del ceto mercantile, stia bensì il contratto, ma questo rimanendo inteso come contratto *d'impresa*; stia bensì il problema dei limiti della libertà contrattuale, ma questa risultando disciplinata come e in quanto strumento specifico di esercizio dell'attività d'impresa. Alla luce di tali considerazioni, il fatto che il concetto di *abuso* abbia – come giustamente è stato colto – «riconquistato la zona dell'atto»<sup>107</sup>, appare una conseguenza tutt'altro che casuale, e anzi quasi naturale, se con il termine *atto* si intende l'atto *dell'impresa*, così mettendone in relazione la peculiare dinamica con le concomitanti evoluzioni dei sistemi socio-economici fatti oggetto dei processi di *globalizzazione*.

Tale riscontro, anzi, si configura come una delle conseguenze indissolubilmente connesse al recupero della centralità dell'*impresa*, intesa come il fenomeno dinamico che innerva e condiziona l'esistenza stessa del mercato; come quel fenomeno che, tra l'altro, appare capace di incidere – sovvertendola – la logica individualizzante e statica che, nel Codice civile del 1942, proponeva una disciplina del contratto inteso essenzialmente e soltanto come *atto* – forse perché (come ripetutamente messo in luce dalla dottrina) ancora intrisa di influenze ottocentesche, a mente delle quali il negozio fungeva principalmente da modo di acquisto dei diritti reali (art. 922 c.c.) –, cercando in tal modo di isolare la naturale influenza dell'*attività* organizzata sull'atto di volontà: e come pure – e ciò nonostante – assai bene traspare *già* dalla lettura della disciplina codicistica dei contratti bancari e delle assicurazioni (*i.e.*, attività d'impresa commerciale, *ex art.* 2195, nn. 3 e 4, c.c.)<sup>108</sup>.

riassunta»; non spariscono, cioè, gli «strumenti di controllo della giustizia sostanziale degli scambi», che – nei testi di cui sopra – vengono affidati alla «pervasiva applicabilità del principio di buona fede»: così M. Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., spec. p. 278. V. anche U. Breccia, *Causa e Consideration*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in Contract*, cit., pp. 31-ss.; E. Navarretta, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., pp. 507-ss., spec. pp. 513-ss. E, in effetti, l'art. 1:201 (*Good Faith and Fair Dealing*), par (2), PECL, vieta alle parti contrattuali di escludere dall'accordo l'operatività del precetto di cui al par. (1), secondo il quale, per l'appunto, «Each party must act in accordance with good faith and fair dealing», così come lo vietano, nei medesimi termini, i paragrafi (1) e (2) dell'art. 1.7 del Principi Unidroit.

<sup>107</sup> Così Amadio, *L'abuso di autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, cit., p. 257.

<sup>108</sup> Pongono in risalto il punto, v., ad es., A. Gambino, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Giuffrè, Milano 1966; B. Libonati, *Contratto bancario e attività bancaria*, già in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università degli Studi di Camerino*, vol. XXX, 1964, pp. 27-ss., e ora in) Id., *Scritti giuridici*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2013, p. 529 - ss. Più recentemente, v. P. Ferro Luzzi, *Lezioni di diritto bancario*, vol. I: *Parte generale*, cit., spec. pp. 15 e 55-ss.; C. Camardi, *Banca e mercato*, cit. spec. pp. 17-s. e 21-ss.; M. De Poli, *La contrattazione bancaria: tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, cit., *passim*. Per un'esplicita distinzione tra «contratti bancari con i consumatori (unilateralmente commerciali) e quelli con i professionisti (bilateralmente commerciali)», v. P. Sirena, *Il contratto bancario: profili generali*, in A. Urbani (a cura di), *L'attività delle banche*, cit., pp. 25-ss., spec. pp. 30-ss. L. Sambucci, *Il contratto dell'impresa*, cit., p. x e pp. 65-ss.; P. Sirena, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, cit., p. 71, ove si afferma che «[i]n realtà, i c.d. contratti dei consumatori sono anch'essi contratti commerciali, o d'impresa, ed è proprio

Ma se è vero che, come è stato colto da buona parte della dottrina, «[è] la contrattazione di massa – quella che viene comunemente denominata standardizzata – è il campo di elezione del diritto contrattuale degli imprenditori, proprio perché presuppone che a un capo del rapporto vi sia un imprenditore»<sup>109</sup>, è proprio verso questo ambito che ora si volgerà l'attenzione.

### 3. La clausola generale dell'«abuso di libertà contrattuale» e il suo possibile «contrappeso specificativo», costituito dalle articolazioni delle posizioni di mercato in base al riconoscimento giuridico di ruoli socio-economici tipici

#### 3.1. I termini della questione qui affrontata: il caso dei contratti «business to consumer»

Si è scritto che la «il luogo di elezione della nozione di “squilibrio contrattuale” è sotto il profilo soggettivo quello consumeristico e alla relativa disciplina normativa si debba fare riferimento» giacché «la radice dello squilibrio contrattuale sta in questo soggetto errabondo» – il «consumatore», così come definito dall'art. 3, comma 1°, lett. a), Cod. consumo – «il cui ambito d'azione sono i mercati dei diversi prodotti e servizi in cui può operare in ambiti normativamente predefiniti»<sup>110</sup>. Pur ritenendo tali asserzioni non del tutto condivisibili – la «radice» dello «squilibrio contrattuale», quand'anche la si potesse considerare «errante», non risiederebbe in un «soggetto», ma semmai nella dinamica (competitiva) del *mercato*, né comunque risiederebbe nel soggetto-consumatore, ma semmai nell'*impresa* che ad esso si contrappone e che a quella dinamica primariamente concorre – si può convenire con la dottrina ora ricordata sul fatto che esistono «ambiti normativi predefiniti» – talora sono stati definiti in termini di «micro-settori normativi»<sup>111</sup> – e sul fatto che la specifica «disciplina nor-

per questa ragione che sono stati intensivamente disciplinati dal legislatore, anzitutto comunitario».

<sup>109</sup> V. Buonocore, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 18; nello stesso senso E. Gabrielli, *I contratti*, in P. Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., pp. 115 e 138-s.

<sup>110</sup> A. Bortoluzzi, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, cit., e ivi p. 1434 s.; sullo squilibrio contrattuale v. ad es. C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in «Rivista critica del Diritto privato», 2005, pp. 549-ss.; G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., *passim*; meno recentemente, v. F. Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in «Contratto e impresa», 1997, pp. 417-ss. Per uno sguardo comparatistico con il sistema tedesco v. ad es. R. Calvo, *L'equilibrio «normativo» del contratto standard nella AGB-Gesetz*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2001, pp. 1081-ss.; F. Calvari, *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti dei consumatori: dialogo tra giurisprudenza italiana e tedesca*, in «Contratto e impresa», 2004, pp. 40-ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici v. *retro*, *sub* note 62-66.

<sup>111</sup> Il riferimento obbligato circa la diffusissima tendenza a legiferare per *micro-sistemi* è ancora a N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit. spec. pp. 34-ss.; Id., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, cit., pp. 91-ss.; in una prospettiva che, sotto certi aspetti, non si colloca troppo lontano da quella dei *micro-sistemi normativi*, si è anche teorizzato, nel contesto di una ricostruzione dell'ordinamento privatistico suddiviso in un diritto privato generale e una serie di sotto-sistemi satelliti, detti «diritti secondi», i quali per l'appunto



mativa» e, insieme, la dinamica dei rapporti instaurati tra l'impresa e i propri clienti – ossia l'ambito dei rapporti oggi generalmente ridefiniti *business to consumer* (o *B2C*) – possa costituire un valido punto d'osservazione per studiare una particolare epifania di quell'abuso di autonomia contrattuale che – come visto nel par. 2 – altra autorevole dottrina ha ritenuto essere stata recuperata alla «zona dell'atto» (Amadio).

Ma, una volta entrati in questo particolare ambiente disciplinare (*micro-sistema* o *sotto-sistema*, a seconda delle diverse sensibilità delle varie ricostruzioni proposte), v'è subito da registrare come una buona parte della dottrina civilistica<sup>112</sup> molto si dolga della «infeconda idea» per la quale «il controllo sul contenuto del contratto imposto [*i.e.*, il controllo della vessatorietà delle clausole di cui agli artt. 33 e ss., Cod. Consumo] assume significato soltanto nel recinto del diritto dei consumi» (ma, *rectius*, del diritto del mercato, siccome conformato al canone concorrenziale di matrice comunitaria); infatti, a dire della dottrina ora in parola, sarebbero da considerare attentamente i «rischi» connessi ad un'eventuale accettazione della «preconizzata deriva», tra i quali – soprattutto – quello di dover perciò accogliere lo «status di consumatore»<sup>113</sup>.

vengono considerati «come sottoinsiemi» che danno vita ad una «legislazione speciale» – e non già *eccezionale* – e ai quali pertanto va «implicitamente» riconosciuto, ai fini dell'art. 14, disp. l. gen., «il superamento della dimensione contingente e singolare che caratterizza l'eccezione»: così C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 7, riferendosi proprio al «codice del consumo come luogo normativo di una pluralità di fonti unificate all'insegna del consumatore».

<sup>112</sup> R. Calvo, *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, Giuffrè, Milano 2013, pp. 60-62; P. Perlingieri, *La contrattazione tra imprese*, in «Rivista di Diritto dell'impresa», 2006, pp. 323-ss.; v. anche E. Navarretta, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in «Rivista di diritto civile», 2001, I, pp. 779-ss., e *ivi spec.* pp. 802-ss. (e *sub nota* 113), ove si evidenzia l'attitudine dell'art. 4:110 dei *P.E.C.L. (Principles of European Contract Law*, elaborati dalla c.d. *Commissione Lando*) a sostenere tutte quelle opzioni interpretative intese ad estendere il controllo normativo sulle clausole vessatorie oltre l'ambito soggettivo determinato dallo status di consumatore. L'art. 4:110 dei *Principles* dispone che «(1) Una parte può annullare una clausola che non sia stata oggetto di trattativa individuale se, in contrasto con la buona fede e la correttezza, essa provoca un significativo squilibrio nei diritti e nelle obbligazioni contrattuali delle parti a danno di detta parte, tenuto conto della natura della prestazione, delle altre clausole del contratto e delle circostanze al momento in cui il contratto è stato concluso. (2) Questa norma non si applica a: a) la clausola che fissa l'oggetto del contratto, sempre che essa sia formulata in un linguaggio chiaro ed intelligibile; né b) all'adeguatezza del valore delle obbligazioni di una parte rispetto al valore delle obbligazioni dell'altra». Rileva l'esigenza di ricordare ai *Principles* le normative di settore dettate dal diritto comunitario R. Alessi, *Diritto Europeo dei Contratti e regole dello scambio*, in «Europa e Diritto privato», 2000, pp. 961-ss., *spec.* pp. 965-ss. Sul tema dell'estensibilità o meno della disciplina a protezione dei consumatori, e della sua *ratio*, anche ai «contratti commerciali», ed esprimendosi in senso critico, ma per ragioni molto diverse tra loro, vedi: E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, cit., *spec.* pp. 123-ss.; Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., pp. 19-ss.; C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, cit., *passim*; Agrifoglio, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, cit., *ivi* pp. 1339-s. e 1344.

<sup>113</sup> Calvo, *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, cit., p. 60-s.; in passato esprimeva questa preoccupazione anche P. Stanzione, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in Id. (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, cit., pp. 11-ss., p. 15-s.; e, quasi presagendo il problema creato dalla futura giuridicizzazione della categoria, v. anche C.M. Mazzoni, *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in «Giurisprudenza Commerciale», 1976, I, pp. 628-ss. Per l'affermazione secondo la quale la

Per amor di verità<sup>114</sup>, va subito chiarito che non già di una mera «idea» si tratta – se «infeconda» o no, si avrà poi modo di discutere – essendo stata fatta oggetto di alcune norme positive (dell'art. 1469-*bis*, c.c., prima, e degli artt. 3 e 18, Cod. consumo del 2005, poi; e infine dall'art. 121, comma 1°, lett. *b*), T.U.B.), ed essendo stata autorevolmente avallata, da oltre un decennio, da una sentenza della Corte costituzionale<sup>115</sup>, la cui principale parte motiva val qui la pena di riportare:

«L'esclusione dalla speciale tutela di tutti quei soggetti che in forma individuale o anche collettiva agiscono per scopi comunque connessi all'attività economica da essi svolta, quantunque senza finalità di lucro, è stata posta in discussione dalla dottrina, soprattutto in relazione a quelle particolari ipotesi nelle quali la linea di demarcazione tra le varie finalità del consumo risulti particolarmente incerta. Tuttavia la scelta del legislatore di limitare la tutela non solo non appare irragionevole ma si sottrae decisamente a tutte le censure mosse dal giudice rimettente. [...]. La preferenza nell'accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale si dimostra non irragionevole allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo l'*id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti – quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani – che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità. Una diversa scelta presupporrebbe logicamente che il piccolo imprenditore e l'artigiano, così come il professionista, siano sempre soggetti deboli anche quando contrattano a scopo di lucro in funzione dell'atti-

«tutela offerta al consumatore è una tutela connessa alla esistenza di uno *status*, quello di una persona che tratta con un professionista, al di fuori della sua attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta» v. E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, cit., p. 138 (sebbene ritenendo che «non si tratta di uno *status* in senso tecnico, perché il consumatore in altri rapporti può assumere la posizione di professionista»). Sulla rinascita degli *status* nell'ambito della disciplina contrattuale v., *ex multis*, G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, spec. p. 117-ss.; conf., ma altresì sottolineandosi l'influenza dell'impresa in questo processo, Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., spec. pp. 58-ss. e 178-ss. (ma *passim*).

<sup>114</sup> In proposito, significativo sembra il rilievo di E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, cit., ivi p. 120, il quale si lamenta del fatto che, oramai, la «vecchia distinzione, come tante legate al buon senso», per la quale «le indagini giuridiche si dividevano in indagini *de jure condito* ed indagini *de jure condendo*» oggi venga «radicalmente rifiutata e relegata tra le anticaglie».

<sup>115</sup> C. Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in «Foro italiano», 2003, I, c. 332-ss. (con le note di A. Palmieri, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale*, ivi, c. 337-ss., e di A. Plaia, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, ivi c. 340-ss.), e in «Responsabilità civile e previdenza», 2003, pp. 666-ss. (con nota di A. Sabatucci, *Ambito di applicazione dell'art. 1469-bis, cpv., c.c. e questioni di legittimità costituzionale*, ivi, pp. 668-ss.), e sulla quale, in senso sostanzialmente adesivo v. anche L. Delli Priscoli, «Consumatore», «Imprenditore debole» e principio di uguaglianza, in «Contratto e impresa/Europa», 2003, pp. 749-ss.; fortemente critico invece è il commento di R. Calvo, *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, *ibidem*, ivi, pp. 715-ss. Un cenno alla decisione (che ritiene infondata la questione di costituzionalità proposta in relazione all'art. 1469-*bis* c.c.) si ritrova anche in E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, cit., pp. 122-s.

vità imprenditoriale o artigianale da essi svolta; il che contrasterebbe con lo spirito della direttiva [n. 93/13/CEE, n.d.a.] e della conseguente normativa di attuazione»<sup>116</sup>.

Sul piano comunitario, se, per un verso, anche la Corte di giustizia ha affermato a più riprese che le *persone giuridiche* – i soggetti entificati diversi dalle persone *fisiche*, qualunque sia la finalità del loro rispettivo approvvigionamento sul mercato – non sono classificabili tra i «consumatori» alla stregua del diritto europeo<sup>117</sup>, per altro verso – e ancor prima – i Trattati europei (art. 169, TFUE) e l'annessa Carta dei diritti fondamentali, la Carta di Nizza (art. 38), paiono aver chiaramente riconosciuto una siffatta categoria di soggetti, capace di determinare, tra l'altro, l'applicazione di una speciale disciplina contrattuale comunitaria (*amplius infra*, nel par. 3.4).

Di ciò, invero, si trae conferma soprattutto esaminando la legislazione europea secondaria, ossia alla stregua delle direttive e dei regolamenti che, nel complesso costituiscono l'antecedente normativo della disciplina interna c.d. *consumeristica* – e dunque anche del Codice del consumo – e tra le quali vanno quanto meno ricordate le Direttive n. 93/13/CEE (sulle clausole vessatorie) e n. 2005/29/CE (sulle pratiche commerciali scorrette), n. 2008/48/CE (credito al consumo), n. 2008/122/CE (multiproprietà) e, più recentemente, anche della Direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 (sul riordino e armonizzazione dei diritti dei consumatori).

Dopo questo importante chiarimento, si può ora tornare alla posizione della dottrina evocata all'esordio del paragrafo: essa lamenta altresì che, laddove questo nuovo «status» di *consumatore* fosse accolto – ma, ripetesi, *lo è già*: sia dal Codice del consumo (artt. 3 e 18), sia dalla Corte costituzionale sin dal 2002 – esso diventerebbe «il presupposto condizionante l'intervento perequativo del giudice ove questi si trovasse di fronte ad un contratto vessatorio, capace di mortificare il diritto all'auto-

<sup>116</sup> La Corte costituzionale peraltro aggiunge (sempre in motivazione) che «Di particolare rilievo ai fini dell'armonizzazione delle legislazioni è anzitutto il dato che nella normativa di numerosi paesi membri dell'Unione europea la definizione di consumatore è ristretta alle sole persone fisiche che agiscono per scopi non professionali; la medesima definizione ricorre anche nel progetto di codice civile europeo, in fase di elaborazione, nel quale è rigorosamente definito consumatore colui che agisce al di fuori dell'attività economica. La predisposizione di strumenti di tutela comuni, attuati in base a modelli uniformi, consente una semplificazione dei rapporti giuridici tra i cittadini dei diversi paesi aderenti all'Unione europea e costituisce di per sé sola una idonea ragione di politica legislativa a sostegno della scelta di restringere la nozione di consumatore, effettuata dal legislatore con l'attuazione della direttiva comunitaria 93/13».

<sup>117</sup> Vedi, ad esempio, Corte giust. CE, 22 novembre 2001, cause riunite C-541/1999 e C-542/1999, in «Giustizia civile», 2002, I, pp. 3-ss., e in «Responsabilità civile e previdenza», 2002, pp. 54-ss. (con nota di P. Sanna, *La controversa nozione di consumatore ex art. 1469-bis c.c., tra esegesi ed ermeneutica*, ivi, pp. 56-ss.), la cui massima recita: «Ai sensi dell'art. 2 lett. b) della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993 n. 93/13/Cee (concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori), la nozione di 'consumatore' include unicamente le persone fisiche. Pertanto, non rientra in tale nozione l'impresa che stipula un contratto con un'altra impresa per l'acquisto di beni o servizi a beneficio esclusivo dei propri dipendenti». Sul punto v. anche L. Delli Priscoli, *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in «Contratto e impresa», 2007, pp. 1533-ss.

determinazione della parte debole a causa dell'uso prevaricatore del potere negoziale ad iniziativa dello stipulante la cui posizione di supremazia economica gli permette di dettare a propria discrezione le regole dell'affare»<sup>118</sup>.

Ma, si aggiunge, si tratterebbe di un presupposto *deviante* rispetto al sistema della libertà contrattuale (ovviamente, secondo quella che la dottrina in parola intende come la sua corretta ricostruzione). E ciò si afferma, sebbene si riconosca che «la “fuoriuscita” dal codice civile dello statuto sulle clausole abusive, conseguente alla sua incorporazione» verso quella che viene però degradata a mera «compilazione di “set-tore”» – ossia il Codice del consumo del 2005 – abbia avuto l'effetto di accentuare «la tendenza alla «soggettivizzazione» di tale disciplina, con l'effetto» – anch'esso ritenuto nocivo nella visione ora esposta – «di dischiudere le porte ad una tutela allacciata alla qualifica di consumatore finale assunta dallo stipulante che appare debole»<sup>119</sup>.

Questa premessa serve alla dottrina citata per concludere, significativamente, che, in nome del principio di «eguaglianza sostanziale» e «per ripristinare il moto perpetuo regole e canoni di ragionevolezza diventa obbligata la via che impone di combattere la vessazione, il prepotere, insomma l'uso abusivo dell'autonomia privata indipendentemente dalla mutevole circostanza della natura “civile” o “commerciale” dell'atto compiuto»<sup>120</sup>.

Insomma, al fine di verificare un eventuale «uso abusivo dell'autonomia contrattuale», andrebbe applicato un *medesimo standard* valutativo per i contratti *B2C* (*business to consumer*) e per la categorie di accordi *B2B* (*business to business*) – la seconda dovendo qui essere intesa nella importante variante *B2b*, quest'ultima *formula* risultando a sua volta espressiva di un'*asimmetria* di potere contrattuale tra un imprenditore *forte*, «*B*», e un imprenditore *debole*, «*b*» –. Siffatta soluzione costruttiva della disciplina dell'abuso di libertà contrattuale sarebbe imposta dalla (diretta) applicazione all'intero ambito negoziale, sia del canone dell'uguaglianza sostanziale, sia del principio di ragionevolezza (arg. *ex artt.* 2 e 3, Cost.). Ragionevolezza ed eguaglianza che altra autorevolissima dottrina civilistica<sup>121</sup>, con cui la suddetta impostazione si trova qui in sintonia, aveva in precedenza ricondotto senz'altro all'operare di un diffuso e pregnante «principio di proporzionalità» elaborato sistematicamente a partire dai suddetti precetti costituzionali, *in primis* quello di solidarietà ed eguaglianza in senso sostanziale (art. 3, comma 2°, Cost.)<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> R. Calvo, *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, cit., p. 61.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> P. Perlingieri, *La contrattazione tra imprese*, cit., spec. pp. 326-ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., *passim*.

<sup>122</sup> P. Perlingieri, *La contrattazione tra imprese*, cit., spec. pp. 338 e 343-ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., spec. pp. 204-ss. 210-ss. 284-ss. e 535-ss.; Id., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., spec. pp. 450-ss.; R. Lanzillo, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in «Contratto e impresa», 1985, pp. 310-ss.; F. Scaglione, *Il mercato e le regole*

Il canone di proporzionalità di cui sopra, supportato dai citati principi costituzionali, viene ricostruito in foggia di principio generale, dotato di una portata *trasversale* e immediatamente applicabile al caso concreto: pertanto, esso dovrebbe prescindere, ai fini della sua applicazione o meno, «dalle contingenti qualifiche delle parti del contratto non negoziato» e conformarsi, piuttosto, «ai valori informanti di sé la personalità umana»<sup>123</sup>. Di qui poi l'affermazione iniziale circa il riscontro di una «radice errante» del «principio di proporzionalità», forgiatosi nell'ambito del diritto pubblico prussiano, come ragionevole limite ai poteri statali, poi transitato nel settore consumeristico (B2C), grazie alle influenze tedesche nell'elaborazione della Direttiva n. 93/13<sup>124</sup>, e infine esportato, per così dire, verso ad altri lidi (B2B, nella variante B2b), in nome, appunto, dei principi costituzionali di eguaglianza e di solidarietà sostanziali.

La distesa esposizione di questa visione – una visione non condivisibile, come si sarà intuito, nell'ottica che spero potrà emergere nel prosieguo del presente lavoro – serve a chiarire gli specifici termini del particolare profilo del problema dei limiti della libertà negoziale, attinenti ad uno dei più significativi settori in cui l'abuso di autonomia contrattuale recuperati alla «zona dell'atto». E, forse, per contribuire altresì ad indicare quale sia (almeno per taluni) la vera posta in gioco sottesa alla specifica quanto attuale questione dell'*abuso* della libertà contrattuale, e concernente la possibilità di distinguere tra un'autonomia privata *tout court* e una speciale *autonomia contrattuale d'impresa*<sup>125</sup>.

della correttezza, Galgano (fond. da), *Trattato di Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia*, vol. LVII, cit., pp. 79-ss. Tuttavia, tenta di uscire dall'alternativa «paternalismo-antipaternalismo», Bortoluzzi, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, cit., pp. 1445-ss.  
<sup>123</sup> R. Calvo, *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, cit., p. 61 e pp. 62-ss e 72-ss; Perlingieri, *La contrattazione tra imprese*, cit., spec. pp. 324-ss.; Id., *Conclusioni*, in Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., pp. 547-ss., pp. 550-ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 471-ss. Id., *Equilibrio della posizione contrattuale ed autonomia privata. Sintesi di un convegno*, in L. Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, cit., pp. 165-ss. V. anche N. Lipari, *Persona e mercato*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2010, pp. 735-ss.

<sup>124</sup> A. Bortoluzzi, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, cit., pp. 1434-1435 (e *passim*). Secondo tale A. (ivi pp. 1439-ss.) il *test* o *principio di proporzionalità*, affonda le proprie radici nel diritto pubblico e origina nei «paesi di economia coordinata come la Germania»; infatti, il «principio di proporzionalità è considerato il criterio giuridicamente più adeguato al controllo della attività di intervento statale nel campo di un'economia coordinata» (ivi, p. 1439). Come è noto il principio del «*Verhältnismäßigkeits*» è poi transitato nel patrimonio interpretativo del «*Treu und Glauben*» di cui al 242 del BGB; in seguito, insieme a quello di *sussidiarietà*, è transitato nel Trattato sull'Unione europea (art. 5), assumendo così una portata generale e trasversale, capace tra l'altro di influenzare i riferimenti normativi implicati nel diritto europeo secondario, come, ad esempio, la citata Direttiva n. 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati tra «professionisti» e «consumatori» (per tale ultimo rilievo, peraltro pacifico in dottrina, v. ancora Bortoluzzi, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, pp. 1436-ss.).

<sup>125</sup> Vedine pertanto l'ampia analisi in Buonocore, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit. spec. pp. 266-ss.; Id., *L'impresa*, in V. Buonocore, R. Costi, *Trattato di Diritto commerciale*, Sez. I, t. 2.I, Giappichelli, Torino 2002, spec. pp. 340-ss., 365-ss. e 371-ss.; M. Libertini, *Autonomia individuale e*

Di seguito mi proverò dunque a sostenere la bontà della scelta del legislatore, europeo e poi italiano: scelta «positiva» che – come visto – trova conferma anche nella nostra Corte costituzionale e che mi appare come la più corretta alla luce dell'attuale *ordine giuridico ed economico del mercato*<sup>126</sup>, nonostante l'autorevolezza e l'indubbia suggestività degli argomenti di segno contrario, portati da una parte certo non minoritaria della migliore dottrina civilistica italiana.

### 3.2. Una necessaria contestualizzazione del problema alla luce delle teorie del contratto avanzate dalla civilistica contemporanea (cenni sul c.d. «contratto asimmetrico» e sul c.d. «terzo contratto»)

Si rende *in limine* opportuna una digressione al fine di contestualizzare il suddetto problema nell'ambito dell'attuale dibattito intorno alla teoria del diritto dei contratti.

L'autonomia privata, nella visione della dottrina sopra esposta, viene declinata come autonomia della persona *tout court*; in particolare, della persona come essere umano: e ciò – va subito rilevato – trova una sicura sponda «positiva» nella configurazione della categoria del «consumatore» esclusivamente come «persona fisica»: art. 3, comma 1°, lett. a), Cod. cons. Al medesimo parametro viene poi conformata la stessa nozione di autonomia contrattuale (art. 1322, c.c.), senza che tra i due trascorra alcuna soluzione di continuità logica né, direi, assiologica.

La tutela dell'autonomia contrattuale si traduce pertanto – e *senz'altro* – nella «tutela della personalità», in particolare della cosiddetta *parte debole* del contratto<sup>127</sup>;

*autonomia d'impresa*, in G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, vol. I: *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Il Mulino, Bologna 2012, pp. 33-ss., spec. pp. 47-ss.; cfr., inoltre, Id., *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., spec. pp. 276- s. e 282-284 e 287-289; Id., *Alla ricerca del «diritto privato generale». Appunti per una discussione*, cit., spec. pp. 272-ss. (quest'ultimo contributo da contestualizzare in un dialogo con il saggio di Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema, ibidem*, cit.). E si vedano altresì, M. Libertini, *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in «Rivista di diritto commerciale», 2008, I, pp. 599-ss.; Id., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, cit., ivi spec. p. 33. Sul tema dell'autonomia contrattuale d'impresa, v. in passato G.B. Portale, *Diritto privato comune e diritto privato dell'impresa*, cit.; Id., *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione» del diritto commerciale*, cit., e (solo apparentemente in senso critico), A. Dalmartello, voce, *Contratti d'impresa*, cit., p. 7 s.; inoltre, v. G. Meo, *Impresa e contratto nella valutazione dell'atipicità negoziale. L'esempio della fideiussione «omnibus»*, Giuffrè, Milano 1991, pp. 3-5. e 90-ss. (e *passim*).

<sup>126</sup> G. Rossi, *Diritto e mercato*, in «Rivista delle società», 1998, pp. 1443-ss.; B. Libonati, *Intervento*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, cit., spec. pp. 108-ss (e part. p. 112-s), entrambi prendendo posizione parzialmente critica rispetto al noto saggio di N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato* (1998), cit., pp. 3-ss. e *passim*, ove invece si sottolinea l'intrinseca *giuridicità* (*pangiuridicismo*) del mercato, il quale è, *se ed in quanto sia posto da norme giuridiche*; ed è, perciò, frutto di scelte politiche storicizzabili e, dunque, relative al tempo in cui sono state concepite e attuate nell'ordinamento.

<sup>127</sup> V. *retro*, sub nt. 75. Ma, in senso critico, v. F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit., pp. 314-315.

e, perciò, si rivendica al meccanismo legislativo del controllo sulle clausole vessatorie dei contratti stipulati con «consumatori» (ripetesi, *ex artt.* 33 e seguenti, Cod.cons.) la necessità che esso venga parametrato *direttamente ed esclusivamente* a tale valore<sup>128</sup>. Di qui poi si argomenta la *vis expansiva* del *principio di proporzionalità* tra diritti e obblighi: se la tutela vale per il *consumatore* (inteso come persona/individuo)<sup>129</sup> – si argomenta – come può non essere applicabile anche all'imprenditore che si trovi in posizione di sudditanza verso la propria controparte contrattuale? E, per meglio legittimare questa forza espansiva dal contratto *BtoC* ai contratti *BtoB* (*Btob*), si richiamano frequentemente i principi costituzionali di eguaglianza e di ragionevolezza, nonché quello di solidarietà economico-sociale (artt. 3 e 2, Cost., rispettivamente): non si potrebbe discriminare in base alla qualità delle parti, dovendosi invece ragionevolmente assicurare un egual livello di tutela giuridica, e, in virtù del principio di solidarietà economico-sociale, si potrà uniformemente colmare il *gap* (informativo, economico, ecc.) che impedisce la vera, *sostanziale eguaglianza* tra le persone, fisiche e no<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> R. Calvo, *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, cit., p. 61,

<sup>129</sup> Scrive infatti il R. Calvo, nella *Premessa* a Id., *I contratti del consumatore*, cit., a p. XXVII, che il «“consumatore”, da individuo che prende parte al traffico mercantile per soddisfare bisogni connessi al quotidiano vivere, è divenuto il soggetto attorno al quale è stato creato uno statuto normativo rinnovante i tratti del *droit catégoriel*. Prova ne sia che la rubrica del capo XIX-bis (titolo II, libro IV del codice civile) reca l'inciso “Dei contratti del consumatore”; il § 1-bis della Sezione II (capo I, titolo III, libro IV [peraltro transitata nel *Codice del consumo* del 2005, n.d.a.] è intitolato «Della vendita dei beni di consumo»; le leggi speciali poste convenzionalmente in appendice al codice civile offrono una ponderosa raccolta di provvedimenti ispirati alla *consumer protection*; i repertori di giurisprudenza [...] noverano autonome voci dedicate al “consumatore”. Insomma, da questo elenco ricaviamo la motivata impressione che i contratti del “consumatore” si sono affermati come fattispecie alimentante un sottosistema a sé». In relazione a tale situazione, l'A. cit. esprime però un giudizio negativo, aggiungendo (*ibidem*) che: «[i]l superamento – compiuto dal legislatore del 1942 – della dicotomia fra atti civili e atti di commercio è stato frustrato, attraverso questo procedere [N.B.: che l'A. cit. addebita, tra l'altro all'art. 153, Tratt. CE che legittima le direttive poste a salvaguardia dei “consumatori”, come categoria socio-economica; norma ora trasfusa, dopo il Trattato di Lisbona del 2007, nell'art. 169, TFUE] dall'emersione di un nuovo statuto – contraddistinto dagli attributi personali delle parti che potremo chiamare “atto di consumo”» (citando all'uopo P. Sauphanor, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, LGDJ, Paris 2000, p. 43). Come si vede, traspare anche qui un giudizio negativo rispetto alla possibilità di differenziare, in ragione «degli attributi personali delle parti», uno statuto contrattuale del consumatore e uno statuto contrattuale dell'imprenditore, collegando la questione al tema – certamente più ampio e complesso – dei significati attribuibili alla cosiddetta *unificazione dei codici di diritto privato*, occorsa (per ragioni politiche contingenti) con l'entrata in vigore del Codice civile del 1942. Riconosce, invece, l'opportunità che la disciplina dei contratti valorizzi (anche) questo elemento soggettivo, tra gli altri, Fois, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, cit., spec. p. 429.

<sup>130</sup> Vedi, in generale, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, cit., spec. pp. 210-ss., 258-ss. e 376-ss.; Id., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata. Sintesi di un convegno*, in L. Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, cit., ivi spec. pp. 167 s. e 172-ss.; P. Stanzione, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, cit., spec. pp. 13-s. e 15-s. (ove si lamentava il fatto che le «normative settoriali» stessero marciando «all'insegna di una frammentazione di tutela che non depona a favore dell'efficacia degli stessi interventi» e paventando la nascita di un vero e proprio «statuto del consumatore»); più recentemente, appare fondata su questa medesima impostazione la trattazione collettanea D'Addino Serravalle (a cura di), *Mercato ed etica*, cit., spec. pp. 34-ss.,

Questa impostazione viene dunque presentata come figlia dell'esigenza di conformare ogni contrattazione alla diretta applicazione dei principi costituzionali di *eguaglianza*, *solidarietà sostanziale* e di *ragionevolezza*, e ne sintetizza il valore traducendoli in una valutazione (*endocontrattuale*) di *eguaglianza ragionevole* direttamente accessibile (*i.e.*, effettuabile) da parte del giudice di merito al quale spetta dunque il compito di *riequilibrare* la diseguaglianza sostanziale (irragionevole, ingiustificata), in nome del principio di solidarietà, che evidentemente le parti – lasciate da sole con la loro libertà contrattuale (art. 1322, c.c.) – non hanno saputo rispettare. Il giudice così entra nel merito del voluto, re-interpretandolo e addirittura riadattandolo alla stregua dei suddetti parametri costituzionali, in funzione *lato sensu* equitativa-retributiva (v. *retro*, par. 2).

L'*abuso* (*recte* il suo divieto) rappresenta dunque la radice comune e unificante delle già citate *norme elastiche*, che permette quest'opera di *riequilibrio solidaristico* tra i diritti e obblighi dei paciscenti, in un contesto dove almeno una parte è un *professionnel*.

L'effetto fondamentale di una siffatta tesi è – e non sfugga – quello di veder applicata la medesima logica pan-solidaristica (equilibrio ragionevole, eguaglianza sostanziale) a *tutte* le ipotesi di «significativo» o «eccessivo» «squilibrio tra diritti e obblighi» che sia dato riscontrare in qualsivoglia rapporto contrattuale (*B2C* ovvero *B2b*). Un principio valutativo *trasversale*, dunque, che rimane pertanto indifferente, sia alla *qualità* delle parti, sia al *ruolo* da queste rispettivamente assunto nell'ambito dell'operazione (avente contenuto patrimoniale: art. 1321, c.c.), sottesa alla conclusione del contratto: in altri termini, siano esse imprenditori, altri tipi di professionisti o consumatori, la logica del vaglio della irragionevole sproporzione tra posizioni contrattuali dovrebbe essere la medesima; né su di essa inciderebbero, in definitiva, il contesto, le circostanze, in cui il negozio venga concluso e/o eseguito.

Così, la cosiddetta parte debole – *qualunque* parte debole – risulta finalmente protetta, ma anche de-responsabilizzata: tanto ci pensa il giudice, *ex post* (ovvero *in*

61-ss. (in cui peraltro si rileva una perfetta consapevolezza «dei rapporti tra le dinamiche del mercato a livello macroeconomico ed i singoli scambi considerati nella loro individualità [...] accompagnata dalla consapevolezza della complessità del problema, a partire dall'analisi delle dispute ideologiche tra i sostenitori del c.d. libero mercato e quanti invece propugnano un intervento strutturale dello Stato nell'economia», ivi p. 47). In ciò si trovano sostanziali punti di contatto anche con le tesi sostenute da A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in «Rivista critica del Diritto privato», 2005, pp. 78-ss.; Id., *La buona fede contrattuale: modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto*, in «Europa e diritto privato», 2006, pp. 501-ss., ivi spec. pp. 506-s. e 537-ss.; M. Grondona, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2004, pp. 727-ss. In posizione meno pronunciata v. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., spec. pp. 314-ss. (nel riconoscere al controllo giudiziale sul contratto una funzione correttiva degli squilibri socio-economici, si precisa come tale funzione tuttavia «debba operare per settori legalmente definiti e debba essere governata dalla legge e/o dall'autonomia collettiva», così negando al giudice la competenza ad una diretta funzione ridistributiva della ricchezza (se non si vede male, indirettamente riconoscendo altresì l'operare di una riserva di legge rispetto all'art. 41, comma 2°, Cost.).



*itinere*, con l'azione inibitoria *ex art.* 37 Cod. cons.; e oggi se ne cura anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sia *ex post*, sia *ex ante*: artt. 27 e 37-*bis*, Cod. cons.). Naturalmente, questa operazione risulta assai più agevole ove tale opera casistica di *second guessing* dell'autonomia delle parti risulti riconducibile da parte del giudice all'opera di «concretizzazione» di una clausola o principio generale: e la buona fede, la correttezza e, da ultimo, anche l'abuso del diritto risultano strumenti concettuali perfetti per un intervento correttivo di questo tipo.

In tal modo – sia detto per inciso – viene fatto salvo il *sistema unitario* delle obbligazioni e dei contratti, così come voluto dai *conditores* del 1942 (peraltro, per ragioni contingenti e politiche legate all'ideologia del tempo). E, correlativamente, vengono respinte quelle che anche di recente sono state definite «ragioni della “commercialità”»<sup>131</sup>.

Si giunge così a teorizzare la figura del «contratto asimmetrico»<sup>132</sup>. Una categoria – si è detto – di respiro generale, transtipica e, soprattutto perfettamente conciliabile e integrabile con l'impostazione codicistica, che è appunto articolata in *parte generale* (libro IV, titolo II, artt. 1321-1469-*bis*) e parte dedicata, secondo una vetusta (e forse poco perspicua) articolazione per *tipi* (e sottotipi), ai *singoli contratti* (libro IV, titolo III, artt. 1470-1986)<sup>133</sup>: e pertanto collocabile e analizzabile entro una più tranquillizzante linea di continuità con il Codice civile del 1942.

<sup>131</sup> N. Rondinone, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della «commercialità»*, Giuffrè, Milano 2012.

<sup>132</sup> V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in «Rivista critica di Diritto privato», 2001, pp. 769-ss.

<sup>133</sup> Sull'altrettanto complesso e vasto tema, da ultimo, v. V. Roppo, *Il contratto*, in Indica, Zatti (a cura di) *Trattato di Diritto privato*, cit., pp. 81-86. Di recente, anche, e con vivace diversità di opinioni, Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., pp. 56-ss., 115-ss. e 174-ss.; Id., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit. pp. 47-ss., 70-ss. e 155-ss. (questo A. dimostra come i tipi contrattuali codicistici siano stati spesso oggetto di evoluzioni normative – queste ultime concentrate soprattutto nelle leggi speciali e, poi, nei cosiddetti «codici di settore» – e interpretative che ne hanno talora mutato le stesse caratteristiche tipologiche in virtù delle evoluzioni del mercato, di fatto concorrendo a sovvertire il sistema immaginato dai *conditores* del 1942) e G. Vettori, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in Id. (a cura di), *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, cit., pp. 271-ss., e ivi spec. pp. 273-ss., 287-ss. e 302-ss. Sottolinea la «frattura» dell'ordine sistematico inscritto nella forma (e del significato) del codice civile del 1942, U. Breccia, *La parte generale tra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 31-ss. e ivi spec. pp. 66-ss., con particolare riferimento agli effetti del diritto europeo sull'interpretazione delle *clausole generali* in ragione di una «tendenza a irrigidire quel che storicamente è una mobile linea di confine», ossia – per dirla con un altro Studioso, che tuttavia rilegge il problema delle clausole generali di correttezza e buona fede nel più specifico *prisma* dei rapporti *intra-* e *intersocietari* – un «laboratorio di riflessione costruttiva nella quale i problemi dell'autonomia [e dell'eteronomia] si articolano su diversi livelli»: così C. Fois, *L'autonomia statutaria e i suoi limiti*, in G. Cian (a cura di), *Le grandi opzioni del diritto e del processo societario*, Atti del Convegno di Studi di Padova-Abano Terme, 5-7 giugno 2003, Cedam, Padova 2004, pp. 107-ss., e ivi p. 112 (dove la citazione). In passato, v. ad es., G. De Nova, *I singoli contratti: dal titolo III del libro IV del codice civile alla disciplina attuale, in I cinquant'anni del codice civile*, Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992, Giuffrè, Milano 1993, vol. I, pp. 217-ss.; Id., *Sul rapporto tra disciplina generale e disciplina dei singoli contratti*, in «Contratto e impresa», 1988, pp. 327-ss. (questo A., peraltro, non crede in questa

Viepiù, trattasi una categoria che permetterebbe – e anche tale effetto è stato presentato come un notevole *plus* ascrivibile alla tesi ora in parola<sup>134</sup> – di «schivare» quella diversa figura, ormai da un decennio prospettata<sup>135</sup>, e lungo questo periodo vivacemente dibattuta, del cosiddetto *terzo contratto*<sup>136</sup>. Quest'ulteriore visione, invece, tripartisce le categorie contrattuali, distinguendo tra: (1) contratto di diritto comune (modello codicistico), (2) contratto *dei* consumatori (*rectius*: del professionista con i consumatori, ai sensi dell'art. 3, Codice del consumo) e (3) contratti stipulati tra imprenditori, ma in presenza di un rilevante squilibrio di forza contrattuale; uno squilibrio irragionevole e/o ingiustificato che tuttavia non presenterebbe le medesime ragioni e caratteristiche rintracciabili nella sproporzione tra diritti e obblighi contrattuali che connota invece i contratti *BtoC*<sup>137</sup>. Qui, in altri termini, il mercato gioca un proprio compito, concorrendo a discriminare tra i ruoli dei soggetti in gioco.

Altra dottrina<sup>138</sup> assume una posizione ancora diversa, ma solo in parte distinta, rispetto alle due tesi ora riassunte; una posizione, che, invero, viene a coincidere con alcune delle motivazioni poste a base della tesi del «contratto asimmetrico», ma che al contempo propone di adottare soluzioni costruttive che sembrano implicitamente consentire, in teoria, uno spazio ermeneutico ove poter collocare il cosiddetto «terzo contratto».

Da un lato, infatti, si ritiene che «la disciplina dei contratti dei consumatori trov[i] giustificazione razionale in una disuguaglianza sostanziale tra le parti e nell'esigenza di riequilibrare la posizione di quella tra esse che non è in condizione di esercitare un'effettiva autonomia contrattuale. L'intervento legislativo» – contenuto nel Codice del consumo – «non può pertanto ritenersi funzionale a garantire il corretto svolgimento della concorrenza tra le imprese che operano nel medesimo mercato, ma

partizione teorica *generale-speciale* della disciplina del contratto, riaccordata dall'art. 1323, c.c.; e dimostra come, nel tempo trascorso dalla cosiddetta unificazione dei codici di diritto privato, l'interpretazione giuridica l'abbia in sostanza tradita); A. Vitucci, *Parte generale e parte speciale nella disciplina generale dei contratti*, in «Contratto e impresa», 1988, pp. 804-ss.; parz. diff. M. Giorgianni, *La «parte generale» delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile, ibidem.*, 1993, pp. 482-ss.

<sup>134</sup> V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in «Rivista di Diritto privato», 2007, pp. 669-ss.; Id., *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il «terzo contratto»)?*, in Vettori (a cura di), *Remedies in Contract*, cit., pp. 207-ss.

<sup>135</sup> L'espressione si deve, per comune riconoscimento, a R. Pardolesi, *Prefazione* a G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., pp. XIII-s.

<sup>136</sup> Per un'illustrazione analitica dei vari profili della figura, vedi essenzialmente i contributi raccolti da G. Gitti, G. Villa, *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna 2008; inoltre, per un'organizzazione su *tre* distinti livelli di intensità variabile in base alle qualità delle parti degli obblighi informativi precontrattuali, v. U. Salanitro, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nei progetti di acquis*, in «Europa e diritto privato», 2009, pp. 59-ss.

<sup>137</sup> Per ogni riferimento, si rimanda a G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna 2008, ove numerosi contributi atti a svolgere queste generali considerazioni in rapporto ai diversi profili e momenti negoziali.

<sup>138</sup> Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., spec. pp. 19-ss.

persegue un diverso e specifico obiettivo di giustizia contrattuale»<sup>139</sup>.

A questo proposito appare interessante rilevare, inoltre, come tale convinzione venga affermata in forza di una lettura dell'art. 3, comma 1°, lett. *a*), Cod. cons. (ossia la norma che contiene la principale definizione giuridica di «consumatore» nel nostro ordinamento) e, dall'altro lato dai commi 1° e 3° dell'art. 9, l. n. 192/1998, precetti che avrebbero l'effetto di compartimentare il «sotto-sistema» («diritto secondo») del diritto dei consumatori, tanto rispetto al «diritto privato generale», ove ancora opera l'art. 1341, cpv., (e, in prospettiva, dove potrebbe operare l'art. 4:109 dei PDEC della Commissione Lando<sup>140</sup>), quanto rispetto ad altri sottosistemi (il settore, o «diritto secondo» dei contratti *Btob*), a loro volta presidiati da diverse norme positive (l'art. 9, l. n. 192/1998, *in primis*).

In altri termini, e a differenza della tesi del *contratto asimmetrico*, la dottrina ora in parola include in due sotto-sistemi distinti i rapporti contrattuali *BtoC* e quelli *Btob*, sulla base di elementi normativi discriminanti, che – entro ciascun *micro-sistema* – tradirebbero l'esistenza di una specifica *ratio legis* che impedirebbe una (pur anelata) applicazione analogica. Cosicché, in quest'ottica, l'abuso di libertà contrattuale tra imprenditore *forte* e imprenditore *debole* – benché si affermi che se ne possa «intravedere identità di *ratio*»<sup>141</sup> con l'abuso consistente nell'imporre al consumatore delle clausole vessatorie (spesso entrambe scaturendo da situazioni di asimmetria informativa) – non potrebbe comunque sovrapporsi e dilatarsi, come invece suppone la tesi del contratto «asimmetrico», stemperando le differenze specifiche in un principio più generale (proporzionalità, eguaglianza ragionevole, solidarietà sostanziale). Pertanto, si nega «che la relativa tutela possa applicarsi in quelle situazioni di asimmetria infor-

<sup>139</sup> A. Albanese, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, in «Jus», 2009, pp. 347-ss., ivi, p. 349, riferendosi, *sub nota* 7, alla precedente posizione assunta in Id., *Contratto mercato responsabilità*, Giuffrè, Milano 2008, spec. pp. 134-s.

<sup>140</sup> Il quale è rubricato «*Excessive Benefit or Unfair Advantage*» e così recita: «(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it». Tale norma corrisponde all'art. 3.9(1), dei *Principi Unidroit*, e all'art. 30.3 del «Codice pavese», coordinato dal Prof. Gandolfi.

<sup>141</sup> C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., pp. 19-s. Tale A. peraltro, tiene a specificare «[c]he poi tale identità di *ratio* non significhi identità *tout court*, rilevavo già quando dicevo che la legge sulla subfornitura va oltre la disciplina delle clausole vessatorie perché, diversamente da quest'ultima, non si arresta neppure di fronte alla clausola vertente sulla determinazione dell'oggetto del contratto o sull'adeguatezza del corrispettivo. Proprio questo, però, fa ritenere insostenibile l'idea che l'impresa non debba avere tutela alla stregua del consumatore, quando si trova in circostanze di analoga soggezione».

mativa, che pure possono verificarsi nei rapporti tra professionisti [...] il riferimento alle finalità dell'agire contrattuale [contenuto appunto nell'art. 3, comma 1°, lett. a), Cod. cons.] impedi[rebb]e, infatti, di equiparare questi contratti a quelli conclusi per soddisfare esigenze strettamente personali del contraente e della sua famiglia»<sup>142</sup>.

Dall'altro lato, però, questa stessa dottrina aggiunge significativamente che, non dovendo farsi affatto riferimento ad una nuova tendenza ad una moderna legislazione per «status» – la normativa inserita nel Codice del consumo esprimendo, piuttosto, «un'esigenza di protezione di uno dei contraenti, in considerazione della situazione concreta in cui questi opera, a prescindere quindi dalla sua appartenenza a una determinata classe o categoria di soggetti economicamente e socialmente svantaggiati»<sup>143</sup> – la «disciplina in esame costituisce [...] attuazione del principio di uguaglianza sostanziale enunciato dall'art. 3, 2° comma, Cost., che esige un intervento del legislatore volto a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che impediscono di fatto il pieno sviluppo della persona umana»<sup>144</sup>.

Questo ragionamento – che non a caso fa leva sulla pregnanza, nei contratti *BtoB*, del potere conformativo accordato al giudice dall'art. 4:109 dei già citati *Principles of European Contract Law*, attraverso l'utilizzo della clausola generale di *buona fede* (par. 2)<sup>145</sup> – finisce per collocare la dottrina in esame in parziale sintonia con quella volta a rileggere il problema della disparità di forza contrattuale sotto l'unificante criterio dell'*asimmetria* delle posizioni dei contraenti, ossia sulla base di un generale e trasversale *principio di proporzionalità*, tarato, per l'appunto, sui *doveri* costituzionali di solidarietà e su quello di eguaglianza sostanziale (del resto anche qui esplicitamente richiamati)<sup>146</sup>; ma che tuttavia non si spinge fino al punto di teorizzare un «principio generale di giustizia contrattuale»<sup>147</sup>. E tutto ciò viene affermato – sia detto ancora per inciso – al fine di accreditare la tesi per la quale la «speciale rilevanza attribuita alla sfera soggettiva dei contraenti assume allora, alla luce del principio di eguaglianza

<sup>142</sup> Albanese, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 349.

<sup>143</sup> Ivi, pp. 349-350.

<sup>144</sup> Ivi, p. 350. Per questa posizione, vedi già V. Zeno-Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in «Giurisprudenza italiana», 1993, IV, pp. 57-ss., ivi 61-ss.; A. Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in «Contratti», 2006, pp. 159-ss., p. 170.

<sup>145</sup> Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., pp. 21-s.

<sup>146</sup> Albanese, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 350.

<sup>147</sup> Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 23-24. Tale A. infatti, confrontando il tenore dell'art. 4:109 PDEC e l'art. 9, l. n. 192/1998, rileva «una tendenza che risulta già dagli ordinamenti, di tutelare i contraenti deboli a prescindere dalla loro qualificazione sociale». Ritiene peraltro che il richiamo alla buona fede che «affida ai giudici [...] l'elaborazione di criteri di correttezza più avanzati di quelli correnti» (così L. Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 74) non debba però tradursi in «un principio generale di giustizia contrattuale [...] che si tradurrebbe nell'individuazione di limiti all'autonomia privata talmente stringenti da sconfinare nel dirigismo di una politica dei prezzi», S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, (già in «Europa e diritto privato», 2005, ivi p. 59, e ora in G. Vettori (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., ivi p. 101.

za, un significato diverso rispetto a quello che storicamente spiegava la distinzione tra contratti civili e contratti commerciali»<sup>148</sup>, distinzione alla quale dunque, secondo la tesi ora evocata, non si dovrebbe affatto tornare.

D'altra parte – e come meglio si vedrà nel prossimo paragrafo – le dottrine che, pur in modo non sempre identico, si rifanno ad una categoria generale di *contratti asimmetrici* ovvero ad un generale e trasversale *principio di proporzionalità* conformato al dovere costituzionale di solidarietà economica e sociale e idoneo a regolare *ogni forma* d'esercizio dell'autonomia *contrattuale* usano comunque la chiave costruttiva individuata postulando e valorizzando quel rapporto diretto che si instaurerebbe tra lo squilibrio di forza contrattuale e il bisogno di tutela della *persona tout court*: e dunque, inevitabilmente, dell'*abuso* di autonomia contrattuale *tout court*. Come ognuno vede, l'impresa, in tutto questo discorso, sembra eclissarsi.

A tali impulsi peraltro si riferirebbe anche la più recente evoluzione dello stesso diritto europeo, nel quale, alla «tradizionale impostazione “*market oriented*”» farebbe riscontro altresì l'emersione di «esigenze solidaristiche improntate» – giocoforza – ad un «più marcato “*justice-oriented approach*”»<sup>149</sup>: e anche a tale incertezza conseguendo, evidentemente, l'acquisto di un correlativo maggior peso delle «scelte, anche politiche demandate al giudice in sede di accertamento del senso da assegnare alla legge e in definitiva in termini, quanto meno, di opinabilità circa la sua concreta applicazione»<sup>150</sup>.

<sup>148</sup> A. Albanese, *I contratti dei consumatori tra diritto privato generale e diritti secondi*, cit.; sulla stessa lunghezza d'onda, in precedenza v. A. Gentili, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in «Rivista di Diritto privato», 2006, pp. 3-ss., ivi 21-s. (il quale si mostra ancora più scettico sulla possibilità di riferirsi ad una siffatta distinzione, in specie alla luce della legislazione europea). Recentemente, sulla configurabilità di una categoria dei contratti d'impresa, v. in senso affermativo, M. Libertini, *Il ruolo della causa negoziale ecc.*, cit., spec. pp. 286-ss.; Id., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, cit., spec. p. 44 (e *passim*) e S. Patti, *I Contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in «Obbligazioni e contratti», 2010, pp. 326-ss.; nel senso di attribuire alla categoria il valore di «*strumento empirico effettivamente proficuo per il lavoro del giurista*», v. F. Di Marzio, voce «*Contratti d'impresa*», in «Digesto delle discipline privatistiche», Sez. civ., Aggiorn., vol. III, t. I, Torino, UTET, 2007, pp. 313 ss., e ivi spec. pp. 317 e 351-352. In senso critico (oltre a A. Gentili, *op. ult. cit.*), v. P. Spada, *Diritto commerciale-II. Elementi*, Padova, Cedam, 2009, spec. p. 129 s. e G. Vettori, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, cit., ivi spec. pp. 279-ss. Per ulteriori riferimenti sul tema, v. F. Macario, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, pp. 311-ss., nonché, se vuoi, M. Bianchini, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*, I, Giappichelli, Torino 2011, cap. II e IV.

<sup>149</sup> P. F. Giuggioli, *Il contratto del consumatore*, in R. Sacco (dir. da), *Trattato di diritto civile, Le fonti delle obbligazioni - 4*, UTET, Torino 2012, p. 22, il quale sottolinea altresì la conseguente difficoltà dell'interprete nel «fronteggiare (e possibilmente bilanciare)» queste due tendenze, e sottolineando così l'*impasse* in cui verrebbe oggi la ricostruzione della «normativa in tema di contratto del consumatore» di diritto comunitario, sospesa tra «individualismo e liberalismo, da un lato, e personalismo-solidarismo, dall'altro lato» (ivi, p. 23). Sul punto, v. in precedenza le considerazioni di M.A. Livi, F. Macario, *Profili generali (dei «soggetti»)*, in N. Lipari (a cura di), *Tratt. dir. priv. europeo*, vol. I, Padova, Cedam, 2003<sup>2</sup>, p. 293 ss., spec. p. 296. Individua chiaramente il problema L. Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, cit., spec. pp. 4-6 e 285-ss. Infine, se vuoi, M. Bianchini, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*, I, spec. pp. 258-ss.

<sup>150</sup> Giuggioli, *Il contratto del consumatore*, cit., p. 25.

### 3.3. Riprendendo il filo: la buia notte dell'autonomia contrattuale, dove «tutte le mucche sono nere»

Dopo questo *excursus* sulle dottrine civilistiche che più attentamente e con maggiore assiduità si sono occupate dei contratti d'impresa negli ultimi tre lustri, si può ora tornare dove si era interrotta la discussione sul fondamento dell'abuso di autonomia contrattuale nell'ambito dei contratti *B2C*.

E va allora sottolineato come siffatta ricostruzione generalizzata del (la regola circa la vessatorietà-abusività delle clausole inserite in un) contratto (per comodità rappresentabile con la formula) *B2C<sup>èb</sup>*, postuli altresì – e non si ha tema ad affermarlo *expressis verbis* – che tale «libertà di autodeterminarsi» sia e sempre rimanga «servente alla realizzazione dei valori della persona» e che, il controllo (ossia il riscontro, ad opera del giudice, di un «significativo squilibrio» tra diritti e obblighi assunti dalle parti del contratto, ossia, rispettivamente, dal consumatore e dal professionista) diventi il «mezzo [...] di tutela della personalità» (del contraente), per di più avente una «vocazione deontologica»<sup>151</sup>.

Queste caratterizzazioni, così nette ed espressive, tutte incentrate sulla funzione «servente» dell'autonomia contrattuale «ai valori della persona», ovviamente rafforzano e ribadiscono quel particolare modo di intendere l'autonomia contrattuale *in senso assoluto*, piegato soltanto ad un generale principio di solidarietà socio-economica e di eguaglianza, di cui sopra già si diceva (e riconducibile essenzialmente all'art. 2, Cost. e al dovere di cui all'art. 3, comma 2°, Cost. – peraltro imposto allo Stato, non alle parti – di rimuovere le disparità che inficino l'eguaglianza sostanziale tra i cittadini): ossia in un modo che quasi neppure sembrerebbe negoziabile con altri, in ipotesi interferenti, *valori*, pur se altrettanto legittimamente espressi dall'ordinamento (dalla Costituzione, ad esempio) in termini di *libertà*<sup>152</sup>.

A voler seguire sino in fondo un sentiero costruttivo siffatto, si darebbe un'autonomia dei privati *originaria*, collocabile addirittura *prima, al di là e al di sopra* dell'ordinamento giuridico entro il quale ciascuno vive e opera; e che non si fa poi fatica a (tras)porre sul piano positivo (secondo il meccanismo illuministico che ha dato inizio alla codificazione dei diritti fondamentali<sup>153</sup>), grazie al ricorso ai generalissimi principi costituzionali di eguaglianza e solidarietà economico e sociale, al centro della vita dell'uomo, *uti cives*, secondo i tanto noti quanto discussi meccanismi di *riconoscimento giuridico* degli atti che concretizzano questa autonomia<sup>154</sup>. E – non

<sup>151</sup> R. Calvo, *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, cit., 61.

<sup>152</sup> Forse allora rendendolo indisponibile e perciò nemmeno compromettibile in arbitrato? Questo esito, senz'altro forzato (e perfino paradossale), non si può escludere, una volta che si sia intrapreso questo sentiero costruttivo, come estrema conseguenza della concezione dell'autonomia privata (contrattuale) quale diritto direttamente afferente alla personalità dell'individuo.

<sup>153</sup> P. Barcellona, C. Camardi, *Diritto privato e società moderna*, Jovene, Napoli 1996, p. 205.

<sup>154</sup> Su tale delicato punto, v. ad es. P. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, ora in Id., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, vol. II (1967-1987), Cedam, Padova 1988, pp. 422-ss., spec. p. 422-424; G.

sfugga – il confuso e per certi versi contraddittorio processo di globalizzazione in cui attualmente siamo immersi risulta funzionale alla riproposizione di tale (ben noto e un tempo assai discusso) tema in chiave neo-giusnaturalistica, e aiuta perciò ad accreditare la mai sopita idea della *extrastatualità del diritto privato*<sup>155</sup> (dei rapporti interprivati), quest'ultimo informato al supremo diritto all'autodeterminazione dell'essere umano, da cui poi a cascata derivano anche gli altri suoi diritti fondamentali e della personalità.

A partire dal postulato circa l'esistenza di principi generali di rango costituzionale a tutela della persona *tout court*, e capaci di intervenire direttamente nel tessuto del singolo contratto al fine di riequilibrare sproporzioni e/o asimmetrie eccessive nei rapporti contrattuali e dunque in adempimento di una *funzione sociale* di giustizia e di equità; utilizzando strumenti interpretativi (ricorrendo all'interpretazione estensiva o a quella analogica) tesi a generalizzare, estendendo a tutti i soggetti (piccoli imprenditori, artigiani, imprenditori deboli in genere) il criterio proporzional-solidaristico incentrato sulla tutela della persona *tout court* – in ragione di un principio di eguaglianza (sostanziale e) ragionevole – si è poi passati a rileggere le altre norme sbocciate negli ultimi anni in un contesto ordinamentale sempre più contorto nei suoi principi ordinanti, ma che certamente presentava ancora una notevole propensione *centrifuga* rispetto alla forza magnetica residua al Codice civile del 1942, dal quale – come si è già rilevato (par. 1) – la stessa disciplina delle clausole vessatorie – frutto di attuazione della Direttiva 5 aprile 1993, n. 1993/13/CEE – era stata espunta nel 2005, dopo una iniziale, quanto discussa, aggregazione occorsa nel 1996<sup>156</sup>.

In particolare, e solo a mo' di esempio, si è anzitutto riportato l'istanza di tutela della persona contro una *asimmetria* di forza contrattuale troppo pronunciata, e *lato sensu* vessatoria o abusiva della libertà contrattuale altrui, e così ad un siffatto generale principio di *eguaglianza ragionevole* – copulato con, e irrobustito da, un generale principio di proporzionalità che trova generale legittimazione nell'art. 5, TUE – il concetto di «*abuso di dipendenza economica*» (di cui all'art. 9, l. 18 agosto

Meo, *Impresa e contratto nella valutazione della tipicità negoziale*, cit., pp. 6-ss. Più recentemente v. C. Fois, *L'autonomia statutaria e i suoi limiti*, cit., spec. pp. 108-111; M. Orlandi, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. Gitti, P. Spada (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna 2006, pp. 65-ss., spec. pp. 69-72; Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., p. 276-279.

<sup>155</sup> Sul punto, v. ad es. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, cit., e ivi p. 442, riferendosi alla diffusa concezione ottocentesca (ma radicata profondamente anche nella scienza giuridica formatasi nella prima metà del novecento e anche oltre) della «autonomia negoziale» come «fenomeno sociale prima che giuridico». Ribadiscono tale concezione G. Benedetti, *Il contratto*, in G. Vettori (a cura di), *Persona e mercato*, Cedam, Padova 1996, pp. 77-ss., e ivi 84, e G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, Cedam, Padova 2004, spec. pp. 1-2 (ma *passim*), entrambi rivendicandone la paternità in capo a Filippo Vassalli (del quale allora v. *Estrastatualità del diritto civile*, ora in Id., *Studi giuridici*, vol. III, t. II: *Studi vari (1942-1955)*, Giuffrè, Milano 1960, pp. 753-ss.). Sul punto, v. recentemente anche G. Palermo, *L'autonomia negoziale*, Giappichelli, Torino 2011 e S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino 2012, spec. pp. 10-s e 73-s.

<sup>156</sup> V. *retro*, sub nt. 39.

1998, n. 192): quest'ultimo – ben al di là dell'affermazione di una propria valenza «transtipica» (che potrebbe legittimare al più un'*analogia legis*) viene ricostruito come ulteriore manifestazione del principio generale ispirato da principi di solidarietà economico-sociale e di eguaglianza (rispettivamente, artt. 2 e 3, Cost.) – e dunque sintetizzato con quello di cui all'art. 33, comma 1°, Cod. cons., e poi applicato trasversalmente in forza di *analogia iuris*<sup>157</sup> – sebbene lo *squilibrio tra diritti e obblighi* risulti questa volta soltanto tra soggetti professionali (*Btob*) e non è più soltanto «*significativo*» (art. 33, comma 1°, Cod. cons.), ma addirittura «*eccessivo*» (art. 9, comma 1°, l. n. 192/1998): eppure, si argomenta autorevolmente, entro le suddette visioni unificanti (contratto asimmetrico; principio generale/trasversale di proporzionalità), sia nei rapporti *BtoC*, sia nei rapporti *Btob*, rimarrebbe perfettamente omogenea la natura rapporto di *sproporzione* di tra posizioni contrattuali attive e passive risultante in capo alle parti<sup>158</sup>.

Infine, per tale via – e senza dunque convenire sull'opportunità di specificare tali caratteri, a seconda dello specifico mercato di riferimento, come invece sembra suggerire l'analisi della recente legislazione speciale e di settore – si è giunti ad attribuire alla clausola della correttezza e buona fede, in uno con il connesso concetto di abuso, una sorta di *passerpartout* concettuale idoneo ad intervenire nella struttura del rapporto contrattuale riequilibrandone il «voluto», comunque in funzione dei predetti valori di solidarietà e di eguaglianza sostanziale, *tarati* – come visto – su una indistinta, pregnante e trasversale esigenza di protezione della persona *tout court*.

Insomma, tra i concetti di *persona* e di *mercato* non vi starebbe più nulla se non quella figura generale di contratto asimmetrico stipulato da quelle persone di cui si postula la difesa in quanto tali, in forza di quell'attributo originario, *extrastatuale*, dell'individuo che è appunto l'autonomia negoziale: un contratto che, in quanto atto isolato (e isolatamente analizzato in funzione del riscontro o meno del suo *equilibrio ragionevole*, della sua *giustizia* o *equità*), eventualmente faccia emergere la violazione dell'autonomia contrattuale (in forma di *abuso*, che così, come appunto è stato detto, «recupera la zona dell'atto»), in danno alla *parte-persona debole*, alla quale poi si assimila, per le ragioni già viste e in quanto *persona*, l'*imprenditore debole*. Coticché, il rapporto tra i due termini – *persona* e *mercato* – viene a porsi come diretto, immediato e rimanendo autosufficiente, *self-contained*. Dell'impresa, di nuovo, nessuna traccia.

A questo punto, però, e anche a prescindere dall'ultimo rilievo circa l'eclissi dell'impresa, Hegel forse obietterebbe che ci troviamo avvolti da una curiosa *coltre notturna* dell'*autonomia negoziale*, in cui naturalmente *tutte le mucche sono nere*.

<sup>157</sup> L'osservazione è di Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., spec. p. 24.

<sup>158</sup> V. in particolare Perlingieri, *La contrattazione tra imprese*, cit., pp. 328-ss., 335-ss. e 343-ss.



### 3.4. La «nuova alba» dell'autonomia contrattuale (d'impresa): verso una regolazione del mercato in base a nuove tipologie di status, come parametri valutativi dell'«abuso» imposti dalla legge

Intendiamoci: nessuno contesta il noto adagio secondo il quale *omne ius hominum causa constitutum est*. Tuttavia – e come del resto già autorevolmente osservato tempo fa da un acuto giuscommerzialista – il brocardo, in questo ambito, «prova troppo»<sup>159</sup>. Non basta, cioè, rivendicare il fatto che il diritto civile pone al centro l'individuo, l'essere umano, o che l'autonomia (anche contrattuale) appartiene *naturalmente* alla persona, semplicemente articolandone la fenomenologia a seconda che si tratti di una «libertà di autodeterminarsi nella gestione dei diritti patrimoniali» ovvero *non* patrimoniali<sup>160</sup>.

Mi sembra di poter aderire piuttosto a quelle dottrine che ritengono che il diritto, come realtà normativa, crei un ordinamento (e secondo alcuni, addirittura, sia esso stesso un'istituzione<sup>161</sup>), una rete di regole, che a sua volta modella degli istituti, nei quali l'uomo – come persona, come individuo – viene pur sempre in rilievo in posizione centrale, ma *in*, e *con*, diverse «fattezze», o articolazioni, solitamente generali e astratte, dettate in funzione dell'istituto (o dell'istituzione) da regolamentare (ad esempio, il proprietario, il possessore, il socio, ecc.)<sup>162</sup>.

È in corso – è vero – un dibattito anche in seno alla civilistica italiana<sup>163</sup> intorno all'opportunità e alla correttezza di una siffatta articolazione della persona in diverse *for-*

<sup>159</sup> V. Buonocore, *Il civilista oggi, visto da un giuscommerzialista*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno di Studi SISDIC – Capri, 7-9 aprile 2005, Esi, Napoli 2006, pp. 21-ss., p. 24.

<sup>160</sup> Differenza peraltro non immediatamente compatibile con la dogmatica tradizionale circa le distinzioni tra il fatto e l'atto giuridico e delle sue ulteriori articolazioni interne al contratto. Per una ricostruzione di queste articolazioni v. ad es., F. Galgano, *Il negozio giuridico*, Giuffrè, Milano 2002, cap. I.

<sup>161</sup> In tal senso, v., ad es., M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999; contrario a questa impostazione, come noto, N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, spec. pp. 7-ss.

<sup>162</sup> Vedi sul punto, e con molta efficacia, Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., spec. pp. 42-ss.; Id., *Persona e mercato*, cit., spec. pp. 98-ss. e 108-ss.

<sup>163</sup> Vedine delle tracce in Bortoluzzi, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, cit., spec. p.p. 1432-ss. (ove si riconosce la «nozione di soggetto», propria dei codici civili ottocenteschi, sebbene di essa si sottolinei l'attuale poliedricità, in contrasto con l'antica monoliticità; nonché l'articolazione e la graduazione, in funzione di interessi e valori costituzionalmente garantiti; si afferma inoltre che il «viaggio decostruttivo della soggettività giuridica attraverso i formanti normativi finisce nel codice del consumo»); E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, cit., pp. 121-122 (il quale, peraltro, non ritiene fondato «il passaggio dalla teoria del soggetto, come centro di imputazione di diritti e di obblighi, alla teoria della persona, portatrice di diritti inviolabili», quanto meno nell'ambito della categoria dei «contratti commerciali»). Invero, le «teorie personalistiche non possono ritenersi di portata generale e fondative di un nuovo diritto dei contratti, ma vanno localizzate, quanto alla loro applicazione alla protezione del consumatore, e cioè del soggetto persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale»; e anzi, in ultima analisi è del parere che «la teoria della soggettività» vada «costituitamente maggiormente articolata. La nozione di consumatore è singolarmente ristretta, e non può costituire il termine di una distinzione che contrapponga allo stesso consumatore tutti gli

me (per così dire), forse oggi tendendo a prevalere nuovamente l'idea che, di fronte alla rottura del dogma della sovranità (e dunque della signoria della legge), sia quanto mai importante evitare scindere, e anzi sia il caso di ricomporre, l'unitarietà della persona umana, tradizionalmente divisa tra *individuo* e *soggetto di diritto*<sup>164</sup>.

Quasi a voler spiegare l'emersione – nel tempo dell'economia globalizzata – di questa tendenza a ridurre il *soggetto* di diritto alla *persona tout court*, si è da altra parte osservato che, una volta «[t]olti i confini, diffusi i centri di produzione, universalizzato il destinatario della norma, eguagliate le diversità 'irragionevoli', resi 'bilanciabili' gli interessi fondamentali, si è prodotta una rarefazione progressiva di tutti quegli elementi che, a torto o a ragione, sono serviti all'uomo moderno per tracciare delle *identità*». Ma si ha anche cura di avvertire che «ad essi [...] non ne sono stati sostituiti altri diversi ma omogenei per tipo (altri confini, altri precisi interessi, altri sistemi delle fonti ecc. ecc.), ma, anzi, si è accettata la sfida di poterne fare a meno, si è affermato cioè, di poter ordinare, anche giuridicamente, facendone a meno». E al contempo si riconosce l'insorgere di una distonia tra un simile risultato, rispetto a quelli che si identificano come i tratti del tempo presente, giacché «i fattori che oggi lanciano le sfide più gravi al mondo giuridico vanno invece sempre più verso la frammentazione»; ma questa poi – se mi fosse consentito aggiungere – finisce per dare luogo ad una loro *riagggregazione* su basi diverse dal passato, ossia – nel contesto che ora interessa indagare – secondo *ruoli socio-economici tipizzati* giusta le caratteristiche anche estrinseche del mercato: sicché questa dottrina ha ragione nel riconoscere che «in questa situazione» di frammentazione pratica, in contrasto con una pretesa unità teorica della persona, il «compito che [...] si richiede al solo buon giudice appare [...] disperato»<sup>165</sup>.

altri soggetti giuridici operanti nel sistema». Tuttavia l'A. cit. mostra di non credere neppure nella categoria del *terzo contratto* né nella cosiddetta *transtipicità* dell'art. 9, l. n. 192/1998, la legge sulla subfornitura nelle attività produttive, norma per l'appunto incentrata sull'*abuso* della dipendenza economica). Per una trattazione più distesa del problema della soggettività giuridica in relazione al problema del mercato, vedi – oltre alle opere citate nella nota che segue – P. Barcellona, C. Camardi, *Diritto privato e società moderna*, cit., spec. pp. 205-ss. e 222-ss. Peraltro, N. Lipari, *Il mercato: attività privata e regole giuridiche*, cit., pp. 42-43, ha osservato che, prima dell'avvento della «rivoluzione» portata dal «sistema comunitario» sulla «sedimentata stratificazione delle nostre categorie concettuali», in Italia, «l'atto di autonomia» – che, com'è noto, trovava la propria sublimazione nel concetto di *negozio giuridico* – non solo ricopriva, in uno con il concetto allora invalso di «mercato», una «chiara valenza ideologica» di «libertà» e di «attributo indispensabile per la democrazia», ma esprimeva altresì la «massima espressione dell'unità del soggetto giuridico»: in altri termini, l'unità del soggetto di diritto, in questa ormai superata (perché smentita dall'evoluzione storica successiva dell'Unione europea e della globalizzazione) prospettiva, veniva a ricomporsi stemperandosi nell'idea di libertà individuale insita nello stesso concetto di contratto.

<sup>164</sup> Non si può che rinviare ad A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano 1939; P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Giuffrè, Milano 1984; N. Lipari, *Spunti problematici in tema di soggettività giuridica*, (già in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1988, pp. 641-ss. e poi) in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Giuffrè, Milano, 1991, vol. I, pp. 389-ss., e ivi spec. pp. 397-ss. Più recentemente, v. inoltre N. Irti, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in «Rivista di diritto civile», 2002, I, pp. 625-ss., e ivi p. 631, il quale ha parlato di «individui che diventano 'dividui'».

<sup>165</sup> Così, in P. Moro, C. Sarra, *Introduzione a Moro, Sarra (a cura di), Positività e giurisprudenza*, cit., a p. 11. Sul rapporto tra le tendenze alla *frammentazione* del diritto, l'operare delle *clausole generali*, e il ruolo del

In realtà – vorrei qui esprimere un po' di ottimismo – il giudice è ben lungi dall'essere lasciato solo. Se il Codice civile ha avallato il processo formale che fa del concetto di «soggetto moderno» una «astrazione assoluta», operata dalla legge statale, al fine «di rendere indifferenti gli individui e di attuare formalmente l'equivalenza funzionale dei ruoli»<sup>166</sup>, nell'ambito del diritto dell'impresa, il legislatore (europeo) – come ho cercato di illustrare nel paragrafo 2 – offre numerosi strumenti attraverso i quali ricostruire il *soggetto di diritto* attorno alle nuove categorie del mercato (dei *micro-settori normativi* che regolano i diversi mercati). Si tratta però di volerle accettare o comunque di evitare di travisarle leggendole con lenti non aggiornate al tempo dell'economia: il «problema che occorre affrontare» – oggi come ieri – «è se, e come, a dispetto delle astrazione giuridica, la concretezza dei rapporti sociali tenda a rideterminare il significato della tecnica di imputazione giuridica, operando nuove associazioni fra la figura del soggetto giuridico e i significati attraverso cui la prassi sociale produce il riconoscimento delle individualità plurali nell'effettività di un contesto storico»<sup>167</sup>.

Certamente gli echi di questi dibattiti, del resto ancora in corso, riverberano anche sul tema ora in discussione; ma non posso qui farmi carico di indagarne oltre i relativi presupposti, termini e conseguenze. Più semplicemente, credo che – oggi più che mai – il sistema giuridico (si noti: non già la cultura giuridica che, al contrario, dovrebbe rimanere patrimonio da fruire, per così dire, *a tutto tondo*, da parte del giurista<sup>168</sup>), e in special modo l'ordine giuridico-economico del *mercato*, imponga ancora l'articolazione dell'individuo *tout court* in *soggetto di diritto*, secondo i profili che di volta in volta vengono in rilievo: e cioè, nel contesto qui studiato, di un *ruolo* acquisito in relazione all'operazione economica considerata, ossia «in funzione delle diverse categorie della produzione»<sup>169</sup>; e se questa operazione risulta elemento di un contesto più ampio che mostra comportamenti ricorrenti, esso può assumere una valenza socio-economica tipizzabile anche sul piano giuridico.

giudice, v. in particolare Fois, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, cit., spec. pp. 434-ss.; Denozza, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, cit. Sulla «rarefazione» del soggetto di diritto v. ancora A. Bortoluzzi, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, cit., e ivi pp. 1433-s. e 1459-s.

<sup>166</sup> Così Barcellona, Camardi, *Diritto privato e società moderna*, cit., pp. 226-227.

<sup>167</sup> Ivi, p. 227.

<sup>168</sup> Così, ad esempio, U. Vincenti, *Conclusioni*, in M. Bianchini, G. Gioia (a cura di), *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità*, Atti del I Convegno dei «Colloquia» dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova. 13 e 14 gennaio 2013), Cedam, Padova 2013, pp. 561-ss., e ivi p. 563-565.

<sup>169</sup> Fois, *Il «giardiniere» di Pugliatti e la scienza giuridica nel tempo dell'economia*, cit., p. 325. E così infatti argomentano, sia pure da posizioni distinte Santini, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, cit., pp. 99-ss. e 299-ss. (per il «commercio») nonché pp. 431-ss. e 474-ss. (per i «servizi»); più recentemente, Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 42-43. Coglie questa articolazione per ruoli, legati all'operazione economica di cui sia parte l'impresa, E. Gabrielli, *I contraenti*, Sirena (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit., pp. 123 e 137-ss., seguito da Agrifoglio, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B2b)*, cit., p. 1343.

Così, ad esempio, si può individuare un operatore del mercato in funzione della sua specifica attività di approvvigionamento sul mercato di beni o servizi, a fini esclusivi di consumo o a fini di risparmio personale e in ragione di questo ruolo, assicurandogli la necessaria libertà di autodeterminarsi<sup>170</sup>. E potendosi poi ulteriormente individuare una più specifica disciplina in base a *quale tipologia di beni o servizi* in concreto si tratti, ed eventualmente anche in base a *dove* tali beni o servizi vengono offerti<sup>171</sup>. Così facendo – tra l'altro – si getta un *ponte* verso la disciplina *antitrust* alla quale è consustanziale il concetto di «mercato rilevante», inteso come il risultato dell'analisi incrociata della rilevazione del *mercato del prodotto* (in senso ampio, comprensivo dei *servizi*) di volta in volta considerato e, insieme, del *mercato geografico* ove il prodotto stesso viene e/o potrebbe essere scambiato<sup>172</sup>.

Pertanto, a ciascun ruolo solitamente corrisponde, sul piano giuridico, un'articolazione del *soggetto di diritto*, anche in questo frangente potendosi confrontare «l'idea di soggetto di diritto con la tecnica di imputazione di atti e parole che ogni società pratica all'interno dei suoi significati». E riconoscere che questo processo si rinnova e si ripropone ciclicamente, al mutare delle esigenze di volta in volta storicamente individuabili, e quindi che si può riscontrare anche con riferimento ai ruoli socio-economici ricoperti sul mercato, significa accettare altresì le definizioni di *professionista* e di *consumatore* specificamente dettate – dalla legge, dovrebbe soggiungersi – nell'ambito dei rapporti di consumo; significa, più in generale, riconoscere la insopprimibile e «continua tensione fra l'astrazione giuridica e le dinamiche sociali che si esprimono nelle pratiche individuali e di gruppo»<sup>173</sup>.

Ma, si noti, tutto ciò si può sostenere senza perciò stesso doversi negare tutela all'essere umano come tale; senza che, in particolare, la «capacità giuridica» del «soggetto consumatore» – ormai ridotta a «incapacità di» a seguito del confronto con la disciplina consumeristica – sia rarefatta sino a ridurla ad un simulacro della sua «capacità naturale»<sup>174</sup>. Piuttosto, intendendo le distinzioni normative come variabili imposte al

<sup>170</sup> C. Tenella Sillani, *Pratiche commerciali scorrette e tutela del consumatore*, in «Obbligazioni e Contratti», 2009, pp. 775-ss., ivi, ove si afferma che la disciplina delle PCS «come tante altre precedenti, ha la finalità di tutelare il consumatore, ma in essa tale soggetto non è preso in considerazione in quanto parte debole dei rapporti contrattuali, bensì quale operatore economico di cui si vuole garantire la libertà di assumere decisioni di natura commerciale».

<sup>171</sup> In particolare, per tali osservazioni vedi C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, cit., spec. pp. 554-ss.; contro questa impostazione, cfr. tuttavia Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, cit., spec. pp. 14-ss.

<sup>172</sup> Sul punto, vedi recentemente, P. Buccirosi, A. Frignani, *Il mercato rilevante*, in A. Frignani, S. Bariatti (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell'Unione Europea*, in F. Galgano (fond. da), *Trattato di Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia*, vol. LXIV, Cedam, Padova 2013, p. 48-ss.

<sup>173</sup> Barcellona, Camardi, *Diritto privato e società moderna*, cit., pp. 227-228. V. inoltre P. Zatti, *Persona giuridica e soggettività*, Cedam, Padova 1975, spec. pp. 195-ss.

<sup>174</sup> Bortoluzzi, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, cit., pp. 1433-1434. Peraltro, accettare una simile visione, così specificamente incentrata sulla figura «sostanzialmente irresponsa-

fine di disciplinare le *attività* che prendono forma sul (e per il) mercato: discipline che – come si è già illustrato nel paragrafo 2 – non già e non più regolamentano l'*atto* in sé, ma quest'ultimo in quanto elemento dell'*attività*<sup>175</sup>. Distinzioni che pertanto variano al variare delle funzioni e dei *ruoli* assunti dal soggetto come mezzo (uno dei mezzi) per preservare il sistema economico – quello appunto basato sul mercato –, il quale – pur con tutti i suoi difetti – fa parte ormai della stessa dimensione della socialità degli individui, ossia partecipa di quella medesima dimensione dalla quale si attinge per la costruzione dell'ordine giuridico, secondo il brocardo *ubi societas, ibi ius*. E che non sembra attualmente presentare molte (e valide) alternative.

Gli individui, come tali, vanno certamente protetti dagli eccessi del mercato, dai suoi meccanismi *naturali* o innati, e, anzitutto, dalla *concorrenza che divora se stessa*. Contro quegli eccessi cioè che si conformano, in assenza di regole, ad una *insaziabile* tendenza alla massimizzazione delle utilità che ciascun operatore o agente del mercato si prefigge accedendovi – come *homo oeconomicus* – e che, ove non controllato, traligna in «*opportunism*»<sup>176</sup>. E occorre altresì una disciplina che rassicuri gli *outsiders* del mercato contro le esagerazioni che nella versione tedesca dell'art. 3 della Direttiva n. 93/13/CEE si sono definite *sproporzioni considerevoli e ingiustificate* («*erhebliches un gerechtfertigtes Missverhältnis*»), indicandosi, in sostanza, il significato oggettivo della nozione di *abuso*, cui si accompagna però anche una componente soggettiva, *i.e.*, la consapevolezza del sacrificio economico arrecato alla controparte con la condotta volontaria, commissiva od omissiva, che pure costituisce esercizio di un diritto o di una facoltà: non un vero e proprio *animus nocendi*, dunque (lo afferma anche Cass. n. 20106/2009), ma una sorta di *mala fede* che qui sembra assumere connotati più soggettivi che oggettivi, quasi evocando la consapevolezza di cui all'art. 1147 c.c., capace di impedire al possessore l'acquisto *a non domino* di un bene mobile non registrato, *ex art.* 1153 c.c.

Il punto sta nel fatto che la necessaria protezione dall'abuso – comportamento opportunistico, di approfittamento consapevole di una situazione di vantaggio sproporzionato rispetto allo svantaggio procurato alla controparte, dunque – può darsi secondo costruzioni conciliative della naturale (e meritevole di tutela) aspirazione al profitto con altri valori, e relativi strumenti (*e.g.*, la tutela della concorrenza), compendiabili nella pur vaga espressione «utilità sociale», inscritta, non a caso, nell'art. 41, comma 2°, Cost.<sup>177</sup>.

bile, naturalmente capace di limitata capacità giuridica [...] il cui elemento costitutivo non è la potenza della volontà ma la fragilità, tanto che il soggetto consumatore non solo va protetto, ma va «educato» al consumo [...] (artt. 2, 3, 4 c. cons.), implicherebbe *a fortiori* l'impossibilità di considerare questa pretesa «radice della nozione di squilibrio contrattuale» come «errante» o «errabonda» (ivi, p. 1435), cioè capace di essere estesa ai rapporti *BtoB* e, anzi, ne sancirebbe il suo *radicamento*, appunto, nell'ambito dei particolari rapporti di mercato classificabili come *B2C*.

<sup>175</sup> Sul punto, sia permesso il rinvio a Bianchini, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili storico-evolutivi)*, I, cit., pp. 243-ss. e 371-ss.

<sup>176</sup> Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, cit., pp. 47-ss.

<sup>177</sup> Vedi G. Oppo, *Qualche parola introduttiva su mercato, valori e globalizzazione*, ora in Id., *Scritti giuridici*, vol.VIII: *Ultimi scritti*, Cedam, Padova 2013, pp. 11-ss., ivi, ove, per un verso, si insiste sulla necessità di

Se, per un verso, la stessa distinzione tra libertà di determinarsi nella gestione dei diritti patrimoniali e non patrimoniali – ricordata dalla dottrina da cui queste riflessioni prendono le mosse – implica, quanto meno *in nuce*, una distinzione tra due ambiti di tutela, per altro verso, la salute, la dignità, la libertà (anche negoziale) e l'integrità fisica del *consumatore* hanno spazi di protezione certamente più pregnanti dei (meri) interessi patrimoniali di costui.

Tuttavia, tale differenza di intensità di protezione è già posta – ossia risulta *già* (e, talora, è addirittura *già* risolta, almeno in termini generali) – dall'interpolazione che la legge ordinaria – e, nella specie, il Codice del consumo<sup>178</sup> – si incarica di frappare, arricchendo e differenziando le tutele, rispetto ai chiari, ma fin troppo generali precetti costituzionali: infatti, l'art. 2, comma 2°, Cod. cons. – della cui portata imperativa (*ex art.* 143, comma 1°, Cod. cons.) e trasversale a tutto il codice di settore non si può dubitare, essendo contenuto nel Titolo I (rubricato «Disposizioni generali e finalità») della Parte I (rubricata «Disposizioni generali») – nel prevedere che «[a]i consumatori e agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, alla trasparenza ed

trascorrere dal concetto di «mercato come luogo di scambi, al mercato come ordine, ispirato anche ai valori e interessi della collettività, sia pure da conciliare con l'utilità economica», aggiungendo che «i termini nei quali deve operare questa conciliazione» sono «essenzialmente due: contratto giusto e responsabilità sociale dell'impresa [...] Termini entrambi riconducibili a un principio, anche costituzionale di solidarietà»; e che, per altro verso, sinteticamente, ma assai significativamente individua due strade (e genericamente due strumenti) al fine di poter effettuare tale conciliazione tra *persona* e *mercato*: una disciplina del «contratto 'giusto'» e una disciplina della «responsabilità sociale dell'impresa»; essi sono ritenuti dall'A. cit., «rispettivamente, strumento e sanzione dell'autonomia d'impresa» (ivi, p. 12). Mi pare oltremodo significativo rilevare, in particolare, la scelta *bipolare* che il compianto Studioso ha pur sommariamente indicato, evocando – inscindibilmente – una strada *contrattuale* e una strada che implica la considerazione dell'*impresa*: Se non si vede male, in tale *endiadi* di istituti – contratto e impresa – e non già in uno soltanto di essi, si risolve, anche sul piano giuridico, l'essenza stessa del pur sfuggente concetto di «mercato». In particolare, sulla c.d. *corporate social responsibility* (CSR), vedi, ad esempio, gli studi raccolti da G. Conte (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Laterza, Roma-Bari 2008; M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in «Rivista delle società», 2009, pp. 1-ss.; V. Buonocore, *Mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in P. D'Addino Serravalle (a cura di), *Mercato ed etica*, Esi, Napoli 2009, pp. 101-ss.; V. Calandra Bonaura, *Responsabilità sociale dell'impresa e doveri degli amministratori*, (ora anche) in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 257-ss.; R. Costi, *Banca etica e responsabilità sociale delle banche*, *ibidem*, pp. 291-ss.; Id., *La responsabilità sociale dell'impresa nel diritto azionario italiano*, in *La responsabilità dell'impresa* (Atti del Convegno di Studi per i trentanni della Rivista «Giurisprudenza commerciale», Bologna, 8-9 ottobre 2004), cit., pp. 83-ss.; F. Denozza, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto antitrust*, *ibidem*, pp. 117-ss.; V. Di Cataldo, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto industriale*, *ibidem*, pp. 129-ss.; A. Addante, voce *Responsabilità sociale dell'impresa*, in «Digesto delle discipline privatistiche», Sez. civ., Aggiornamento, III, t. II, Torino, UTET, 2007, pp. 1120-ss.

<sup>178</sup> Vedi, sebbene con diverse valutazioni e soluzioni, F. Denozza, *Aggregazioni arbitrarie v. «tipi» protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, cit.; L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, «Europa Diritto privato», 2010, pp. 685-s.

all'equità nei rapporti contrattuali», traduce in disposizioni di legge i limiti costituzionali alla libertà d'impresa, imposti dall'art. 41, comma 2° (libertà, dignità, sicurezza, utilità sociale): sicché è con tale norma che si instaura (si deve instaurare) un primario dialogo costruttivo allorquando una clausola generale di settore richieda di essere «concretizzata», o comunque laddove sia necessaria l'interpretazione di norme relative al rapporto di consumo.

E, laddove servisse, una siffatta articolazione delle fonti potrebbe chiaramente essere evinta anche a partire dalle disposizioni contenute, tanto nei Trattati comunitari, dal diritto europeo secondario, di cui peraltro le molte disposizioni di legge ordinaria e del Codice del consumo costituiscono attuazione (la Direttiva n. 93/13/CEE, la Direttiva n. 2005/29/CE, ad esempio); quanto, ancora, dall'allegata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In particolare, occorre sottolineare, per un verso, come sia i Trattati sia la Carta distinguono chiaramente, ponendoli sotto titoli diversi, i diritti e le libertà fondamentali della persona e il principio di uguaglianza (artt. 6-24, Carta) – tra le seconde peraltro risultando riconosciuta anche la libertà d'impresa (art. 16, Carta) –, dalle esigenze di libertà economiche e dall'obbligo di protezione dei *consumatori* (art. 28-66, 169 e 114, TFUE e art. 38, Carta). Per altro verso, lo stesso art. 4, par. 2°, TFUE stabilisce una competenza concorrente con quella degli Stati membri in materia sia di «mercato interno» sia di «protezione dei consumatori», quest'ultima specificata poi nell'art. 114, par. 2°, e nello stesso art. 169, TFUE e, sulla base di tali norme, nelle ormai numerose direttive e regolamenti che ne attuano i precetti, si pongono in essere le concrete tutele e la promozione – si noti – «degli interessi economici dei consumatori» (*i.e.*, informazione, educazione, organizzazione per la loro salvaguardia). Con specifico riferimento alla Carta, infine, l'art. 52, par. 1°, pone addirittura un principio di riserva di legge, che vale ovviamente sia per la libertà d'impresa (art. 16), che per la protezione dei consumatori (art. 38), rispetto alla quale il principio di proporzionalità (sancito *ex* art. 5, par. 4°, TUE) fornisce il criterio di strumentalità necessaria, per cui – con una legge, appunto – «possono essere apportate limitazioni» «all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti» dalla Carta medesima solo se «siano necessarie e rispondenti effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Come sul piano interno – quello dei rapporti tra Costituzione e legge ordinaria (Codice del consumo) – anche sul piano comunitario si assiste dunque ad una progressiva specificazione delle tutele nella graduazione gerarchica delle fonti: il principio (europeo) di riserva di legge è – di nuovo – lo strumento che impedisce al giudice un'attività creativa attingendo a principi generalissimi, per quanto sovraordinati, specie laddove debba amministrare la giustizia utilizzando norme elastiche o a contenuto giuridico indeterminato; quello, piuttosto, dovrà fare riferimento alle regole prossime al *micro-settore* ove la clausola generale è situata applicando, se del caso i principi propri dello specifico sotto-sistema ove si trovi ad operare. Anche in questo senso, dunque, il giudice non è lasciato solo dalla

legge. La riserva di legge, in particolare, impedisce che i limiti imposti alla libertà d'impresa vengano costruiti e interpretati come limiti interni, strutturali, conformativi della libertà medesima. Essi invece operano sempre come limiti negativi cioè *esterni* ad essa: la libertà d'impresa non è, dunque, funzionalizzata, ma limitata da tali valori primari di sicurezza, protezione, salute, dignità, ecc.

Il sistema degli scambi che innerva ciascun mercato presuppone - quanto meno e in linea generale - la qualità e una pluralità di soggetti «venditori» (*recte*, offerenti), e, dall'altro «la massa indistinta dei compratori»: i primi vengono «definiti nella qualità personale e nella relazione reciproca» come i «molteplici imprenditori in libera competizione», che operano cioè in concorrenza tra loro per accaparrarsi e mantenere una quota di mercato; i secondi vengono definiti in negativo come la «massa delle figure negative raccolte nel nome di 'consumatore'», le quali aspirano, in ciascun mercato a soddisfare i loro bisogni «di massa», in tendenziale omogeneità e uniformità («comunanza») di posizioni *vis-à-vis* la parte professionale prescelta, pur nella «indefinita pluralità di negozi». Infatti, la «rozza novella del 1996» - ora inserita, con ulteriori integrazioni, negli artt. 33 e seguenti del Codice del Consumo - era stata definita come «diritto del mercato», perché regola(va) gli scambi tra «la competitorica pluralità dei venditori e la massa dei compratori, qui prevalendo il profilo della tutela del rapporto di consumo come profilo del diritto del mercato concorrenziale e in tal guisa si stagliando le relazioni interne a ciascuna parte, la quale non è più il generico 'chiunque' delle ipotesi normative» - generali e astratte - «ma un soggetto del mercato»<sup>179</sup>.

Ma anche nell'art. 2598 c.c., la disciplina - almeno nella sua interpretazione tradizionale (vedi però *infra*, sub par. 5) - si è resa applicabile discriminando soggettivamente tra soggetti imprenditori e soggetti non imprenditori (tra l'altro, il n. 3 di tale norma introduce una clausola generale di «correttezza professionale» e che oggi si riscontra anche nel Codice del consumo: vedi *infra*, par. 5).). E credo che l'articolazione dei *micro-sistemi normativi* che disciplinano le attività che hanno luogo nel mercato in base al rispettivo *ruolo socio-economico tipico* ivi svolto sia dimostrabile anche a partire dalla stessa distinzione posta dall'art. 1176, c.c., tra diligenza dovuta nell'esercizio di un'attività professionale avendo riguardo alla sua *natura* (comma 2°), e diligenza semplice, del *buon padre di famiglia* (comma 1°).

Se, pertanto, la conciliazione tra valori fondamentali dell'individuo e il valore di utilità sociale del mercato è *già* ricavabile da quanto dispone l'art. 41, comma 2°, Cost., per altro verso non può sfuggire che, in tale sequenza ordinata di fonti di norme giuridiche, le regole che con esse si pongono concorrono a creare un'articolazione della *persona* in funzione del suo modo d'essere, dell'interesse del suo agire o del suo concreto condursi *sul e/o per il mercato*: in questa dimensione conciliativa di valori, la persona è quindi *già* assunta al rango di *soggetto di diritto*, destinataria di tutela in tanto in quanto coinvolta in *quella* specifica dinamica conflittuale di interessi in gioco nel contesto di un mercato

<sup>179</sup> Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 42-43.



e nel confronto con l'iniziativa economica. In definitiva, trattasi di costruzioni che – pur salvaguardando valori fondamentali della persona – non eliminano affatto le articolazioni del e *soggetto*, ma, anzi, le postulano<sup>180</sup>.

Ma v'è di più.

Di fronte alle tesi sopra illustrate (par 3.2 e par 3.3) benché tra loro contrapposte o comunque non coincidenti in certi punti qualificanti, altrove<sup>181</sup> si è già rilevato che la vera costante dei contratti *BtoC* e *BtoB* – come del resto coglie anche il progetto di regolamento (europeo) uniforme della vendita dell'ottobre 2011<sup>182</sup> – appaia in realtà costituita dalla prima «*B*» delle formule ormai in voga: ossia dalla presenza dell'*impresa*, la parte professionale del contratto, che nel Codice del consumo viene quasi celata sotto le più ampie vesti della figura del «professionista». Mentre quest'ultima figura è definita in positivo, invece, in tutte disposizioni di legge rilevanti (di nuovo, negli artt. 3 e 18, Cod. cons., così come, ad esempio, nell'art. 121, comma 1°, lett. *b*), T.U.B.) del «consumatore» si dà soltanto una definizione *in negativo*, come la parte del rapporto di consumo che agisce per scopi estranei ad ogni attività professionale, imprenditoriale, ecc. Inoltre, il professionista è qualitativamente individuato e regolato sotto duplice profilo: sia nei rapporti con un indefinito numero di soggetti-consumatori (disciplinati dal c.d. diritto dei consumatori), sia nei rapporti con altri professionisti (disciplinati direttamente, sebbene non esclusivamente, dal diritto della concorrenza). L'insieme delle discipline, a loro volta articolabili a seconda dei *micro-settori* coinvolti integra, come detto, il *diritto del mercato*.

Dunque, è proprio l'attività organizzata e il suo esercizio professionale sul mercato (peraltro i due profili essendo strettamente interconnessi) ad incidere – sia pure in modo diverso (perché diversi sono i presupposti, gli interessi in conflitto, il contesto socio-economico ove le singole operazioni prendono forma e vengono poi attuate) – sugli assetti della disciplina contrattuale, tanto dei contratti *B2B*, quanto dei contratti *B2C*, e sulle eventuali sproporzioni di *forza contrattuale*, quest'ultima non essendo altro che una situazione di *potere di mercato* che si acquisisce, per l'appunto, su basi concorrenziali, di confronto continuo con altri imprenditori, attraverso l'impiego di risorse, il loro coordinamento a fini produttivi e la conduzione stabile e organizzata dell'attività economica di volta in volta prescelta nell'esercizio, in linea di principio libero, dell'iniziativa (art. 41, 1° comma, Cost.).

Come è noto non già la posizione dominante in sé è vietata dal diritto *antitrust*, bensì e soltanto il suo abuso (art. 102, TFUE; art. 3, L. n. 287/1990); non già viene negata la possibilità che si verifichi una situazione di *dipendenza economica* tra contraenti, reprimendosi soltanto il suo *abuso* (art. 9, L. n. 192/1998). La gara competitiva porta ad un'acquisizione di *forza* contrattuale; negarlo porterebbe a impedire lo svolgersi della

<sup>180</sup> Vedi ancora Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese*, cit., e ivi spec. pp. 551-ss., 569-ss.

<sup>181</sup> Sia concesso il rinvio a M. Bianchini, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica*, I, cit., cap. IV.

<sup>182</sup> *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, dell'11 ottobre 2011 (COM (2011) 635 final).

gara stessa, ormai priva dei necessari incentivi; ma così distorcendosi altresì il sistema del mercato, basato sulla libertà di iniziativa e sulla «possibilità di guadagno» (Ascarelli).

Ma, parlare – come pur si deve – del ruolo opportunistico dell'impresa (o anche soltanto di «professionista») rispetto al consumatore o ad altra impresa (professionista), e al contempo pretendere di espungere dall'analisi del rapporto contrattuale da quella(o) predisposto il tema della concorrenza che pur ne condiziona l'azione e la stessa organizzazione, oggi pare francamente insostenibile<sup>183</sup>, specie alla luce di una legislazione comunitaria sempre più chiaramente diretta a conformare in senso *pro-concorrenziale* il mercato – il luogo ove per l'appunto gli scambi per lo più si traducono in contratti.

Quanto detto sin qui, in fondo, impone allora di ritrovare la via perduta verso una corretta applicazione della *gerarchia delle fonti*, con particolare riferimento alle norme di protezione nella quale si articolano, appunto, con forme diverse e distinti livelli di intensità, le varie tutele poste a presidio della persona: la quale, perciò stesso, e in funzione della specifica tutela accordata agli interessi in gioco nei vari ambiti ordinamentali, si fa *soggetto, destinatario* di diritti e di obblighi. In questo specifico caso, e anzitutto, in ragione delle fonti positive (gli artt. 3 e 33 e seguenti del Cod. cons.): le quali, in tal modo, si riprendono un po' (non molto in verità) dello spazio ormai ampiamente sacrificato sull'altare della moderna interpretazione del diritto, pericolosamente incentrata sulla glossa del precedente giurisprudenziale, assunto ormai – la constatazione è pressoché unanime – a fonte del diritto (ma, in questo frangente, a dire il vero, il problema sorge soprattutto per l'opera corrosiva della giurisprudenza teorica).

Insomma, trattasi di dare ancora credito – in questo caso almeno – ad un sistema gerarchico delle fonti del diritto positivo che include – spesso lo si dimentica, a forza di far uso, in lungo e in largo, delle *clausole generali* – lo strumento cruciale della *riserva di legge*<sup>184</sup>: come, ad esempio, quella posta (sebbene implicitamente) nell'art. 41, comma 2°, Cost., relativamente ai limiti *esterni* (*i.e.*, non funzionalizzanti) all'attività d'impresa, costituiti dall'operare delle norme poste a tutela di *utilità sociale*<sup>185</sup>.

La riserva di legge, in questo frangente, sembra dunque poter assumere un ruolo di *filtro interpretativo* e finanche di regola ordinante dei valori e dei principi generali

<sup>183</sup> E, infatti, nel senso di riconoscere questa, direi ormai necessaria, connessione che attraversa, sia pure in modo diverso, i contratti *B2B* così come i contratti *B2C*, si vedano i contributi raccolti in G. Olivieri, A. Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, Laterza, 2008; nonché quelli raccolti in M. Maugeri, A. Zoppini (a cura di), *Funzioni di diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Il Mulino, Bologna 2009; inoltre v. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese*, cit., spec. pp. 550-s. e 567-ss.; Ead., *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in «www.Juscivile.it», 6, 2013, pp. 305-ss., *passim*.

<sup>184</sup> Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, cit., spec. p. 4-s.; Bin, Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, cit., spec. pp. 9-ss. e 52-ss.; Nania, *Le libertà economiche: impresa e proprietà*, cit., p. 268-269.

<sup>185</sup> Sul ruolo funzionalizzante di questo strumento, v. però Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., e ivi spec. pp. 282-s., *sub* nt. 14.

posti dalla Costituzione, impedendone una indiscriminata, seppure mediata, *Drittwirkung*<sup>186</sup>: un filtro operante dal basso (caso concreto) verso l'alto (generalizzazione di principi ritenuti trasversali), nell'ordine gerarchico delle fonti del diritto, e quasi si trattasse addirittura di un *filtro selettivo* delle norme costituzionali utilizzabili a fini interpretativi delle disposizioni di legge (o regolamentari).

In questo senso, si può anticipare la conclusione per la quale la disciplina delle clausole vessatorie (non meno di quelle poste a contrasto delle PCS di cui agli artt. 18 e seguenti, Cod. cons., né tanto meno di quelle che, nello specifico settore *BtoB*, sono imposte per regolare e vietare l'uso di pubblicità ingannevoli e/o comparative denigratorie, ecc.) sono tutele che primariamente *limitano* l'esercizio dell'*iniziativa economica*, ossia quella che si può definire come la specifica autonomia (contrattuale) d'impresa, attuando così il precetto contenuto nell'art. 41, comma 2°, Cost. Trattasi di normative positive che si articolano in modo differente – quanto ad ambito di applicazione e disciplina vera e propria – in ragione del ruolo socio-economico tipico rispettivamente assunto dalle parti di un rapporto (prevalentemente, ma non necessariamente) contrattuale sul mercato<sup>187</sup>. Assai bene si è scritto, sebbene con specifico

<sup>186</sup> In particolare v. in senso critico Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, cit., spec. pp. 4-ss. (sottolineandosi la necessità di limitarne l'applicazione, in specie rispetto all'autonomia privata: ivi p. 6-ss.); Id., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 6 (ove, a proposito dell'applicazione dell'art. 1175 c.c. in Italia, si legge che «questa clausola è stata valorizzata come tramite di inserzione nei rapporti intersoggettivi privati di diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, l'analoga funzione attribuita al § 242 BGB), oppure come mezzo di concretizzazione in tali rapporti di una clausola generale e costituzionale, ad esempio del principio di uguaglianza (artt. 3, comma 1°)». Ma cfr. G. Oppo, *Sui principi generali del diritto privato*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. VI, cit., ivi p. 6, il quale si dichiara favorevole ad una parziale e limitata apertura alla *Drittwirkung* dei «principi costituzionali», tramite le più importanti clausole generali: meritevolezza dell'autonomia contrattuale e buona fede-correttezza, oltre che «nel concorso alla determinazione dell'ordine pubblico e più in generale nel controllo della meritevolezza e liceità dei comportamenti e così della causa del contratto e della “ingiustizia” del danno o dell'arricchimento» nonché, con specifico ma critico riferimento al ricorso in chiave solidaristica, ex art. 2 Cost., alla figura dell'*abuso del diritto*, (ivi, p. 20 s.) e dunque anche con riguardo alla clausola dell'*utilità sociale* (e allora v. più specificamente Id., *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, *ibidem*, pp. 87-ss., ivi p. 90); tuttavia, l'A. cit. precisa che tale applicazione diretta dovrebbe avvenire sempre e comunque nei limiti in cui tali principi costituzionali siano «autosufficienti, quanto al contenuto, alla capacità di conoscenza e osservanza da parte dei destinatari, alla sanzione della loro violazione e sempre che la loro attuazione non sia espressamente subordinata all'intervento della legge». Per una decisa ammissibilità della *Drittwirkung*, v. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-comunitario delle fonti*<sup>3</sup>, cit., spec. pp. 164-s. e 204-206.

<sup>187</sup> Scrive G. Oppo, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, ora in Id., *Scritti giuridici* vol. VII, Cedam, Padova 2005, pp. 198-ss., ivi p. 205, che il «contratto d'impresa si inserisce non solo nell'attività d'impresa, ma nel mercato, e nel mercato le imprese e la loro “iniziativa” entrano in contatto con interessi delle collettività e con l'utilità sociale, assumendo secondo l'opinione di molti, la “responsabilità sociale” per uno “sviluppo sostenibile”». Il compianto Studioso nel medesimo contributo (ivi, pp. 205-206), ha inoltre sostenuto la tesi per la quale il suddetto «contatto non nuoce – contro quanto si è da altri ritenuto – alla natura contrattuale dell'atto di autonomia né alla sua considerazione unitaria e non sostituisce una «autonomia d'impresa» alla autonomia contrattuale; penetra invece nella funzione (o causa) del contratto accanto alla meritevolezza codicistica o come espressione della stessa e la qualifica e arricchisce, non la contraddice [...] Non si può fare del coordinamento con l'interesse generale (solo) un fatto distinto anziché una componente dell'atto di autonomia». Se ben si comprende, secondo questa autorevole tesi, sarebbe auspicabile far im-

riferimento alle PCS, ma con una riflessione che mi pare tuttavia generalizzabile, quanto meno, alle discipline contenute, quanto meno, nella Parte III, nella Parte V nonché nel Titolo III della Parte IV, del Codice del consumo che queste – e dunque anche l'introduzione nei contratti in serie di clausole abusive – «sono prese in considerazione in tanto e in quanto 'atti' idonei a generare una distorsione dei comportamenti di mercato dei consumatori, e per questa via, una distorsione del gioco concorrenziale efficiente quale il legislatore lo ha concepito e 'regolato'»<sup>188</sup>.

I ruoli socio-economici individuati e tipizzati dalla legge – e così la distinzione tra contratti *BtoB* (*Btob*) e *BtoC*, ove la costante venga finalmente riconosciuta nella disciplina dell'attività d'impresa in un contesto concorrenziale, e non nella protezione della parte debole – nello stesso momento in cui essa pone anche la norma elastica (clausola generale, come l'abuso, la buona fede, la correttezza ecc.), paiono così tradursi in caratteri giuridici del mercato, idonei a fornire agli operatori giuridici un punto di riferimento, una direttiva interpretativa, utile al fine di ricostruire la dinamica dell'abuso della libertà contrattuale – quella che talora si è voluto ricondurre ad una generica istanza di «giustizia», «equità», su basi solidaristiche – nell'ottica di un necessario bilanciamento tra necessità di un pronto adeguamento alle rapide evoluzioni del mercato, da un lato; ed esigenze di certezza e di affidamento sui suoi principi informativi – la concorrenza *in primis* – che gli stessi operatori ripongono nel suo ordine giuridico, dall'altro.

mergere (per così dire) la stessa *causa* del contratto nel contesto socio-economico ove il contratto si colloca, il mercato, impregnandone giuridicamente i valori di cui essa si farà strutturalmente portatrice nell'ambito del singolo accordo. Questa impostazione, che farebbe assumere una *causa* del contratto una nuova e arricchita *funzione economico-sociale* (non solo economico-individuale, dunque) non appare da respingere di per sé. Tuttavia, a mio sommo modo di vedere – e specie se si pone in correlazione con le numerose funzioni attribuite all'elemento della causa del contratto come filtro del riconoscimento giuridico delle espressioni di privata autonomia (anche d'impresa) – questa soluzione andrà maneggiata con estrema cautela, perché attraverso di essa si rischia di permettere una non condivisibile *funzionalizzazione* della stessa autonomia d'impresa a scopi che le sono naturalmente estranei e/o antagonisti; e questa mi pare anche la preoccupazione di Ascarelli, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, cit., pp. 148-149, quando afferma che «[l]a valutazione dell'attività fa capo a quella che è la sua finalità, finalità che a sua volta si riflette nella coordinazione dei singoli atti nell'esercizio di un'attività, ma che rimane estranea alla causa dei singoli atti». I *limiti di utilità sociale*, pur necessari, dovrebbero – io credo –, rimanere *sempre* intesi e ricostruiti come limiti *negativi o esterni* rispetto alla libertà di iniziativa economica, giammai diventare limiti strutturali o intrinseci agli atti di autonomia dell'imprenditore nei quali quella si traduce, come appunto rischierebbe di portare a ritenere una nuova e ulteriore colorazione causale in senso *sociale* dei contratti d'impresa (in quanto contratti *dell'impresa*). Sul tema, v. ancora Libertini, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, cit., pp. 280-284. Per le evoluzioni del concetto di causa contrattuale, e in particolare per l'attitudine di ravvisare in tale elemento del contratto (art. 1325, n. 2), c.c.), ora uno strumento di controllo dell'esercizio dell'autonomia dei privati, ora addirittura uno strumento di riequilibrio della congruità dello scambio, v. recentemente Girolami, *L'artificio della causa contractus*, cit., spec. pp. 51-ss. e 113-ss.

<sup>188</sup> C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in Bellavista, Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, cit., ivi p. 163. E v. già A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti d'impresa e disciplina della concorrenza*, in «Rivista di diritto civile», 2008, I, pp. 515-ss.

4. «È il mercato, bellezza!» Ovvero: il «prezzo» da pagare alla costruzione qui proposta (intorno alla rinascita della categoria dei «contratti d'impresa»)

Certo – e come già si preannunciava nel paragrafo 3.1 – per poter aderire a questa impostazione c'è un ... *prezzo da pagare*; e per sdrammatizzare ulteriormente, si potrebbe aggiungere: «è il mercato, bellezza!»<sup>189</sup>.

L'impostazione qui proposta – che, ripetesi, è in fondo null'altro se non la ri-proposizione, sul punto, di un ordine gerarchico delle fonti positive che ne valorizza il susseguirsi e l'articolarsi a partire dalla legge, rispetto alla correlativa disposizione costituzionale di copertura, l'art. 41 – impone logicamente di riconoscere la mutevolezza della risposta dell'ordinamento, in ordine alla tutela della libertà contrattuale, *in funzione*, per l'appunto, della variabile «commerciale» ovvero «civile»<sup>190</sup>, non tanto dei contratti, quanto, più accuratamente, della posizione socio-economica di volta in volta assunta dalla controparte del «professionista» (o dell'imprenditore *tout court*). Una risposta dell'ordinamento che poi si traduce in precise e specifiche varianti della disciplina applicabile al rapporto ed è capace di incidere finanche nell'interpretazione – *recte*, nella *concretizzazione*<sup>191</sup> – delle clausole generali, inclusa quelle relative all'abuso della libertà contrattuale, nei rispettivi ambiti di applicazione delle stesse<sup>192</sup>.

In ultima analisi, l'elemento differenziale si lascia cogliere ancora una volta in ragione delle diverse funzioni in base alle quali (e per le quali) si accede al, e/o si opera nel, mercato. Differenza che la scienza economica ha da tempo chiaramente

<sup>189</sup> Nell'utilizzo, in questa sede, di questa alquanto informale espressione, mi conforta la lettura del titolo: «è la stampa, bellezza! Regole e interessi nell'informazione economica», del vol. n. 2/2006 (a cura di F. Vella) della *Rivista* semestrale «Analisi Giuridica dell'Economia». La frase originale è stata resa famosa da Humphrey Bogart, che la pronuncia alla fine del film «L'ultima minaccia» («Deadline», U.S.A., 1952) e che così recita: «That's the press, baby! The press. And there's nothing you can do about it. Nothing!» («È la stampa, bellezza! La stampa. E tu non puoi farci niente. Niente!»).

<sup>190</sup> Secondo la terminologia utilizzata da Calvo, *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, cit., p. 62. Ma occorre considerare altresì la funzione dei contratti di lavoro, che, per il professionista-imprenditore, sono contratti c.d. di *organizzazione*, attraverso i quali egli si procaccia il fattore della produzione, onde poi esercitare la propria attività caratteristica sul mercato di sbocco; per il lavoratore, d'altra parte, si tratta di procurarsi il reddito. Entrambe le parti cercano di massimizzare le proprie rispettive utilità a fini di profitto (si parla del resto, seppure con espressione non felice, dati i valori in gioco, di «mercato del lavoro»). Sul punto, vedi M. Napoli, *Categorie generali e specialità nel diritto privato: il diritto del lavoro*, in laia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali - Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, cit., ivi spec. pp. 255-ss.

<sup>191</sup> Da ultimi, con ricchezza di riferimenti bibliografici ulteriori, Patti, *L'interpretazione delle clausole generali*, cit., p. 265-ss.; C. Luzzati, *La «normalizzazione» delle clausole generali*, cit., pp. 172-ss.

<sup>192</sup> Mi pare che a ciò conduca l'analisi del fenomeno delle clausole generali allorché venga utilizzato nel contesto dell'esercizio dell'attività e in particolare nei rapporti endosocietari, così come condotta Fois, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, cit., spec. pp. 434-ss. E alcuni spunti in tal senso si ritrovano già in D. Preite, *L'«abuso» della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Giuffrè, Milano 1992, spec. pp. 5-ss., 41-ss. e 71-ss., cap. II, sez. I e II. Vedi anche Meruzzi, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., spec. pp. 369-ss. e 452-ss. Per un'analisi dei rapporti di specialità delle clausole generali operanti in settori specifici («micro-sistemi normativi») vedi M. Libertini, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in «Contratto e impresa», 2009, pp. 73-ss.

suddiviso in *funzione produttiva e funzione di consumo*<sup>193</sup> (e se si vuole, *funzione di risparmio*). Per l'appunto sulla base di questa netta distinzione funzionale dei soggetti regolati credo si articolino oggi, non soltanto le fattispecie di *abuso* sparse nelle altre leggi speciali, testi unici settoriali e relative ai rapporti *B2B* e *B2b*, ma anche e primariamente la disciplina contenuta nel Codice *del consumo*.

Di tale consapevole distinzione di funzioni in forza delle quali si accede al mercato – distinzione che così trova una trasposizione organica e sistematica sul piano giuridico – mi sembra costituire una (sia pur indiretta e non conclusiva) conferma il fatto che quello non sia stato denominato il codice *dei consumatori* (come pure si era da più parti proposto). Esso, infatti, regola il *rapporto* che si instaura tra *professionista* e *non professionista*, in ragione di una presenza stabile del primo, e di un accesso al mercato da parte del secondo di tipo occasionale, benché ripetuta, e *a fini di consumo*.

Ma (e questo è un dato che viene spesso dimenticato o sottovalutato) il Codice del consumo consta di una regolazione – talora assai minuta, talora affidata a clausole generali – accomunata dall'aver ad oggetto, primariamente ed essenzialmente, le condotte imputabili al *professionista* (e alla sua organizzazione) e non già al *consumatore*, così come quelle tipicamente si danno nell'ambito di ogni specifico *rapporto di consumo*: una più diretta conferma si ritrova nell'art. 39, Cod. cons.<sup>194</sup>, ove il diretto riferimento alle «attività commerciali» svela – ritengo – la reale valenza dell'intero plesso normativo di settore, ossia quella di costituire una parte integrante dell'attuale statuto dell'imprenditore commerciale, piccolo e no<sup>195</sup>.

Da ciò già emerge, insomma, come il Codice del consumo integri primariamente ed essenzialmente un'articolazione delle discipline dell'*attività economica professio-*

<sup>193</sup> Ma v., per una limpida distinzione tra ruoli assunti sul mercato (e che, oltre all'*imprenditore* e al *consumatore*, include anche il soggetto *erogatore* di beni o servizi a fondo perduto), sebbene svolta in tempi ormai lontani e da parte di un Autore certamente non sospettabile di troppa indulgenza verso l'analisi economica del diritto, A. Genovese, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Cedam, Padova 1990, spec. pp. 36-ss. Inoltre A. Lupoi, *Introduzione*, in *Lezioni di diritto dei mercati finanziari*, in corso di pubblicazione (testo consultato grazie alla cortesia dell'Autore) e G. Meo, *Consumatori, mercato finanziario e impresa: pratiche scorrette e ordine giuridico del mercato*, in «Giurisprudenza Commerciale», 2010, I, pp. 720-ss., spec. pp. 724-ss. e 729-ss.

<sup>194</sup> I trattati e i commentari aventi ad oggetto l'analisi delle norme che costituiscono del Codice del consumo dedicano solitamente assai poco rilievo (e spazio) alla trattazione di questa norma; né si registra molta attenzione da parte della dottrina né della giurisprudenza alle implicazioni sistematiche alla quale essa sembra aprire (e sulle quali sia consentito rinviare a M. Bianchini, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica*, I, cit., spec. pp. 378-ss.). Ma vedi ora, in parziale controtendenza, G. Vettori, *Regole nelle attività commerciali (art. 39)*, in Vettori (a cura di), *Contratto e responsabilità*, I, cit., pp. 535-544.

<sup>195</sup> V. ancora se vuoi Bianchini, *La contrattazione d'impresa*, cit., pp. 378-379; su un piano più generale cfr. inoltre Mazzoni, *L'impresa tra diritto ed economia*, cit., spec. pp. 664-ss. Peraltro, le ultime modifiche apporrate all'art. 19 Cod. cons. (dall'art. 7, co. 2°, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con modific., nella l. 24 marzo 2012, n. 27) sembrano coinvolgere espressamente una nuova articolazione di quella figura imprenditoriale di cui già all'art. 2083 c.c. (v. l'art. 5, co. 1°, lett. a), l. 11 novembre 2011, n. 180), e che viene frammentata ulteriormente nella sottocategoria delle «*microimprese*», la cui posizione, ai fini dell'applicazione delle PCS, viene equiparata a quella del «*consumatore*» (di cui all'art. 18, comma 1°, lett. a), Cod. cons.). Per la definizione di «*microimprese*», v. *infra*, sub nota. 215.

nale (così ponendosi accanto al T.U.F., al C.A.P. al T.U.B., al Codice del turismo ecc.) dell'attività economica professionale, relativa a quella serie di pur distinti rapporti instaurati tra i professionisti e i non professionisti (i consumatori, nelle loro varie articolazioni)<sup>196</sup>: una disciplina vertente sulle attività che si svolgono sul mercato, ma, come ora detto, con differenti finalità e in base ai ruoli ivi tipicamente assunti, giustappunto, in funzione della finalità di accesso al mercato medesimo.

Come osservato nel par. 3.4, il baricentro dell'intervento eteronomo, la costante chedavvero interessa al legislatore europeo disciplinare è l'attività professionale che innerva il mercato; pertanto, il destinatario comune, colui che risulta «colpito» dagli obblighi di legge (e regolamentari) non è tanto il consumatore, il cliente della banca, l'investitore, l'assicurato, il turista viaggiatore, ecc., bensì la parte professionale di ciascuna di tali categorie di rapporti, tendenzialmente contrattuali (o quanto meno prodromici alla stipulazione di un contratto, come nel caso delle PCS; e ciò ad ulteriore conferma che non è l'atto, ma l'attività professionale e organizzata ad essere destinataria delle norme relative ai rapporti B2C e B2b<sup>197</sup>) e tendenzialmente seriali, il cui contenuto risulta unilateralmente predisposto da tale parte professionale, in un contesto di programmazione-organizzazione della propria attività economica, svolta sul e per il mercato<sup>198</sup>.

Tutto ciò concorre, insieme ad altri fattori, sui quali in questa sede non si può indugiare, a specializzare la disciplina applicabile ai rapporti di mercato – cioè i contratti – in funzione del peculiare ruolo che il soggetto riveste nel singolo settore economico considerato, e in relazione alla specifica operazione: l'avvocato che compra un frullatore per la propria casa, è un consumatore; quando acquista il toner per la

<sup>196</sup> Su questi temi, sia permesso rinviare a Bianchini, *La contrattazione d'impresa*, cit., spec. pp. 371-ss., 382 s., 420 e 424-ss. Inoltre, con particolare riferimento alle pratiche commerciali scorrette, come disciplina dell'attività e non (solo) dell'atto, v. G. Scognamiglio, *Le pratiche commerciali sleali: disciplina dell'atto o dell'attività?*, in Rabitti Bedogni, Barucci (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, cit., t. II, spec. pp. 1221-ss., e *passim*. In tal senso mostra poi di orientarsi anche una parte della dottrina civilistica: v. in particolare; Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 703; N. Zorzi Galgano, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in «Contratto e impresa», 2011, pp. 921-ss., ivi p. 922-s.; G. Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in «www.Juscivile.it», 2013, 5, pp. 295-ss., ivi pp. 298-s.; Camardi, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., e ivi spec. p. 334.

<sup>197</sup> Si noti infatti come la parziale soggezione delle piccole e micro imprese alle tutele predisposte dalle PCS, in forza delle recenti modifiche apportate all'art. 19, comma 1°, Cod. cons., dall'art. 7.2, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. con modif. nella l. 24 marzo 2012, n. 27, sembri confermare l'attrazione di tale disciplina a quella del mercato concorrenziale: l'unificazione della tutela dei rapporti B2C e B2b avviene sul piano della concorrenzialità della gara competitiva (che si svolge sull'arena mediatica) e non già sul piano della difesa della persona *tout court*.

<sup>198</sup> Angelici, *La contrattazione d'impresa* cit., spec. pp. 191-ss.; G. Capo, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. pp. 86-ss e 90-ss.; Sambucci, *Il contratto dell'impresa*, cit., spec. pp. 76-s. e 265-ss.

stampante del proprio studio è un *professionista* (i.e., non è un consumatore). E l'impatto sul piano del «*quid ius?*», i.e., del diritto applicabile, è evidente: nel primo caso si applicano le regole previste dagli artt. 33 ss. Codice del consumo, nel secondo no, ritornandosi all'applicazione primaria dei soli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c. Naturalmente, le regole potrebbero in teoria essere diverse: ad esempio, prevedendosi che le persone *fisiche*<sup>199</sup> siano *sempre* da considerarsi come *consumatori*, a prescindere dalla *ragione* per cui agiscono sul mercato; e così ampliandosi l'area di tutela contro gli (eccessivi) squilibri tra diritti e obblighi contrattuali. Il fatto che non sia così, credo concorra a dimostrare che è la *funzione* della partecipazione allo scambio che più interessa, giacché è quella in ragione della quale si possono determinare, non (sol) tanto le asimmetrie (specie informative) tra le parti, ma soprattutto i criteri di distribuzione dei costi necessari per ovviarle (oltre che gli eventuali incentivi e disincentivi utili per ridurli). E il *ruolo* viene confezionato dalla legge positiva in corrispondenza di tale funzione e al fine di far operare la disciplina soltanto laddove si riscontri il corrispondente meccanismo direttamente o indirettamente (a mezzo di incentivi) redistributivo dei costi di transazione.

La struttura della disciplina consumeristica, insomma, opera in base alla funzione dell'agire sul mercato, tenendo in considerazione (confrontando) il peso relativo dei costi di transazione rispetto alla tipologia dei soggetti che dovrebbe sopportarlo. Ma ciò avviene in un'ottica di efficienza del mercato, inteso in senso concorrenziale, non solo, e direttamente, dell'efficienza dell'unitario rapporto di mercato isolatamente considerato: cioè senza che l'intervento a tutela della libertà contrattuale risulti specificamente diretto alla protezione del singolo contraente, giacché un siffatto intervento, specie se riguardato nell'ambito del singolo rapporto assumerebbe caratteri paternalistici<sup>200</sup>; e il costo della solidarietà verso il contraente-persona – apparentemente ineccepibile, specie nel nostro contesto socio-culturale – si tradurrebbe – così come sostenuto Friedman con riguardo all'improponibilità di una teoria della cosiddetta

<sup>199</sup> Le quali spesso vengono teorizzate come *parte debole* per antonomasia; ma anche in tale ambito occorrerebbe talora distinguere: Mr. Bill Gates non appare certo porsi come una *parte debole* ove si trovasse a trattare con un istituto di credito le condizioni di un prestito personale, mentre il sottoscritto senza dubbio lo sarebbe. Ecco perché la disciplina del Codice del consumo richiede il riscontro di una doppia condizione, una *soggettiva* e l'altra *soggettiva-oggettiva*, onde applicare la tutela del consumatore: l'essere la controparte del professionista una persona *fisica* e il fine *esclusivamente* di consumo del suo agire sul mercato.

<sup>200</sup> Sul paternalismo del legislatore v. Rodotà, *Persona-Consumatore*, cit., p. 20. Inoltre, cfr., ad es., F. Cosentino, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in «Quadrimestrale», 1993, pp. 119-ss., secondo il quale l'ordinamento priverebbe di efficacia le (altrimenti libere) scelte delle parti al fine di «evitare loro spiacevoli conseguenze, che si presumono non adeguatamente prese in considerazione al momento della definitiva espressione della volontà» (ivi, p. 120); inoltre cfr. A.T. Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, in «Yale Law Journal», 1988, 93, pp. 763-ss., secondo il quale – come scrive De Poli, *La contrattazione*, cit., p. 60, *sub* nt. 156 – il paternalismo può indirizzarsi «vuoi a fini di tutela della persona, vuoi a fini di tutela di particolari situazione di debolezza, come l'incapacità e la minore età», e P. Pergel, *Paternalism and Contract: a Critique of Anthony Kronman*, 10 «Cardozo Law Review» (1988), pp. 593-ss.



«responsabilità sociale dell'impresa»<sup>201</sup> – nell'imposizione indiretta sull'impresa di un balzello improprio (anzi illecito perché posto in violazione dell'art. 23, Cost.). E, nel lungo periodo, potrebbe portare finanche al *fallimento del mercato*, impedendo – cioè *sterilizzando*, attraverso la garanzia *ex lege* di un'eccessiva compensazione, concessa per via eteronoma, dei costi transattivi sostenuti dalla parte *debole*, a discapito di quella ritenuta *forte* – lo svolgersi di una dinamica concorrenziale genuinamente diretta a concretizzare una legittima aspirazione alla massimizzazione del profitto o, se si vuole, legittimamente diretta a *vincere* l'agone competitivo instaurato sul *mercato rilevante* da ciascuna impresa nei confronti delle altre.

Non si tratta dunque una disciplina a tutela della *persona in quanto tale*, quanto, piuttosto, di una disciplina dell'impresa, intesa – ripetesi – come essenziale componente del mercato<sup>202</sup>. La difesa del consumatore va al di là della sua «umanità», ed è da considerarsi un *mezzo* per garantire la concorrenzialità al mercato, e *non un fine* in sé. Pertanto, in questo frangente, il *consumatore* diventa – come già aveva ben intuito Ascarelli all'inizio degli anni '50 del XX secolo – il «*proxy*» del mercato, ossia termine di confronto dell'impresa con lo stesso sistema di mercato<sup>203</sup>. La disciplina che

<sup>201</sup> M. Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, in «The New York Times Magazine», 13 Settembre 1970.

<sup>202</sup> Per tutti v. C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in A. Bellavista, A. Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, cit., e ivi pp. 143-s., ove si legge che «il Diritto dei Consumi tenderebbe ad allontanarsi, nella sua recente evoluzione, dal modello di un Diritto privato dei consumatori, per avvicinarsi ad un modello sempre più di Diritto delle imprese e del mercato. E ciò ad onta del crescente catalogo dei 'diritti fondamentali' dei consumatori e degli utenti, che il nostro Codice [del Consumo, art. 2, n.d.a.] esibisce nell'incipit della sua parte generale».

<sup>203</sup> A ciò porta, in definitiva, anche il ragionamento di C. Cost. n. 469/2002, cit. (si tutela il consumatore non tanto perché *contraente debole*, ma perché attraverso esso si tutela il dinamismo concorrenziale del mercato); ma in passato, questo cruciale punto di snodo viene espresso con non comune sensibilità anticipatrice da T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, cit., spec. p. 935, laddove si configura – quando ancora la categoria del consumatore non aveva assunto una dimensione giuridica – una contrapposizione dialettica tra la «tutela di un interesse [...] dell'astratto consumatore (o se si preferisce della massa di consumatori)», che diventa tutela dell'interesse generale dell'integrità del mercato e la «tutela di un interesse che potremmo dire privilegiato dell'imprenditore». In seguito, cfr. in senso conforme: V. Buonocore, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in Stanzione (a cura di), *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, cit., pp. 116-ss., spec. pp. 120, 122, 134-135 (ove si cita Ascarelli); e, più recentemente, Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit. p. 43-44; S. Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in Vettori (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., ivi pp. 98-99, il quale, prendendo spunto dalla disciplina comunitaria della vendita dei beni di consumo, ma con considerazioni che, secondo l'A., sarebbero suscettibili di estensione ai trattati e all'intera legislazione europea, si afferma che «il consumatore è individuato dal legislatore comunitario come il soggetto più adeguato – perché portatore di un interesse diretto – alla messa in opera di quell'apparato normativo, fatto di diritti, rimedi e tutele, che è volto anche a conformare giuridicamente il mercato», e pertanto concludendo che «il consumatore non è tutelato perché soggetto debole del rapporto giuridico, ma in quanto promotore di un determinato atto di consumo che influenza il mercato»; P. Sirena, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina del contratto*, in «Rivista di diritto civile», 2004, I, pp. 787-ss., ivi spec. p. 793 («la tutela del consumatore [...] costituisce un obiettivo strumentale all'instaurazione e al funzionamento del mercato unico»); inoltre, C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 163, sottolinea, con riguardo alla disciplina delle PCS (artt. 18-ss., Cod. cons.), che la «figura del 'consumatore medio', [di cui all'art. 20, comma 2°, Cod. cons., n.d.r.] assunta

viene detta (con un'espressione vagamente mistificante) del *contratto del consumatore* integra, in realtà, una normativa che regola in notevole dettaglio l'*attività* (che però è attività «*economica*») della parte professionale, allorché si rapporti, sul mercato, con il consumatore (e ora, grazie alla disciplina delle PCS, il riferimento della *scorrettezza* della pratica commerciale viene rapportata, quanto meno nella fase pre-contrattuale, al «consumatore medio», di cui all'art. 20, comma 2°, Cod. cons.<sup>204</sup>): essa certamente difende il «consumatore» – *recte* la sua «libertà di assumere decisioni di natura commerciale»<sup>205</sup> – ma perché egli rappresenta il soggetto *necessario* da tutelare in funzione della difesa/preservazione dello stesso sistema di mercato, intuibile essendo che un mercato senza una figura analoga a quella enucleata nella definizione giuridica di «consumatore» (art. 3, comma 1°, lett. *a*), e art. 18 comma 1°, lett. *a*), Cod. cons.) non può nemmeno esistere: così come, d'altra parte, non si dà un mercato senza l'impresa.

Nei rapporti *B2C* (ma non solo), si riguarda la tutela del mercato sulla tutela del consumatore, quasi per sineddoche: ossia, ripetesi: tutelando il primo (il soggetto, persona fisica, qualificato dal suo agire sul mercato per esclusive finalità di consumo) si tutela la esistenza stessa del secondo (il mercato, appunto) e il suo modo di funzionamento concorrenziale. Ma ciò – non sfugga – non implica di necessità la conseguenza di poter risolvere nei principi e norme imposti per la tutela del consumatore (*recte*, per fronteggiare lo squilibrio che caratterizza il suo rapportarsi con l'impresa) il più articolato problema dell'asimmetria di forza contrattuale: l'articolazione del mercato (troppo spesso declinato al singolare) impone un'articolazione delle tutele, in ragione delle specificità dei settori economici in cui quello si *frammenta* (i *mercati rilevanti*) e delle correlative caratteristiche soggettive delle parti<sup>206</sup>.

Un po' come *mutatis mutandis* sembrerebbe accadere – ove fosse concesso azzardare un simile paragone – rispetto alle tradizionali tecniche (e alle norme poste a difesa) dell'integrità del *capitale sociale* (quanto meno nel sistema europeo delle società di capitali medio-grandi<sup>207</sup>), il quale rappresenta certamente l'entità globale e fissa

quale parametro di valutazione della scorrettezza [delle «pratiche commerciali tra professionisti e consumatori», così come definite nell'art. 18, comm 1°, lett. *d*), n.d.a.], è [...] la metafora attraverso la quale il legislatore manifesta la sua concezione di mercato, come luogo nel quale i professionisti non è dato 'giocare' oltre e contro le regole della trasparenza, e tanto allo scopo di garantire la 'sovranità' dei consumatori e delle loro scelte, quali giudici ultimi dell'efficienza delle imprese».

<sup>204</sup> Sul punto v. F. Denozza, *Aggregazioni arbitrarie v. «tipi» protetti: la nozione di benessere del consumatore de-costruita*, cit., spec. pp. 1064-ss.; L. Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 688; N. Zorzi Galgano, *Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in «Contratto e impresa», 2010, pp. 432-ss., p. 451; G. Grisi, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, cit., p. 297; C. Camardi, *Pratiche commerciali corrette e invalidità*, cit., pp. 150-ss.

<sup>205</sup> Tenella Sillani, *Pratiche commerciali scorrette e tutela del consumatore*, cit., p. 775.

<sup>206</sup> In tal senso, v. ad es. P. Perlingieri, *La contrattazione tra imprese*, cit., p. 326 s.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit. p. 478.

<sup>207</sup> V. recentemente la Direttiva n. 2012/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012,

(salvo modifiche dell'atto costitutivo) degli investimenti in capitale di *rischio* effettuati dai *residual claimants* delle società<sup>208</sup>, e sulla restituzione dei quali i soci – specie quelli di minoranza, che, nel contesto delle cosiddette società quotate, mostrano tratti molto simili a quelli assunti dai «consumatori» nell'ambito della contrattazione d'impresa<sup>209</sup> – ripongono un'aspettativa meritevole di tutela, sebbene essa risulti postergata al soddisfacimento integrale dei creditori sociali (arg. ex artt. 2394, 2467 e 2486 ss. c.c.) e (ma il punto è dibattuto) dei detentori di strumenti finanziari partecipativi<sup>210</sup>.

Eppure, al capitale sociale sono al contempo assegnate ulteriori funzioni: anzitutto, una funzione organizzativa (rilevante soprattutto nei rapporti tra soci e tra soci e società) e, inoltre, una funzione produttiva (rilevante soprattutto per l'esercizio dell'attività economica). Ma la sua conservazione obbligatoria durante la vita dell'impresa (società) non integra un vincolo soltanto organizzativo e/o produttivo dell'attività economica esercitata rispetto ai soci – che dunque sono i primi e diretti interessati a non vederlo sfumare per l'opera imprudente, imperita o addirittura opportunistica dei gestori cui l'hanno affidato per la sua massimizzazione – ma è altresì, e indirettamente, uno strumento (sebbene oggi non l'unico né tanto meno insostituibile: cfr. l'art. 2463-*bis*, c.c.) posto a difesa delle ragioni creditorie di coloro che trattano con la società (e così si fa riferimento alla cosiddetta funzione di *garanzia generica* del capitale sociale).

Anche in questo particolare contesto, pertanto, si tutelano in via immediata certi interessi, inerenti alla conservazione del capitale sociale, di cui sono formalmente portatori certe categorie di soggetti, attraverso l'imposizione di certi comportamenti e/o l'attribuzione di certi diritti soggettivi e facoltà, al fine ultimo di conservare un equili-

sul coordinamento delle garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'articolo 54, par. 2°, del TFUE, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa, ove si ribadisce la necessità di un capitale sociale minimo per le *società per azioni*, ossia il tipo sociale commerciale che tutt'oggi necessita per la sua stessa costituzione ed esistenza (pena cioè lo scioglimento della società: cfr. gli artt. 2447 e 2484 c.c., salvo ricorrano particolari presupposti, legati allo *stato di crisi* dell'impresa e al deposito di una domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero diretta all'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti: art. 182-*sexies*, l. fall.) di un capitale sociale minimo, e che in Italia come è noto è pari a 120.000 euro (cfr. l'art. 2326 c.c.); e ciò a differenza della nuova variante della società a responsabilità limitata (artt. 2462 - ss., c.c.), la s.r.l. a capitale ridotto semplificata, di cui all'art. 2463-*bis*, c.c. (*i.e.*, un sotto-tipo di società di capitali ormai diffuso presso tutte le maggiori legislazioni europee, a cominciare dalla *limited* inglese, che ha innescato una «concorrenza tra ordinamenti»).

<sup>208</sup> E in ciò differenziandosi dal concetto di patrimonio netto, che è entità variabile: sul punto v. per tutti, L. De Angelis, *Elementi di diritto contabile*, Giuffrè, Milano 2013<sup>3</sup>, spec. p. 27-s.

<sup>209</sup> V. infatti T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*<sup>3</sup>, Milano, Giuffrè, 1962, p. 103 s., ove nella «struttura interna delle società, di fronte alla pressoché costante preconstituzione di un gruppo di comando [...] si pone il problema della tutela dell'azionista (che poi, ... è quello della maggioranza degli azionisti) e, ancor prima, quello della concentrazione de potere economico nelle mani dei pochi che controllano le imprese», le quali così sono messe in condizione di accentrare la produzione industriale: da qui emerge l'importanza del collegamento tra diritto societario e diritto *antitrust*.

<sup>210</sup> Da ultimo v. anche E. Barcellona, *Rischio e potere nel diritto societario riformato – fra golden quota di s.r.l. e strumenti finanziari di s.p.a.*, Giappichelli, Torino 2012, spec. pp. 24 e 65-ss.

brio generale, ossia la stessa *viability* del congegno societario (lì, del mercato), che, in quanto forma organizzata di impresa, non a caso integra un fondamentale strumento di esercizio dell'iniziativa economica (art. 41, Cost.).

Senza contare che in questo specifico frangente, è evidente che non siamo in presenza di un'unica matrice valutativa, bensì di una serie di conflitti di interessi, ciascuno rilevante per l'ordinamento, giacché si riscontrano, quanto meno (e ad esempio) quelli tra soci e amministratori e quelli tra gli stessi soci e i creditori sociali e tra gli stessi soci (minoranze *vs.* maggioranze, eventualmente in un contesto di gruppo di società). E senza contare, inoltre, che, anche in questo contesto, ciascuna di tali categorie di soggetti risulta costruita – *in primis* dallo stesso diritto positivo – in base ai ruoli tipici rivestiti nel micro-universo societario (utile è qui la prospettiva offerta dalla *nexus of contracts theory*) in base ai quali si scorgono le dinamiche di una serie articolata di conflitti a cui il diritto societario dedica norme specifiche: ad esempio, diversi sono i conflitti contemplati nell'art. 2373, rispetto agli artt. 2391 e 2391-*bis*, c.c.; e si confronti l'art. 2394, comma 3°, c.c., ove si disciplina il rapporto tra l'azione contro gli amministratori da parte dei creditori sociali, rispetto a quella, diversa, promossa dalla società, ossia dalla maggioranza dei soci, *ex* 2393 c.c.; e nell'art. 2497 c.c., ancor meglio si esprime la pluralità dei conflitti tra i diversi *stakeholders* che gravitano intorno alla società: società (soci-di-maggioranza)-soci di minoranza; società (maggioranza)-creditori sociali.

Ma nessuno, credo, pretenderebbe di tutelare il socio, il creditore o l'amministratore di società, quand'anche si trattasse di persone fisiche (e quand'anche il socio avesse investito in azioni o quote della società emittente a mero fine di risparmio, al netto della normativa sull'«*appello al pubblico risparmio*» e/o sulla collocazione di «*prodotti finanziari*», come disciplinate nel T.U.F.), in quanto persone *tout court*. La loro disciplina è traguadata sull'organizzazione di un'attività economica e sugli interessi tipicamente perseguiti da coloro che, in tale contesto specifico, rivestono certi ruoli. Ove poi la società faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, il conflitto tra gestori (*incumbers*) e minoranze (*outsiders*) si innesta *anche* nel complesso tessuto normativo e regolamentare relativo alla sollecitazione, al collocamento e della circolazione – appunto a mezzo di contratti – degli strumenti finanziari che di quelli costituiscono oggetto, articolando ancora di più la complessità delle fonti di disciplina dei soggetti identificati sulla base delle posizioni assunte sul mercato.

Tornando al punto, va dunque riconosciuto che le scelte di politica del diritto che si celano dietro questa differenziazione degli specifici *ruoli* svolti sul mercato e *imputabili* (non solo economicamente ma anche giuridicamente) ai soggetti coinvolti nelle correlative operazioni economiche – opzioni peraltro chiaramente *storicizzabili*, e non certo accreditabili come parte di un preteso diritto naturale direttamente afferente alla persona umana come tale – hanno a che fare con molti fattori, per lo più riferibili ad analisi comparative dei costi di approvvigionamento delle informazioni per ovvia-

re alle cosiddette *asimmetrie informative*; fattori che si possono tuttavia sintetizzare, sul piano giuridico, individuando l'elemento differenziale che muove il professionista nell'esercizio – per l'appunto *professionale* – dell'attività economica (d'impresa).

La differenza risiede dunque nell'esistenza di un'*organizzazione* tendenzialmente stabile capace di caratterizzare funzionalmente e strutturalmente in senso economico e produttivo la stessa attività contrattuale del soggetto – di *quel* particolare soggetto – che agisce stabilmente nello specifico mercato (il soggetto è anzi individuato in funzione dell'esercizio organizzato di una particolare *attività*) e che è poi dal Codice del consumo definito quale «professionista»: e ormai si può apprezzare come il termine prescelto non sia affatto casuale e rechi con sé notevole pregnanza di significato. Ammettere la prevalenza del sistema di economia di mercato – e nessuno oggi seriamente ne dubita, a prescindere dalle diverse valutazioni circa il grado della sua efficienza, moralità o «equità» – significa altresì riconoscere, e perciò tutelare, l'aspirazione ad operare sul mercato come forma di realizzazione personale, economica e finanche spirituale: ma, allora, con ciò si riconosce altresì il valore – *anch'esso giuridicamente tutelato* – dell'agire sul mercato in modo professionale e a fini di profitto<sup>211</sup> (operare sul mercato *in perdita* è evidentemente poco stimolante per il privato, benché si diano casi in cui istituzioni pubbliche si accollino questo tipo particolare di iniziativa a scopo di sussidio, cioè nell'ambito dell'espletamento delle moderne funzioni dello *stato sociale*; ma è ovviamente tutt'altro discorso<sup>212</sup>).

In fondo – ma, si noti, su un piano ancora leggermente diverso da quello in ragione del quale si è avanzata la tesi di considerare la sproporzione tra diritti e obblighi in modo unitario, indistinto, per consumatori e imprenditori (professionisti) – l'asimmetria informativa riscontrabile rispetto al prodotto acquistato a fini professionali (*toner*) non è ontologicamente distinguibile, da quella in cui incorre il medesimo sog-

<sup>211</sup> Sulla «legittimità» dell'iniziativa economica nel quadro dei valori costituzionali, e sulla «legittimità del profitto», sull'iniziativa come motivata da una «possibilità di guadagno», capace di mettere in moto lo stesso gioco concorrenziale v. già T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, Giuffrè, Milano 1960<sup>3</sup>, ad es. pp. V, VI, 9, 11, 35-ss. Peraltro, si può ulteriormente rilevare che anche l'esercizio dell'iniziativa economica di cui all'art. 41, comma 1° Cost. – e alla quale evidentemente si allude nel testo – potrebbe essere dotato di una valenza *deontologica*, al pari della valenza attribuita al controllo di vessatorietà sulle clausole abusive dei contratti *BtoC*, quale «mezzo, avente vocazione deontologica, di tutela della personalità» (R. Calvo, *op. cit.*, 61): ciò risulterebbe ai sensi dell'art. 4, comma 2°, Cost., il quale espressamente si riferisce al «dovere» di «ogni cittadino» di «svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività» – e dunque anche l'attività imprenditoriale/professionale ricompresa nell'alveo dell'art. 41, Cost., – «o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società». Ciò, peraltro, senza legittimare alcuna forma di sindacato di merito sulla scelta dell'individuo di esercitare l'iniziativa; e, per di più, senza che detta norma stabilisca alcuna *gerarchia* di valori tra *attività* (o *funzioni*) che possano concorrere al progresso *materiale*, rispetto ad *attività* (o *funzioni*) che possano concorrere al progresso *spirituale*, della società (e non già della Nazione).

<sup>212</sup> Sia permesso il rinvio a M. Bianchini, *Private e public antitrust enforcement nell'ambito dei servizi di interesse economico generale (a proposito della «poliedrica» nozione di impresa)*, in «www.JusCivile.it», 2013, 9, pp. 523-ss.

getto allorché agisca in veste *non professionale*, cioè a fini di consumo (frullatore). Lo è però *soggettivamente*: cioè se, per un verso, si inquadra il *costo* della carenza di informazioni ritenute mediamente necessarie per riequilibrare la forza contrattuale alla luce, non soltanto dello specifico contesto di mercato, ma anche alla luce del *ruolo* ricoperto dalle parti della singola operazione economica nonché del *costo* legato alla capacità di assorbito esternalizzandolo. E, per altro verso, se si tiene presente altresì che il singolo contratto non integra, quanto meno *ex uno latere* (quello del *professionista* che vende il bene o eroga il servizio) un'operazione isolata, ma si pone quale elemento, bensì unitario, ma omogeneo, di un fascio parallelo di rapporti (pur individualizzabili nei loro elementi costitutivi) che lega il medesimo venditore professionale del bene ad una platea molto vasta di controparti contrattuali (anzi, potenzialmente infinita: è questo il senso del *contratto standard per adesione*, che caratterizza la produzione e la distribuzione in massa di beni e servizi); controparti del soggetto che agisce sul mercato a fini professionali, le quali si trovano tra loro similmente posizionate, eppure risultano distinguibili in base all'applicazione di almeno due categorie normative (*professionisti e consumatori*), a loro volta ricavabili in funzione del precedente criterio costituito dal *ruolo socio-economico tipico* rispettivamente ricoperto sul mercato<sup>213</sup>.

Pertanto, intorno all'attività contrattuale professionale (che è attività programmata e organizzata in funzione di un particolare fine, usualmente corrispondente alla massimizzazione del profitto) è possibile costruire una sistematica dei contratti del mercato, intesi come contratti d'impresa; di qui sarà poi possibile articolarne le sotto-categorie, a prescindere dal sistema di catalogazione per «tipi legali» adottato dal Codice civile del 1942, nel Titolo III del Libro IV.

Da ultimo, si deve precisare che, sin qui il termine *professionale* legato al ruolo assunto da un certo soggetto sul mercato, viene a configurarsi (e dovrebbe essere inteso) in un duplice senso.

(a) Nel senso (tradizionale) di *svolgimento non occasionale* dell'attività: ossia un significato pienamente sovrapponibile quello usualmente ricollegato al testo dell'art. 2082 c.c.; si noti, però, come occasionale e/o isolato, sia invece l'*atto* volto all'approvvigionamento del bene a fini di mero consumo se riguardato nella sua dimensione meramente contrattuale.

Vi è dunque il pericolo di un'asimmetria valutativa a seconda che si guardi il contratto come atto *del consumatore* ovvero come atto *d'impresa*. Tuttavia, come già illustrato, tale asimmetria evapora se solo si riflette sul fatto che l'atto del consumatore si innesta e si risolve *sempre*, anche dal punto di vista della disciplina, sia dispositiva (moduli, formulari, condizioni generali di contratto), sia imperativa (obblighi formali, obblighi di comportamento precontrattuali e contrattuali, controllo di vessatorietà

<sup>213</sup> Mi avvalgo dell'analisi – non a caso definita dallo stesso autore di «*economia del diritto*» (anche se da ritenersi ben diversa, per contenuti e metodo, da quella tipicamente riscontrabile negli studi di *law & economics*) – di Santini, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, cit., pp. 299-ss., 419-ss., 431-ss.

del contenuto contrattuale, limiti alla risoluzione, eventuali limitazioni allo *jus poenitendi* e/o al recesso; disciplina delle modifiche e della rinnovazione; disciplina dei rimedi, ecc.), nell'*attività del professionista*: la quale è però attività *stabile* e *organizzata* per, e sul mercato ove la singola operazione prende forma, viene poi conclusa ed è (dovrebbe essere) eseguita in ragione di tale posizione o *ruolo*. Ma proprio tale ultima considerazione induce ad attribuire al termine *professionale* un ulteriore e più pregnante significato.

(b) La «professionalità» dell'imprenditore può essere infatti intesa anche in senso *forte*: nel senso cioè di caratterizzare *qualitativamente* l'agire del soggetto in modo confacevole, adeguato a specifiche *rules, standards*, e finanche a certe *best practices* invalse nel particolare settore ove questa parte del rapporto contrattuale opera stabilmente (*i.e.*, professionalmente nel senso di cui al punto (a)), e che possono considerarsi, all'interno di questo ambiente, normali, costanti: cioè come caratteri dell'agire che – in quanto normalmente posseduti e continuativamente applicati da coloro che stabilmente vi operano – risultano infine *acquisiti* all'attività di cui si tratta, in un senso che si avvicina al significato che qui, stipulativamente, ho adottato di *positività* (*retro*, nt. 1), e perciò *esigibili* anche sul piano giuridico da coloro (*outsiders*) che saltuariamente entrano in contatto con tali soggetti (*insiders*). Sono, se si vuole, i caratteri emergenti dalla stessa organizzazione dell'attività in ragione della sua stabilità sullo specifico mercato ove viene condotta, e che conseguono alla ripetitività e/o ciclicità delle operazioni ivi svolte ad un certo, specifico fine (dalla economicità del risultato o del metodo, sino alla più consueta ricerca di massimizzazione del profitto), spaziando dalla programmazione delle fasi dell'impresa, all'affinamento e all'evoluzione delle tecniche, alla verifica *in itinere*, consuntiva e periodica dei procedimenti e dei risultati, così come prodotti in costanza di certe variabili *lato sensu* organizzative<sup>214</sup>.

Pertanto, tali elementi diventano, *caratteri propri dell'esercizio dell'attività organizzata* e, quindi, caratteri *incidenti sulla stessa organizzazione dell'attività*, caratterizzandola anche sotto un profilo *qualitativo*. Perciò, anche questa ulteriore – e, ritengo, ben più specifica – connotazione della *professionalità* dell'attività economica condotta sul (e per il) mercato (*i.e.*, professionalità nel senso di conformazione a particolari *rules, standards, best practices* ecc. derivati dalla stabile conduzione dell'attività ad un fine specifico, i quali diventano progressivamente parte del tipo di attività svolta e perciò *esigibili* in quel particolare settore) mi appare pienamente compatibile con l'art. 2082, c.c. – e anzi implicita nel suo dettato. Essa si lega inscindibilmente ai caratteri dell'*organizzazione* della stessa – *in primis* la natura e le dimensioni (cfr. ad esempio gli artt. 2083, 2195, 2214, nonché la disciplina del bilancio, cfr. ad es. l'art. 2435-*bis*,

<sup>214</sup> Mi aiuta in queste riflessioni la lettura congiunta dei saggi di Costi, *I soggetti erogatori di servizi finanziari*, in *I servizi del mercato finanziario. In ricordo di Gerardo Santini*, cit., pp. 51-ss. (e ivi spec. pp. 53-ss. e 72-ss.); G. Scognamiglio, *Sulle regole di condotta degli intermediari finanziari (regole di condotta e regole di organizzazione; clausole generali e disposizioni particolari)*, ivi, pp. 95-ss. (*passim*); F. Denozza, *I conflitti di interesse nei mercati finanziarie e il risparmiatore «imprenditore di se stesso»*, ivi, pp. 141-ss. (e ivi spec. pp. 161-ss.).

c.c. e l'art. 1, comma 2°, l. fall.)<sup>215</sup> –; e implica – a partire dalla regola generale di cui all'art. 1176, comma 2°, c.c.<sup>216</sup>, che, a sua volta, si viene snodando secondo quelli che oggi si definiscono i *principi di corretta gestione imprenditoriale* (artt. 2497 comma 1°; 2403 c.c. art. 149, T.U.F.<sup>217</sup>, tra i quali spicca l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2381, comma 3° e 5°; art. 2403 c.c., art. 149, T.U.F.) – l'emersione di una serie specifica di canoni di responsabilità direttamente connessa all'esercizio dell'attività economica, ossia come responsabilità *d'impresa*<sup>218</sup>.

<sup>215</sup> Si vedano inoltre gli artt. 5, comma 1°, lett. a), 6, comma 1°, lett. c), 8, comma 2-ter, lett. a), 10, 13, comma 2°, lett. b), c) e d), commi 3° e 4°, nonché l'intero Capo III, l. n. 180/2011. Si noti come tale disciplina venga espressamente derivata dai principi espressi nello *Small Business Act* del 2008 (art. 1), e si riferisca, per la concreta definizione di micro, piccole e medie imprese, alla Raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/CE: nell'art. 2, la generale categoria delle piccole e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupino meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non superi i 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio annuo non superi i 43 milioni di euro. Nella categoria delle PMI si definisce «piccola impresa» quella che impiega meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro. Si definisce «microimpresa» quella che impiega meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro. V. ora i *Considerando* n. 2, 10-15, 19 e 23, nonché l'art. 3 Direttiva n. 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese. Sul tema, in generale, v. M.A. Stefanelli, *Il riconoscimento normativo delle piccole e medie imprese: regole e realtà produttiva*, Cedam, Padova 2011. Per alcuni esempi specifici che possono essere addotti a dimostrazione dell'attuale, crescente ripresa di rilievo e incidenza delle dimensioni dell'impresa sulla disciplina applicabile alla stessa, vedi, ad es., G.C.M. Rivolta, *La società per azioni e l'esercizio di piccole e medie imprese*, in «Rivista delle società», 2009, pp. 629-ss.; A. Niutta, *Modelli di governance: amministrazione e controllo nelle piccole e medie imprese italiane*, *ibidem*, ivi, pp. 347-ss.; G. Zanarone, *Dimensioni dell'impresa e obbligatorietà del collegio sindacale nella s.r.l.*, (ora anche) in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, cit., pp. 679-ss.; O. Cagnasso, *La s.r.l.: un tipo societario «senza qualità»?», 2013*, in *www.orizzontideldirittocommerciale.it/atti-dei-convegni-associativi/2013*, spec. pp. 10-ss. (ma *passim*). Per un'ulteriore prospettiva dimensionale, questa volta nell'ambito del diritto concorsuale, v. M. Venteruzzo, *L'esenzione dal fallimento in ragione delle dimensioni dell'impresa*, in «Rivista delle società», 2009, pp. 1040-ss.; per un'analisi delle ragioni di esclusione di talune imprese in ragione della natura e dell'oggetto (oltre che delle dimensioni) dell'impresa, v. Rondinone, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della «commercialità»*, cit., spec. cap. II; inoltre, sia concesso rinviare a M. Bianchini, *Orientamenti giurisprudenziali post-riforma in tema di soglie dimensionali e oneri probatori dell'impresa commerciale assoggettabile al fallimento e al concordato preventivo (art. 1, comma 2°, legge fall.)*, in «Diritto fallimentare», 2012, I, pp. 704-ss. (con attenzione soprattutto ai profili dimensionali dell'impresa commerciale). E ora cfr. anche la disciplina sulla nuova procedura di composizione della crisi da c.d. *sourindebitamento*, di cui alla l. n. 3/2012 (così come modificata dall'art. 18, d.l. n. 179/2012). E cfr. *retro*, sub nota 195.

<sup>216</sup> Il quale recita: «Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata». Per una valorizzazione di questa norma nel senso di specializzare l'intera disciplina della contrattazione d'impresa, vedi, in particolare, Mengoni, *Le obbligazioni*, in *I cinquant'anni del Codice civile*, cit., pp. 239-ss., e ivi spec. pp. 241-242 e Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., spec. pp. 24-25 e 175-ss.; recentemente v. anche Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, cit., spec. pp. 71-ss.

<sup>217</sup> G. Scognamiglio, «*Clausole generali*», *principi di diritto e disciplina dei gruppi di società*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, cit., spec. pp. 590-ss.

<sup>218</sup> V. Buonocore, *La responsabilità dell'impresa tra autorità e libertà*, in *La responsabilità dell'impresa*, cit., spec. pp. 29-ss. (e *passim*); Id., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., spec. pp. 163-ss., ivi spec. pp. 184, 189 s. e 194-ss.



Una responsabilità che risulta poi articolabile in base a canoni ermeneutici, bensì flessibili, ma anch'essi traguadabili sulla base del riferimento a categorie di imprese organizzate per tipologie, oggetto e, soprattutto, secondo la loro *dimensione*: in questo senso, le “piccole”, le “medie” e le “micro-imprese” ormai divengono termini ricorrenti nell'ordinamento comunitario e nazionale e concorrono via via a formare categorie giuridicamente rilevanti, in funzione – si noti – della determinazione della loro posizione contrattuale e forza sul mercato (ad esempio, nella già citata Raccomandazione della Commissione europea n. 2003/361/CE; nello *Small Business Act* del 2008 e nella L. n. 180/2011).

Insomma, dalle considerazioni che precedono il Codice del consumo mi appare, primariamente ed essenzialmente, come una disciplina dell'attività professionale relativa ai *rapporti* tra i professionisti e i consumatori; una disciplina vertente (e identificabile) sulla base delle attività che si svolgono sul mercato, in base ai ruoli ivi assunti – in ultima analisi – *in funzione* della stessa specifica (e controllabile) finalità di accesso del soggetto al mercato medesimo. Non si tratta, pertanto, di una disciplina posta a tutela della *persona* come tale, ma semmai posta a tutela del mercato, inteso come istituzione il cui valore, anch'esso ritenuto di *utilità sociale*, è riconosciuto dalla Costituzione (art. 41).

Più in generale, e anche alla luce della progressiva creazione di categorie di imprese articolate in ragione dell'elemento *dimensionale* (micro-imprese, piccole e medie imprese), le quali finiscono per porsi nell'ordinamento del mercato in modo quasi speculare alla definizione giuridica di «consumatore», mi pare si possa ritenere che l'elemento unificante di (o, quanto meno, un fondamentale elemento comune ai) plessi normativi settoriali consista – non nella difesa di una generica figura di *parte debole* – bensì nel fatto che essi risultano costruiti, e operino, «ad attività», piuttosto che «a soggetto»<sup>219</sup> (secondo un'impostazione che la stessa definizione di «imprenditore» nel Codice del 1942, tendeva ad avallare), cioè imputando «diritti e obblighi» ai soggetti di diritto identificati (e identificabili) *in base al ruolo socio-economico tipico* assunto

<sup>219</sup> Ferro Luzzi, *L'impresa*, cit., pp. 16-17, e spec. 19-ss. («[n]ell'impresa, proprio perché attività oggettivamente considerata, si verifica, come acutissimamente detto [da W. Cesarini Sforza, *Proprietà e produzione nell'impresa agraria*, in «Rivista di Diritto agrario», 1942, pp. 141-ss., e ivi p. 146], una specie di rivoluzione copernicana: non più l'uomo al centro di un sistema in sua funzione ricostruito; al centro sta l'attività, oggettivamente identificata, ed è poi in funzione dei suoi caratteri e delle sue esigenze che la norma disciplina in modo particolare» ciascun aspetto dell'attività, come ad es. «la capacità all'esercizio, la partecipazione all'esercizio; i poteri di gestione e di rappresentanza verso i terzi nello svolgimento dell'attività» ecc.); Id., *Lezioni di diritto bancario*, cit., spec. pp. 16-s. e 37-ss. In senso analogo, benché studiando la nozione comunitaria d'impresa, v. anche L. Di Via, *L'impresa*, in Lipari (a cura di), *Trattato di Diritto privato europeo*, vol. II, cit., spec. pp. 55-56 e 81-82; in seguito v. anche A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in «Rivista di diritto civile», 2008, I, pp. 515-ss., spec. pp. 529 e 532 s.; Agrifoglio, *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa (B 2 b)*, cit., p. 1345 (ove si rileva tra l'altro l'inversione di prospettiva operata dal Codice civile del 1942, rispetto al Codice di commercio del 1882). Per una rilettura in parte critica e in parte volta a definire le condizioni d'uso per ritenere accettabile e utilizzabile la tesi di F-L., v. ora Libertini, *Diritto civile e diritto commerciale*, cit., pp. 35-s. (testo e nt. 79).

e/o concretamente svolto nel particolare mercato di volta in volta preso a riferimento; ruolo a sua volta attribuito, come ora ricordato, in funzione della stessa finalità di accesso al mercato medesimo. E che questa attività si svolge in ben definiti contesti, o settori economici che chiamiamo mercati.

Conseguentemente, il vaglio delle eventuali sproporzioni tra diritti e obblighi, nell'ambito di una singola allocazione endocontrattuale, dovrebbe essere ricondotto e analizzato, non già, direttamente, alla stregua di principi generalissimi (per quanto di fonte costituzionale), e trasversali all'intero dominio del diritto (eguaglianza, ragionevolezza, riassunti a loro volta in quello di «eguaglianza ragionevole», principio di proporzionalità, solidarietà), condensati nell'istanza, altrettanto generica, di «equità» o «giustizia contrattuale» (queste pur diverse formule risultando talora utilizzate in modo interscambiabile), bensì facendo operare anche tali principi, *sia* alla stregua delle *funzioni* protette e dei *ruoli* socio-economici specificamente ricavabili da ciascuna delle discipline immesse nei singoli codici di settore e/o nelle leggi speciali; *sia* in base alle specifiche condizioni del contesto socio-economico di mercato che ogni plesso normativo si propone di disciplinare partitamente<sup>220</sup>.

Infine, a chiusura di questo paragrafo, pare possibile rimarcare una volta di più lo stato di perdurante *crisi* del Codice civile e del concetto *comune* di autonomia contrattuale: i più rilevanti rapporti *tra imprese* (*BtoB* e *Btob*) e *tra imprese e consumatori* (*BtoC*), vengono ormai a formare oggetto di un plesso di norme (non soltanto primarie), che – ancorché formalmente relegate in leggi cosiddette *speciali* – sembrano ormai in grado di proporre principi autonomi e, in parte almeno, diversi e talora perfino devianti rispetto a quelli propri della logica codicistica, ancora incentrati sul contratto come singolo *atto di libera volontà* del cittadino ispirato ad un principio di eguaglianza formale delle parti.

A sua volta, un tale assunto postula la legittimità di distinguere – sia sul piano costruttivo, sia sul piano schiettamente interpretativo – una tutela dell'autonomia contrattuale *tout court* e di un'autonomia contrattuale *d'impresa*<sup>221</sup>, quest'ultima funzionale all'esercizio dell'iniziativa privata, e pertanto assoggettabile agli specifici limiti imposti a quest'ultima e che complessivamente concorrono a conformare il mercato *in senso concorrenziale* (di nuovo il riferimento è all'art. 3, par. 3°, TUE; nonché agli artt. 26-27; 28-66 e 101-109, 119, 120, 127 e 173, TFUE).

<sup>220</sup> Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., ivi spec. pp. 525-ss., 529-ss. e 534-ss.

<sup>221</sup> Sul punto, vedi, in particolare, M. Libertini, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. Gitti, M. Maugeri, Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, cit., pp. 44-ss.; e, con specifico riferimento al tema dell'abuso della libertà contrattuale, F. Di Marzio, *Divieto di abuso e autonomia d'impresa*, in Paganantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., pp. 21-ss.

5. *Un effetto collaterale della tesi esposta. Ovvero: il caso del professionista intellettuale ... fatalmente attratto all'area dell'impresa (postilla incidenter tantum)*

Sia detto qui solo incidentalmente e a chiusura del discorso (riservando ad altra occasione maggiori approfondimenti): l'analisi che si è sopra proposta ha l'evidente effetto di sospingere il *professionista intellettuale* – tradizionalmente qualificato come lavoratore autonomo e da sempre esentato dallo statuto dell'imprenditore, in virtù di una sedimentata interpretazione dell'art. 2238, comma 2°, c.c.<sup>222</sup> – sotto quel più ampio ombrello costituito dalla nozione di «professionista» del mercato: ombrello normativo sotto il quale (e al quale) da tempo (sog)giace l'imprenditore (art. 2082 c.c.) e che si traduce nell'applicazione di uno statuto precettivo che non appare meramente *opzionabile* dalle categorie professionali, perché si tratta di una porzione dell'ordine giuridico-economico del mercato, e per di più dettato in via perentoria, piaccia o no, dall'ordinamento comunitario.

La scelta (obbligata?) del legislatore italiano di qualificare *tout court* in termini di «professionista» l'operatore professionale del mercato che contratta con il «consumatore» nonché, soprattutto, l'ampiezza e la genericità della sua definizione – i.e., quella posta ai sensi del citato art. 3, comma 1°, lett. c), Cod. cons. – così come l'opzione legislativa (obbligata?) contenuta nell'art. 2, lett. c), del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 (modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, a sua volta attuativo della Direttiva n. 11/7/UE), non tanto di estendere, quanto di accorpare sotto un'unica e comune definizione di «imprenditore», sia il «soggetto che esercente un'attività economica organizzata», sia il «soggetto esercente... una libera professione», costituiscono altrettanti elementi «positivi» che non possono non indurre ad una riflessione circa il vigente assetto interpretativo interno, anche e giustappunto con riferimento alla figura del libero professionista. Gli indici «positivi» dell'estensione al libero professionista, non solo della disciplina dei ritardi di pagamento nelle «transazioni» – si noti – «commerciali» (2, lett. a), d.lgs. n. 231/02), ma anche di parti rilevanti dello statuto

<sup>222</sup> La tradizionale posizione si ritrova discussa *ex multis* in P. Masi, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Jovene, Napoli 1985, pp. 113-ss. e p. 285-ss.; C. Ibba, *La categoria «professioni intellettuali» e Professioni intellettuali e impresa*, in C. Ibba, D. Latella, P. Piras, P. De Angelis, C. Macrì, *Le professioni intellettuali*, in «Giurisprudenza sistematica di Diritto Civile e commerciale», (fondata da W. Bigiavi), UTET, Torino 1987, rispettiv. pp. 1-ss. e 269-ss.; Genovese, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, cit., pp. 52-ss.; Oppo, *L'iniziativa economica*, cit., p. 24-29 (con anche osservazioni in tema di liceità delle società tra professionisti). Più recentemente, cfr. Id., *Antitrust e professioni intellettuali*, (già in «Rivista di diritto civile», 1999, I, pp. 123-ss., e ora) in Id., *Scritti giuridici*, vol. VI, cit., pp. 103-ss.: A. Perulli, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in A. Cicu, F. Messineo (fond. da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, vol. XXVII, t. 1°, Giuffrè, Milano 1996, spec. pp. 10, 25-ss., 40-ss., 48-s., 76-ss. e 353-ss.; A. Berlinguer, *Il punto (e la linea) su servizi legali e diritto comunitario*, in «Contratto e impresa/Europa, 2007», pp. 934-ss.; R. Salomone, *Le libere professioni intellettuali*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, vol. LV, Cedam, Padova 2010, spec. pp. 18-s. e 25-ss.; G. Bertolotti, *Esercizio in forma sociale delle professioni intellettuali e impresa*, Giappichelli, Torino 2012. V. anche G. Cerdonio Chiaromonte, *L'obbligazione del professionista intellettuale: tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Cedam, Padova 2008, spec. pp. 76-ss.

normativo del «professionista» tout court – incluse la disciplina delle pratiche commerciali scorrette (artt. 18 ss.) e quella concernente il «rapporto di consumo» (artt. 33 ss., Cod. cons.) – sembrano davvero capaci di effetti sistematici, concorrendo, insieme ad altri elementi, a determinare fenomeni di slittamento e/o ridefinizione dei confini delle categorie tradizionali (ma, appunto, di tali ulteriori effetti, più generali e pregnanti, non mi posso ora occupare funditus).

Invero, la suddetta norma del Codice del consumo (art. 3, comma 1°, lett. c)) ha un tenore e una portata tali per cui risulta difficile escludere – e lo ha ormai confermato in più occasioni anche la giurisprudenza<sup>223</sup> – il libero professionista dall'obbligo di rispettare, nei rapporti con i propri clienti, le disposizioni contenute nel Codice del consumo; ciò a fortiori si desume esaminando l'ambito soggettivo di applicazione del divieto di porre in essere PCS, ai sensi dell'art. 18 comma 1°, lett. n), Cod. cons., norma che chiarisce appunto il significato da attribuire alla formula «professione regolamentata». Quest'ultima disciplina, del resto, *sub* art. 19, rinvia alla – cioè si coordina con – la disciplina ordinistica: sebbene la disciplina delle PCS non pregiudichi «l'applicazione delle disposizioni normative relative... alle professioni regolamentate», così introducendo un principio di specialità, rimane il fatto che il collegamento tra questi due mondi, apparentemente e tradizionalmente considerati collocati su piani distinti e non interferenti, è ora *positivizzato* e la disciplina del Codice del consumo<sup>224</sup>. Quanto meo entro questi limiti, di conseguenza, il libero professionista appare oggi una speciale articolazione della categoria generale «professionista», così come descritta nell'art. 3 del Codice del consumo, e risulta pertanto assoggettata, in linea di principio, a tutte le norme che ne contemplan tale *ruolo*.

Ma ciò appare come un mero tassello dell'inesorabile, per quanto graduale riconduzione del lavoratore autonomo ad un più ampio concetto di *impresa*, così come tale nozione risulta ormai invalsa nel diritto *antitrust*<sup>225</sup>, anch'essa parte, ovviamente,

<sup>223</sup> V. ad es., Trib. Monza, sez. I, 19 aprile 2013, n. 629 (secondo la quale «l'avvocato che intenda riscuotere i crediti professionali vantati nei confronti del cliente 'consumatore' può proporre la domanda di ingiunzione esclusivamente nel Foro di residenza o domicilio eletto di quest'ultimo ai sensi dell'art. 33, comma 2°, lett. u), D.lgs. n. 206/2005, già art. 1469-bis, comma 3°, n. 19, c.c.), il quale – secondo una interpretazione costituzionalmente orientata – prevale anche sul foro speciale di cui all'art. 637 c.p.c. (che individua la competenza alternativa del giudice del luogo ove ha sede il Consiglio dell'ordine al cui albo l'avvocato è iscritto)». Nel senso dell'applicazione del Codice del consumo ai liberi professionisti, in quanto «*professionisti*» *ex* art. 3, lett. c), Cod. cons., v. anche Cass., 19 aprile 2012, n. 6116, in «Foro italiano», 2012, I, c.1724-ss.; Cass., 9 giugno 2011, n. 12685, in «Giustizia civile», 2012, I, pp. 419-ss.; Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, in «Obbligazioni e Contratti», 2010, pp. 724-ss.

<sup>224</sup> Sul tema, v. M. Libertini, *Pubblicità, concorrenza e deontologia forense*, in «Rivista di diritto industriale», 2012, I, pp. 259-ss.

<sup>225</sup> Per tutte, v. C. Giust. CE, 19 febbraio 2002, C-39/99, caso *Wouters*, in «Raccolta di giurisprudenza», 2002, I- pp. 1577-ss. (spec. punti 38-ss. e 44-ss.): l'ordine degli avvocati è qualificabile come associazione tra imprese, in quanto l'avvocato esercita un'attività economica per il mercato, a sua volta qualificabile come attività di impresa (ai fini *antitrust*). Recentemente v. AGCM, *Provvedimenti* nn. 24377-79, in «Bollettino AGCM», n. 23/2013, pp. 9-ss. (p.ti 45-ss.) sull'attività notarile.

del diritto del mercato. E ciò, ritengo, dovrebbe portare con sé l'estensione ai liberi professionisti del pur distinto divieto di porre in essere atti di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598 c.c., pur tradizionalmente ritenuto inapplicabile ai soggetti non imprenditori. Sebbene essa sia stata tradizionalmente negata dalla giurisprudenza di legittimità e dalla maggioranza della dottrina<sup>226</sup>, oggi esiste un preciso argomento testuale per sostenere questa estensione, riscontrabile nell'art. 3, comma 2°, della Legge 31 dicembre 2012, n. 247, di riforma dell'Ordinamento forense, laddove, accanto ai tradizionali valori della professione forense, si richiamano anche i «principi della corretta e leale concorrenza», così aprendosi altresì la via alla tutela concorrenziale dei segni distintivi (e in particolare al nome/ditta e insegna) dello «studio legale»<sup>227</sup>.

Questa estensione potrebbe dunque predicarsi proprio in virtù di uno «slittamento» o «polivalenza funzionale»<sup>228</sup> della tradizionale disciplina posta a tutela della *correttezza professionale* della concorrenza interimprenditoriale (art. 2598 n. 3, c.c.), verso una tutela integrata e strumentale alla concorrenzialità dell'intero mercato – e dunque in una logica omogenea anche al diritto *antitrust* – che appare tanto più giustificata, in quanto il canone di «correttezza», indicato nell'art. 18, comma 1°, lett. *h*), Cod. cons., come elemento della «diligenza professionale», viene imposto, in tema di PCS, a tutti i «professionisti» – nozione nella quale, come visto, rientra certamente anche il libero professionista.

<sup>226</sup> Per la necessità del riscontro della qualifica di imprenditore al fine di poter applicare l'art. 2598, c.c., v. in giurisprudenza, *ex multis* Cass., 13 gennaio 2005, n. 560, in «Giurisprudenza italiana», 2005, pp. 1177-ss. (con nota di F. Restano, *Appunti in tema di concorrenza sleale tra liberi professionisti*, ivi pp. 1178-ss.); Trib. Torino, 24 febbraio 2010, in «Giurisprudenza italiana», 2010, pp. 2087-ss. (con nota di A. Sciacca, *Osservazioni in tema di progetti di architettura, loro modifiche e concorrenza sleale*); App. Genova, 20 marzo 2002, in «Diritto industriale», 2002, pp. 395-ss.; Trib. Catania, 28 giugno 2000, in «Giurisprudenza annuale di Diritto industriale», 2002, pp. 1002-s. *Contra*, sebbene isolatamente, Cass., 21 febbraio 1958, n. 517, in «Giurisprudenza italiana», 1959, I, 1, pp. 90-ss. (con nota di M. Bianca); Trib. Torino, 9 gennaio 2003, in «Giurisprudenza annuale di Diritto industriale», 2003, p. 703; Trib. Bologna, 1 agosto 1999, in «Diritto industriale», 2000, pp. 37-ss. (con nota, *s.t.*, di G. Floridia, ivi pp. 50-ss.). Sul punto, da sempre discusso in dottrina, v. R. Pardolesi, *Le regole della concorrenza*, in Id., R. Romano, *La concorrenza e la tutela dell'innovazione*, in *Diritto civile* (dir. da N. Lipari, e P. Rescigno; coord. da A. Zoppini), Giuffrè, Milano, 2009, pp. 9-ss., ivi pp. 22-ss.; N. Abriani, G. Cottino, in N. Abriani, G. Cottino, M. Ricolfi, *Diritto industriale*, in G. Cottino (dir. da), *Trattato di Diritto commerciale*, vol. II, Cedam, Padova 2001, spec. pp. 279-282.; G. Ghidini, *La concorrenza sleale*<sup>3</sup>, in «Giurisprudenza sistematica di Diritto civile e commerciale» (fond. da W. Bigiavi), Torino, UTET, 2001, spec. pp. 4-ss., 10-ss. e 14-ss.; C. Ibba, *Professioni intellettuali e azienda*, in Ibba, Latella, Piras, De Angelis, Macrì, *Le professioni intellettuali*, cit., pp. 328-ss., ivi p. 358-ss.; P. Masi, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Jovene, Napoli 1985, spec. pp. 113-ss., 133-ss. e 285-ss.

<sup>227</sup> Sulla Legge 31 dicembre 2012, n. 247 (in «Gazzetta Ufficiale», 18 gennaio 2013, n. 15, v. ad es. i commenti, a cura di G. Alpa, *et alii* e dell'Ufficio Studi CNF, in «Rivista di diritto civile», 2013, pp. 389-ss.). Ulteriori indizi, benché solo «circostanziali» sembrano costituiti dal tenore degli art. 3, co. 5°, D.L. 13 agosto 2011, n. 138 (conv. con modific. nella Legge 14 settembre 2011, n. 148, e successive modifiche) e dell'art. 4, d.P.R. 7 agosto 2012, n. 137.

<sup>228</sup> P. Spada, *Parte generale*, in P. Auteri *et alii*, *Diritto industriale. Proprietà industriale e concorrenza*<sup>4</sup>, Giappichelli, Torino 2012, pp. 3-ss., e ivi 44-s.

Ciò si afferma (ripetesi, solo incidentalmente), benché da noi si tenti ancora di sottrarre la variante «intellettuale» del «professionista» all'applicazione dello statuto normativo dell'imprenditore: il quale, tuttavia – ed è questo appunto il dato che, più d'ogni altro, dovrebbe oggi far riflettere –, deve senz'altro essere considerato (e a tutti gli effetti) un «professionista» in forza del medesimo art. 3, comma 1°, lett. c), Cod. cons. Tale esclusione, per la verità, si è storicamente determinata anche in virtù di quella sorta di *gabbia concettuale* alla quale gran parte della dottrina<sup>229</sup> si è da tempo arresa e che impone di suddividere l'area dell'impresa (così come determinata dal congiunto operare degli artt. 2082, 2083, 2135 e 2195 c.c.), ritenendosi improprio accostarlo all'imprenditore commerciale (e ancor più inaccettabile sembrerebbe equipararlo all'imprenditore agricolo), anche al fine di esentarlo, in particolare (e, attualmente, con un certo successo), dalle procedure concorsuali tradizionali<sup>230</sup>; ma al contempo rifiutandosi di avallare la teoria – in passato pur autorevolmente sostenuta<sup>231</sup> – di dare ingresso al sistema codicistico all'*impresa civile*.

<sup>229</sup> Con riguardo all'opinione, tuttora «dominante, secondo la quale [...] l'individuazione dell'impresa e dell'attività commerciale dovrebbe operarsi con un criterio negativo, e cioè per esclusione del carattere agricolo», si è scritto efficacemente «che poche volte una tesi ha avuto una fortuna così inversamente proporzionale alla sua attendibilità»: così G. Oppo, *Note preliminari sulla commercialità dell'impresa*, (già in «Rivista di diritto civile», 1967, I, pp. 561-ss., e ora) in Id., *Scritti giuridici*, vol. I: *Diritto dell'impresa*, Cedam, Padova 1992, pp. 167-ss., ivi p. 194. Per una ancora utile ricostruzione dei termini del dibattito intorno alla (pretesa) dicotomia tra impresa *agricola* e impresa *commerciale*, e sulla connessa necessità di una costruzione *in positivo* (e a partire dall'art. 2195 c.c.) della categoria dell'imprenditore *commerciale*, v. Genovese, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, cit., pp. 69-s., 75-s. e (partic.) 141-ss. Ma per una vivace e documentata sollecitazione a rivedere questa sorte di bipartizione *dogmatica* – di origine giurisprudenziale, sebbene poi largamente condivisa dalla dottrina giuscommercialistica, che però ha così facendo rinunciato a definire *in positivo* l'impresa *commerciale*, perdendo indirettamente mordente anche la tesi circa la perdurante specialità del diritto commerciale – al fine di offrire «non arbitrari elementi normativi per colmare la ritenuta lacuna, enucleando le caratteristiche rilevanti accomunanti le attività commerciali e gli imprenditori che le esercitano, sì da giustificare la collocazione in una categoria suscettibile di speciale considerazione normativa», v. ora Rondinone, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della «commercialità»*, cit., *passim* (ma, per la citazione, ivi, 5).

<sup>230</sup> Ad esempio, si leggano gli artt. 4, comma 10°, e 5, comma 2°, lett. m), L. n. 247/2012. Peraltro, risulta discutibile – ma non si può escludere che si debba infine propendere per la soluzione positiva (in quanto «costituzionalmente orientata») – se, non solo il professionista singolo, ma anche quello organizzato in forma societaria (art. 10, l. n. 183/2011), possa accedere alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento recentemente introdotte dalla Legge n. 3/2012 (e già più volte modificata).

<sup>231</sup> Tra gli altri da Oppo: ma, secondo questo autorevole studioso, l'impresa *civile* non avrebbe comunque dovuto estendersi alla provincia delle professioni intellettuali, ritenute legislativamente al di fuori dell'area dell'impresa in forza dell'interpretazione sistematica ricollegata all'art. 2238 c.c.: v. G. Oppo, *Materia agricola e forma commerciale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Cedam, Padova, 1950, vol. III, pp. 83-ss., e ivi spec. pp. 98-99 (in nota). Sull'impresa c.d. *civile*, v. anche Genovese, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, cit., pp. 68-ss., ove ampi riferimenti bibliografici. Occorre infine ricordare la diversa impostazione (e la soluzione) data al problema del professionista intellettuale imprenditore, così come in passato offerta dalla fine analisi di F. Galgano, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, «Contratto e impresa/Europa», 1997, pp. 1-ss., il quale ha sostenuto l'applicazione a tale categoria di lavoratori autonomi della sola disciplina dell'impresa in generale, inclusa quella relativa alla ditta, al marchio e alla concorrenza sleale: senza così dover necessariamente argomentare l'inclusione o meno del professionista intellettuale nel novero degli imprenditori *commerciali*. La predetta tesi, sebbene non vi faccia espresso riferimento, sembra

## 6. Considerazioni conclusive

La disciplina speciale che il Codice del consumo pone si iscrive in un sistema normativo più complesso e di molto evolutosi rispetto alle categorie portanti del Codice civile, giacché contempla una regolazione del mercato assai articolata, tanto per le gerarchie istituite tra norme dei singoli istituti, quanto per le regole di competenza che li ordinano. Un tale sistema ordinamentale nel complesso dà forma ad una regolamentazione delle fattispecie contrattuali organizzata per «micro-sistemi normativi» (Irti), ciascuno di questi destinato a coprire e a disciplinare, mimandone le conformazioni, un particolare settore economico.

In ciascuno di questi *micro-settori normativi* si registra, da un lato, il ruolo assunto dallo strumento regolamentare, quasi a significare una generalizzata esigenza di presidiare normativamente il processo di continuo adeguamento della *forma giuridica* alla *materia economica* (queste ultime da intendersi peraltro come lati di una stessa medaglia).

Dall'altro lato, il proliferare di norme o clausole generali, *standards* valutativi – buona fede, correttezza, adeguatezza, diligenza, prudenza, ragionevolezza, chiarezza, trasparenza, indipendenza (vedili tutti impiegati, ad esempio, nelle disposizioni di cui all'art. 21, T.U.F.) e altri ancora – che permettano l'aggiornamento del sistema alle prassi e ai valori di volta in volta presenti in un determinato contesto o mercato; ma che al contempo portano l'opera interpretativa della scienza giuridica a rendersi più che mai sensibile non più soltanto ad esigenze di «equità», cioè di giustizia del caso concreto, bensì ad istanze di cosiddetta «giustizia contrattuale», che con quella non di rado viene confusa. Quest'ultima, infatti, è concetto che va ben oltre l'esame dei diritti e degli obblighi del singolo rapporto contrattuale; e – benché si tratti di una formula dietro la quale possono trovare usbergo valori, ideologie e sensibilità ben diverse – tende tuttavia a porsi su di un piano assai generale, ossia quale criterio direttivo di un imprecisato ordine pubblico economico.

In questo quadro – quasi ad esprimere, ad un tempo, ciascuna delle opposte tensioni – si colloca la riscoperta della categoria dell'abuso del diritto, *sub specie* di *abuso di libertà contrattuale*. Scontato risultando il carattere strutturalmente *aperto* del concetto di abuso – e dunque il suo ricadere entro il novero delle *norme elastiche* (benché si sia ancora lungi da un definitivo chiarimento del suo significato differenziale rispetto alla portata della clausola generale della correttezza e buona fede, come dimostra la decisione della Suprema Corte n. 20106 del 2009) –, è apparsa oltremodo significativa la rilevanza assunta da tale concetto sul piano giuspositivo; rilevanza testimoniata dall'introduzione di alcune norme che variamente si riferiscono a, o

così riproporre, con altre modalità e nuove giustificazioni, non soltanto l'istanza *logica* di considerare l'esistenza di uno *spazio* tra l'impresa *commerciale* e l'impresa *agricola*, ma anche una più completa costruzione della terza categoria di imprese (quella appunto formata dalle imprese civili), in punto di disciplina ad esse concretamente applicabile.

comunque presuppongono un comportamento opportunistico di una parte di un contratto, in costanza della sua formazione ovvero nel corso del relativo rapporto, rispetto ad un assetto di interessi pre-determinato, ossia con riguardo ad una certa allocazione di diritti e obblighi in origine voluta (negoziata o quanto meno assentita) dalle parti.

Con specifico riferimento al Codice del consumo, la nozione di abuso della libertà contrattuale traduce primariamente la nota e diffusissima prassi – già blandamente regolata dall'art. 1341, c.c. – per la quale la parte professionale (il «professionista») predispone unilateralmente *ex ante* delle clausole «vessatorie» (art. 33, Cod. cons.) nel testo del contratto tipicamente e serialmente stipulato con la parte che quello si rivolge per soddisfare al meglio le proprie esigenze di consumo (o di risparmio), il «consumatore». Essa dunque si lascia intendere come strumento concettuale preordinato a cogliere (e a rimediare a) storture ed eccessi riguardanti, non già l'esercizio dell'autonomia privata *tout court*, che si riflette nelle scelte di contenuto riguardanti un atto di volontà, isolatamente inteso; non già l'«abuso» si pone – dunque – quale strumento diretto a rimediare un *vulnus* della *persona tout court* (cioè equiparando senz'altro il «consumatore» all'individuo e la sua libertà contrattuale all'autonomia privata *tout court*), bensì come momento di sanzione di un esercizio ultroneo di un'attività economica, ossia come *limite esterno* all'esercizio di quella che viene (liberamente) scelta, programmata e organizzata dal soggetto (*ex art. 41, comma 1°, Cost.*), al fine di operare stabilmente sul mercato (su di un determinato mercato, peraltro identificabile grazie ai parametri offerti dal diritto *antitrust* con riferimento alla definizione del *mercato rilevante*), secondo le specifiche regole di condotta che ne caratterizzano, nel particolare contesto considerato, la funzione di *profit maximizer*.

In questo senso, considerando specialmente l'ambito dei contratti *B2C*, ove appunto prevale la *serialità* dei rapporti affetti dal «significativo squilibrio di diritti e obblighi» (art. 33, comma 1°, cod. cons.), anche l'abuso di libertà contrattuale potrebbe essere ricondotta, in teoria, ad un'ipotesi specifica di un più generale figura di abuso *dell'organizzazione* professionale (d'impresa), cioè del potere – in linea di principio assicurato dall'art. 41, 1° comma, Cost. – di programmare l'attività secondo certi schemi e contenuti contrattuali unilateralmente predisposti.

Più in generale, si afferma l'idea di processo, anzi, meglio, di *procedimentalizzazione* delle scelte imprenditoriali – come necessità insita nella stessa opera di programmazione privata e di organizzazione dell'attività economica – e della conseguente possibilità di valutare, in chiave di distribuzione comparativa delle correlative responsabilità, la correttezza dei processi adottati (e, dunque, come controllo della stessa opera di procedimentalizzazione delle scelte medesime) rispetto al *rischio* tipico, il rischio d'impresa – anch'esso risultando pertanto definito come concetto relazionale, cioè modulabile a seconda del contesto e dei *ruoli* ricoperti dai soggetti



coinvolti nonché delle rispettive qualità e/o caratteristiche, anche dimensionali<sup>232</sup>.

Un tale approccio può costituire un importante strumento di controllo della legalità dell'operato dell'impresa (della parte professionale di tali rapporti) rispetto alle altrettanto legittime esigenze di tutela di distinti e concorrenti interessi (non soltanto quelli di protezione della *persona*, ma anche quelli dei concorrenti), e dunque una pietra di paragone utile per evitare derive *neo-intuizioniste*, o squisitamente giusnaturalistiche, che, in questo specifico ambito, non solo provano troppo, ma che risultano altresì capaci di funzionalizzare l'impresa a valori indeterminati o comunque non coerenti con la peculiare funzione ad essa assegnata all'interno del sistema di mercato; e così anche di *bloccare* l'evoluzione quel sistema economico basato sulla dinamica del mercato, del quale al contempo si continua a postulare l'imprescindibilità. Ciò che avviene soprattutto laddove si indulga verso uno smodato utilizzo di quei veri e propri *varchi formali* offerti dalla proliferazione incontrollata delle *clausole generali* all'interno di ogni *micro-sistema normativo* di cui oggi tende a comporsi l'ordinamento giuridico con la conseguente incertezza della regola giuridica cui la «fonte» giurisprudenziale non può (e forse neppure dovrebbe) fare fronte.

Su di un piano più generale, dalla discussione pare trarsi conferma dell'impraticabilità della riconduzione delle tensioni in atto nel diritto dell'impresa (e in particolare nell'ambito della contrattazione d'impresa) ad una mera contrapposizione tra istanze giuspositivistiche e istanze giusnaturalistiche. E ciò si ritiene, sebbene – a grandissime linee – siano ancora riscontrabili, da un lato, un approccio sostanzialmente teso alla *oggettivizzazione* del diritto dell'impresa – e dunque, almeno in teoria, di marca tipicamente giuspositivistica – e perciò rapportabile alle già ricordate esigenze di certezza, e dunque di normalità-prevedibilità delle dinamiche del mercato; e, dall'altro, un approccio più *elastico* volto, per un verso, a valorizzare il momento interpretativo della norma giuridica, e, per altro verso (e per l'effetto), a caratterizzare e articolare maggiormente il conflitto tra interessi in gioco insito in quel singolo rapporto che può essere isolato nell'ambito del mercato medesimo.

Invero, in un quadro siffatto – che in definitiva mi appare il frutto di un attuale slittamento strutturale dei due atteggiamenti giusfilosofici tradizionali verso il secondo – è dato pur sempre riscontrare un intervento cospicuo e costante del legislatore, il quale lungi dall'eclissarsi, tenta di interagire con le dinamiche del mercato e di governarle – sebbene con risultati alterni, visto il *ricatto* imposto dalla cosiddetta «*competizione tra ordinamenti giuridici*» – tramite l'introduzione di numerose norme (e/o istituendo *authorities* dotate di poteri regolamentari molto penetranti e conformativi della libertà contrattuale e, al contempo di poteri sanzionatori)<sup>233</sup> e favorendo la pro-

<sup>232</sup> Sia consentito una volta ancora il rinvio a Bianchini, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica*, cit., spec. pp. 16-ss.

<sup>233</sup> V. in proposito G. De Nova, *Provvedimenti delle Autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in Id., *Il contratto - Dal contratto atipico al contratto alieno* cit., pp. 67-ss.; Id., *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità Indipendenti*, *ibidem*, pp. 79-ss., nonché i contributi raccolti in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata*

liferazione di clausole generali (o con più ampia terminologia, «norme elastiche») che risultano spesso inserite in ciascuno dei «micro-settori normativi» (composto da leggi speciali e/o da codici di settore) posti a presidio dei vari mercati: interventi normativi ai quali, dunque, non tanto si contrappongono, quanto, piuttosto, nelle quali *si innestano* le numerose e talora confuse (*scil.*, non rigorosamente catalogate e distinte) istanze di «giustizia contrattuale» e/o di «equità» nell'ambito dei singoli rapporti (per lo più, ma non esclusivamente) di matrice contrattuale che innervano il mercato.

Anzi – e al di là di talune enunciazioni di principio – le suddette istanze di «giustizia» e di «equità» nell'ambito di un singolo rapporto contrattuale che pure sostanzialmente è un'operazione economica di mercato, benché costituiscano il portato dell'esercizio della stessa attività imprenditoriale, spesso non vengono riconosciute né tantomeno analizzate come tali: cioè anche con la lente dell'impresa e non già utilizzando soltanto la dogmatica del contratto; con il risultato che detta operazione rimane destinata ad essere inquadrata e ricostruita come semplice espressione del problema dell'autonomia (e della giustizia) contrattuale *tout court*.

A questo proposito, è apparso significativo osservare che una parte autorevole della dottrina civilistica sottolinea l'esistenza di un *nesso diretto* tra consumatore, come parte debole del rapporto contrattuale e tutela dei diritti fondamentali e inalienabili della persona e le istanze di giustizia contrattuale nel contesto dei *rapporti di mercato*<sup>234</sup>; e perciò sostiene l'opportunità – se non addirittura la necessità – di un intervento correttivo (talora detta *etero-integrazione*) dell'autonomia contrattuale in funzione protettiva della persona *tout court*. Ma si è qui ritenuto, non soltanto che così facendo si svuotasse definitivamente il senso del brocardo liberale, attribuito al filosofo politico francese del XIX° secolo, Alfred Fouillée, «*qui dit contractuel, dit juste*»<sup>235</sup>, e sul quale pur si fonda ancora il principio sancito nell'art. 1322 c.c.; ma anche, e soprattutto, che si svilisse il *ruolo*, insostituibile, giocato dall'impresa nella stessa concezione del mercato. Un simile approccio, nel medio-lungo termine, sarebbe infatti capace di mettere a rischio lo stesso utilitarismo economico – che forse si può ancora intendere, se non come figlio, come .... nipote dell'*utilitarianism* benthamiano – ossia il vero *motore* del mercato, l'elemento necessario per alimentarlo dal lato dell'offerta, e che sta alla base dello stesso *rischio d'impresa*<sup>236</sup>. Quest'ultimo

e le autorità indipendenti, il Mulino, Bologna, 2006.

<sup>234</sup> Uso intenzionalmente questa espressione nell'accezione proposta da G. Oppo, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. VIII: *Ultimi scritti*, Cedam, Padova 2013, pp. 69-ss., il quale, all'esito di un più che decennale percorso di approfondimento del tema specifico dei «contratti d'impresa» (cfr. i contributi sul tema del medesimo Autore del 1995 e del 2004, *ibidem*, rispettivamente nel vol. VI, Cedam, Padova 2000, e nel vol. VII, Cedam, Padova 2005) vi include, tanto i rapporti *BtoB* (e *Btob*), quanto i rapporti *BtoC*, accomunati, per l'appunto, dall'esistenza di un tessuto connettivo comune, ossia quel peculiare contesto socio-economico e insieme giuridico, che è il *mercato*.

<sup>235</sup> A. Fouillée, *La Science Sociale Contemporaine*, Paris, Libr. Hachette, 1897<sup>3</sup>, p. 410.

<sup>236</sup> In particolare v. Buonocore, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., spec. pp. 161-ss.; Id., *La responsabilità dell'impresa tra autorità e libertà*, in *La responsabilità dell'impresa*, Atti del Convegno di Studi per

da intendersi esso stesso come variabile particolare – specificamente contestualizzata dall'esercizio di un'attività stabile e organizzata a seconda delle dimensioni e della natura dell'attività economica – dall'articolato e complesso sistema normativo delle responsabilità, e prima tra tutte la responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.).

Ecco, in definitiva, perché qui è si perorato un approccio volto a rivitalizzare il profilo *giuridico* soggettivo delle *parti* nei rapporti del mercato, ossia dei rispettivi *ruoli* socio-economici tipici, da un lato, legati alle specifiche condizioni di esercizio dell'impresa a fini *lato sensu* produttivi di nuova ricchezza e, di norma, orientati all'astratta possibilità di profitto («possibilità di guadagno», secondo Ascarelli); e, dall'altro lato, connessi a fini di approvvigionamento di utilità nel mercato ossia alle tipiche finalità di consumo (e/o di risparmio). Ruoli derivanti (ricavabili), dunque, dall'esercizio di attività e/o dal compimento atti nel contesto del mercato.

Complessivamente, mi pare possibile sostenere che una siffatta articolazione della disciplina del mercato – che appunto ne innerva particolari «fette», in base alla tipologie di rapporti e, insieme, di soggetti, di cui distinti settori economici si compongono – traducendosi in una normativa analitica dell'attività ascrivibile ai *ruoli* socio-economici tipici (ovvero qualifiche giuridiche vere e proprie) specificamente ritagliati sulla base delle caratteristiche delle categorie di soggetti che vi operano in base alle rispettive funzioni e finalità di accesso al mercato medesimo, possa integrare, sul piano costruttivo, un importante punto di riferimento giuspositivo, non solo necessario perché imposto dalla legge, ma anche utile al giudice laddove la soluzione dei conflitti di interessi venga dalla stessa legge demandata alla concretizzazione di una clausola generale, qual è anche l'«abuso della libertà contrattuale», di cui in questa sede si è soprattutto discusso: permettendo, in particolare, di identificare la griglia valutativa, gli *standard* di condotta esigibili e gli elementi caratterizzanti l'operazione economica, anche estrinseci al mero rapporto contrattuale singolarmente considerato, così da collocare finalmente l'*atto* di mercato nella giusta prospettiva dell'*attività* d'impresa.

i trentanni della Rivista «Giurisprudenza commerciale» - Bologna, 8-9 ottobre 2004, cit., *passim*; in passato v. anche G. Rossi, *Proprietà, controllo e rischio d'impresa*, Giuffrè, Milano 1967, spec. pp. 97-ss. e 111-ss.; v. anche Barcellona, *Rischio e potere nel diritto societario riformato - fra golden quota di s.r.l. e strumenti finanziari di s.p.a.*, cit., spec. cap. I e III.

*La «revisione europea» del giudicato penale paradigma della complessità del diritto penale postmoderno*

RICCARDO BORSARI

*Sommario:* 1. Cosa giudicata e «stabilità» dell'ordinamento: cenni introduttivi. 2. La «revisione europea»: *ratio* e caratteri. 3. Sui rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno. 4. Crisi della legalità penale, creatività della giurisprudenza, positività.

*1. Cosa giudicata e «stabilità» dell'ordinamento: cenni introduttivi*

Il «nuovo ordine», non esclusa la materia penale, si alimenta, oltre che di categorie flessibili e aperte, di dialoghi tra organi giurisdizionali, nazionali e non<sup>1</sup>, e di rapporti tra Corti e Carte, che reciprocamente si sovrappongono, influenzano e vincolano seguendo dinamiche complesse e non univoche, in una parola si alimenta di quel pluralismo che, se, come avvertiva Tommaso d'Aquino, «*esse secundum ordinem, non est esse unum simpliciter*», contrassegna l'unità dell'ordine non come unità semplice e monolitica bensì come unità connotata da intrinseca complessità. Non meraviglia l'osservatore avveduto la circostanza che il giudicato<sup>2</sup>, istituto «di sistema»<sup>3</sup>, che contrassegna la giurisdizione<sup>4</sup>, nella sua finalizzazione a dare stabilità alle

<sup>1</sup> Si veda, intanto e da ultimo, R. Cosio, R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, Milano 2013.

<sup>2</sup> Sul piano storico v., tra gli altri, F. Callari, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 62-ss.; A. Rocco, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale. La riparazione delle vittime degli errori*, Società editrice del Foro Italiano, Roma 1932, pp. 39-ss.; A.F. Berner, *Der Grundsatz des Ne bis in idem im Strafprozess*, Tauchnitz, Leipzig 1981, pp. 482-ss.

<sup>3</sup> «La cosa giudicata è il mirabile tentativo dell'ordinamento di dare una staticità al concreto, ma questo fine esso non può raggiungerlo che per una via dinamica, cioè rendendo vana o irrilevante la contestazione»: S. Satta, ora in S. Satta, C. Punzi, *Diritto processuale civile*, CEDAM, Padova 2000, p. 209. Cfr. anche G. Ubertis, *Diritti umani e mito del giudicato*, in «www.penalecontemporaneo.it».

<sup>4</sup> Secondo l'insegnamento di E. Allorio, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, in Id., *Problemi di diritto*, II, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Giuffrè, Milano 1957, p. 57-ss. In questo ordine di idee si sostiene che solamente la decisione del giudice possiede tale peculiare attitudine la quale si contraddistingue per «una forza costitutiva e costruttiva, che introduce nel mondo

decisioni giudiziarie<sup>5</sup>, in virtù della sua «somma preclusione, assoluta e consuntiva»<sup>6</sup>, e, quanto allo specifico penale, a impedire indefinitamente la riapertura dei processi chiusi e l'illimitata possibilità di persecuzione penale<sup>7</sup>, sia assunto a protagonista di primissimo piano del panorama giuridico recente<sup>8</sup>, in quanto oggetto di pronunce di particolare significatività, crocevia dei rapporti tra fonti e Corti interne e fonti e Corti sovranazionali nonché di implicate questioni di fondo dell'ordinamento nazionale, toccato in profondità nella sua conformazione.

Il «mito del giudicato»<sup>9</sup> esprimeva, in origine, la forza, unificatrice, dello Stato; viene allora per così dire naturale il parallelismo tra erosione e crisi di quest'ultimo e i movimenti che stanno scuotendo nelle fondamenta il primo, considerando altresì la delicatezza degli interessi implicati e il correlato rischio di contaminazioni ideologiche e strumentalizzazioni politiche sottese all'idea del processo e dell'autorità – «*Auctor est is qui fecit, auctoritas conditio ei qui fecit*»<sup>10</sup>.

La portata di questa affermazione ben si coglie sol che si rammenti l'esaltazione, nella vigenza del codice del 1930 e sino all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e ai conseguenti, successivi interventi da parte della Corte costituzionale<sup>11</sup>, dell'efficacia assoluta e addirittura opponibile *erga omnes* del giudicato<sup>12</sup> e della verità

del diritto qualcosa di nuovo e allo stesso tempo di fermo, di irrevocabile, di definitivo» (così W. Cesarini Sforza, *Il problema della autorità*, in «Bollettino dell'Istituto di Filosofia del diritto», Roma, 1940, p. 13).

<sup>5</sup> Cfr., anche per gli aspetti lessicali, C. Consolo, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, CEDAM, Padova 1989, *passim*.

<sup>6</sup> Così G. Chioventa, *Cosa giudicata e preclusione*, (ora) in Id., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, III, Giuffrè, Milano 1993, pp. 231-ss.

<sup>7</sup> Ove «ogni caso sia indefinitamente giudicabile, ogni lite diventa un focolaio cronico; nessun corpo sociale tollera simili tensioni»: così F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, Bari 1985, p. 604 ss. Cfr. anche G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Giuffrè, Milano 1963, specie p. 73 ss., e Corte cost., 5 marzo 1969, n. 28, in «Giurisprudenza costituzionale», 1969, p. 385.

<sup>8</sup> Già Cass., 12 luglio 2006, «caso Somogyi», in «Cassazione penale», 2007, p. 406 ha significativamente puntualizzato come «il giudice italiano sia tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato». In argomento v. P. Rivello, *La vicenda Somogyi di fronte alla Corte di Cassazione: un'importante occasione di riflessione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2007, pp. 1081-ss.

<sup>9</sup> G. Leone, *Il mito del giudicato*, in «Rivista di diritto e procedura penale», 1956, pp. 167-ss.

<sup>10</sup> Mommsen, *De auctoritate commentatio*, in Id., *Gesamten Schriften*, II, 1843, pp. 458.

<sup>11</sup> Su cui, per tutti, G. Conso, *Il diritto processuale penale vecchio e nuovo fucina inesaurita di sperimentazioni costituzionali*, in G. Conso (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2006, pp. XI-ss.

<sup>12</sup> V. F. Coppi, *Reato continuato e cosa giudicata*, Jovene, Napoli 1969, p. 211: «Una delle principali ragioni che hanno portato alle note affermazioni sull'efficacia *erga omnes* e sull'intangibilità assoluta della cosa giudicata penale va ritrovata nel fatto che l'istituto della cosa giudicata è uno di quelli che più si prestano a penetrazioni ideologiche e che, di conseguenza, più facilmente risentono delle posizioni di fondo che l'operatore assume sul tema della natura e dello scopo del processo. Ciò si spiega facilmente se si considera che la cosa giudicata è il risultato al quale tende il processo e che essa costituisce il momento nel quale il diritto, attuandosi con definitività nel caso concreto, risolve la sua crisi, e che di conseguenza

in esso sostanziata, in quanto espressione a propria volta del mito della certezza del diritto<sup>13</sup>, al punto da far risultare prevalente l'intangibilità del giudizio e l'irrevocabilità della pronuncia pure su esigenze di giustizia<sup>14</sup>.

La valenza per così dire simbolica del tema predica l'esigenza di non incorrere nella «pregiudiziale ontologica»<sup>15</sup>, esigenza che investe a un tempo la rimodulazione delle fonti di un sistema multilivello e un concetto bensì cardine, quale, appunto, quello di giudicato, ma che, non esistendo «un concetto atemporale ed astratto di giudicato, alla cui stregua plasmare i dati normativi», «come ogni altro problema inerente alla concettualizzazione dell'esperienza giuridica [...] non cela alcuna ricerca di un *quid* davvero esistente in *rerum natura*, ma si compendia nella individuazione dei moduli definitivi e classificatori più coerenti e compiutamente rappresentativi in relazione alle coordinate strutturali, storicamente variabili, di un determinato quadro normativo»<sup>16</sup>.

Si apprezza da questa angolatura l'evoluzione che ha travasato nel codice di rito del 1988 afflitti verso la tutela delle esigenze di giustizia del caso concreto, pur se manifestatesi in un momento successivo al consolidarsi della pronuncia, che l'avvento della Costituzione ha certo incoraggiato, pur non potendosi perdere di vista la necessità intrinseca che il processo abbia un limite in quanto è imprescindibile che «vi sia un magistrato che giudica e non è giudicato, perché gli appelli senza fine producono incertezza nei diritti dei cittadini, sono causa di discordie civili, non di rado di delitti, e sono nocivi più dell'ingiustizia stessa»<sup>17</sup>.

Nell'iconografia tradizionale, la *res iudicata* delimita il giudicato incarnando l'incontrovertibilità connaturata all'accertamento<sup>18</sup> e assistendo storicamente all'oscil-

la valutazione, l'inquadramento nel sistema, lo stesso studio in chiave dogmatica dell'istituto, sono facilmente condizionati dalla concezione che l'operatore ha del diritto e del processo. Discende da tutto questo che lo stesso ambito di operatività dell'istituto, nei limiti in cui ciò è consentito dalla legge, potrà variare in funzione delle posizioni di fondo che verranno assunte dall'operatore e cioè che l'autorità della cosa giudicata potrà essere vista come maggiore o minore in relazione a quello che si riterrà essere lo scopo del diritto e del processo penali e, prima ancora, a ben vedere, il senso stesso dell'esperienza giuridica».

<sup>13</sup> Sempre attuale M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Giuffrè, Milano 1979.

<sup>14</sup> In argomento v. G. Vassalli, *La potestà punitiva*, UTET, Torino 1942, *passim*; A. Attardi, *La cosa giudicata*, in «Jus», 1951, pp. 1-ss. Su tali profili v. ora F. Callari, *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, Giappichelli, Torino 2012<sup>2</sup>, pp. 1-ss.

<sup>15</sup> R. Orestano, voce *L'azione in generale: a) Storia del problema*, in «Enciclopedia del diritto», vol. IV, Giuffrè, Milano 1959, pp. 810-ss.

<sup>16</sup> G. Pierro, *Il giudicato cautelare*, Giappichelli, Torino 2000, p. 12. Per interessanti e stimolanti considerazioni comparative tra diritto processuale civile e penale, v. S. Ruggeri, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Giuffrè, Milano 2004.

<sup>17</sup> P. Tuozzi, *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, UTET, Torino 1900, pp. 7-8.

<sup>18</sup> Cfr. A. Cristiani, *La revisione del giudicato nel sistema del processo penale italiano*, Giuffrè, Milano 1970, p. 53; R. Normando, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Giappichelli, Torino 1996, p. 15.

lazione del baricentro dell'istituto tra esigenze di garanzia nei confronti del potere dell'autorità<sup>19</sup> e affermazioni dell'imperatività della legge penale<sup>20</sup>.

L'impianto normativo codicistico processualpenalistico si incardina, come noto, su di un dettato normativo (l'art. 648 c.p.p.) che definisce i contorni dell'irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali e cristallizza il momento di stabilità e l'esaurimento della funzione giurisdizionale ordinaria rispetto alla regiudicanda; dall'irrevocabilità origina quindi la cosa giudicata formale, la quale produce effetti di tipo esecutivo, secondo il disposto dell'art. 650 c.p.p., e di tipo preclusivo, secondo il disposto dell'art. 649 c.p.p.<sup>21</sup>.

Il *novum* si radica nell'idea di possibili brecce, divenute progressivamente, come si vedrà dappresso, veri e propri squarci, nel muro della cosa giudicata in nome di esigenze di bilanciamento; in tale orizzonte si collocano quegli istituti – revisione<sup>22</sup>, ricorso straordinario per cassazione<sup>23</sup>, rimedi afferenti la fase esecutiva<sup>24</sup> – che mirano a contrastare eventuali ed eccezionali situazioni patologiche d'ingiustizia, alla stregua di «una dimensione dinamica della certezza del diritto»<sup>25</sup> – il «caso Dorigo» e il «caso Drassich», di cui appresso, significano plasticamente la varietà dei rimedi cui la giurisprudenza ha fatto ricorso nel tentativo di arginare situazioni in cui l'intangibilità del *decisum* era suscettibile di tradursi nella violazione di garanzie fondamentali dell'individuo, peraltro essendosi vigorosamente evidenziati in dottrina i rischi di compromissione della legalità processuale<sup>26</sup>.

Per comprendere sino in fondo la rilevanza ordinamentale della pronuncia della Corte costituzionale in materia, è necessario indagare, pur con la sintesi che la sede impone, l'esistenza e la portata di un eventuale fondamento costituzionale del giudi-

<sup>19</sup> Sulla funzione liberale del giudicato penale v. già F. Carrara, *Della rejudicata in criminale*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, VII, Prato 1887, pp. 227-ss.

<sup>20</sup> V. la ricostruzione di E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, Milano 2012, p. 5-ss. Meritano altresì menzione, tra i tanti, gli scritti di E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, in Id., *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Giuffrè, Milano 1962, p. 27-ss.; e V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, IV, UTET, Torino 1932, specie p. 436-ss.

<sup>21</sup> Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 16.

<sup>22</sup> Su cui *infra* nel testo.

<sup>23</sup> Per tutti M. Gialuz, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Giuffrè, Milano 2005; A. Capone, *Gli errori della Cassazione e il diritto al controllo di legittimità*, CEDAM, Padova 2005.

<sup>24</sup> *E multis*, D. Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Giuffrè, Milano 2009; A. Gaito, *Poteri di integrare il merito post rem iudicatam*, in «Diritto penale e processo», 1995, p. 1317 ss.

<sup>25</sup> Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 17.

<sup>26</sup> D. Negri, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in «Diritto penale e processo», 2007, p. 1230: «Non bisogna nascondersi, difatti, che qui non è tanto in discussione il dogma del giudicato come tale, facile da abbandonare ogni qual volta sia di ostacolo a soluzioni *pro reo*; piuttosto, a uscirne minacciata è la stessa legalità processuale, l'insieme cioè di regole formali che, da un lato, disciplinano le modalità di sviluppo della regiudicanda fino alla pronuncia della sentenza irrevocabile, dall'altro lato stabiliscono a quali condizioni la *res iudicata* possa successivamente dissolversi».

cato<sup>27</sup> nonché, nel caso, la prevalenza del profilo attinente l'autorità delle decisioni<sup>28</sup> ovvero la tutela dell'individuo contro reiterazioni dell'accusa *de eadem re*<sup>29</sup>, prendendo le mosse dalla prospettiva personalistica consacrata nell'art. 2 della Costituzione<sup>30</sup>.

Occorre in particolare considerare che, se il piano involvente la *firmitas* e l'*auctoritas* del giudicato sovente evoca retaggi autoritari<sup>31</sup>, pure l'impostazione individualistica, che, ancorandosi di volta in volta a diversi precetti costituzionali<sup>32</sup>, incentra l'attenzione pressoché esclusivamente sulle esigenze di tutela della libertà<sup>33</sup>, pare non cogliere appieno la natura «bifronte» dell'istituto, a un tempo indirizzato a valorizzare l'esito di verità giudiziale scaturito dal processo e la situazione giuridica soggettiva dell'individuo sottoposto alla giurisdizione<sup>34</sup>.

Risulterà tutto sommato agevole cogliere l'eco di un tale dibattito nell'ordito della sentenza in tema di revisione europea, che, pur *prima facie* «sbilanciata» sul versante delle garanzie del singolo, in realtà «non dimentica» il senso e il significato di una pronuncia che si connota per i crismi della definitività<sup>35</sup>, ovvero che faccia scaturire una verità, la verità giudiziale, la quale, ponendo per convenzione termine alla controversia nel necessario rispetto, tra l'altro, del canone di ragionevole durata del pro-

<sup>27</sup> Così Gialuz, *Il ricorso straordinario per cassazione*, cit., pp. 44-ss.

<sup>28</sup> Merita un cenno la tesi, pur estremistica, di F. Carnelutti, *Contro il giudicato penale*, in «Rivista di diritto processuale», 1951, I, p. 289-ss., il quale pervenne a negare in radice l'istituto e la sua valenza garantistica; per una serrata critica Allorio, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, cit., p. 66 ss.

<sup>29</sup> Si veda l'acuta ricostruzione di L. Lupária, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Giuffrè, Milano 2012.

<sup>30</sup> Sul punto, per tutti, G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano 1967, specie p. 304.

<sup>31</sup> Nell'ambito di ampia letteratura, A.A. Dalia, *Le nuove norme sulla revisione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1965, pp. 768 ss.; Normando, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, cit., pp. 15-ss.

<sup>32</sup> Cfr. P. Moscarini, *L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato*, CEDAM, Padova 2005, pp. 56-ss.

<sup>33</sup> Propugnata da De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, cit., p. 92-ss. Più di recente la prospettiva individualistico-soggettiva è stata declinata nel senso di un diritto alla «quiete penalistica», sancito dal secondo comma dell'art. 25 Cost., a mente del quale ciascun individuo dovrebbe potere «contare su un quadro penalistico (sostanziale e processuale) stabile», in vista di una sentenza giusta: in questo senso M. D'Orazi, *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, CEDAM, Padova 2003, pp. 160-ss.

<sup>34</sup> In questo senso Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 25.

<sup>35</sup> Corte cost., 24 aprile 2008, n. 129, in «Giurisprudenza costituzionale», 2008, p.p. 1506 ss. con nota di M. Chiavario, *Giudicato e processo «iniquo»: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, la quale, nel «caso Dorigo», evidenzia come l'accertamento processuale sia volto alla formazione di un provvedimento incontrovertibile circa la colpevolezza dell'imputato (ed eventualmente circa la pena), il che «spiega» poi come l'imperatività della sentenza vinca la presunzione di non colpevolezza costituzionalmente sancita.



cesso<sup>36</sup>, conferisce certezza, secondo le imprescindibili e garantistiche scansioni del giusto processo<sup>37</sup>, cui l'ordinamento soggiace e attribuisce conseguenze giuridiche<sup>38</sup>.

## 2. La «revisione europea»: ratio e caratteri

Nel contesto sommariamente delineato, la sentenza della Corte costituzionale in tema di revisione<sup>39</sup>, la quale si pone, in certi sensi, nella scia delle ben note sentenze gemelle del 2007<sup>40</sup>, costituisce una tappa storica<sup>41</sup>, uno snodo epocale<sup>42</sup> e un tassello<sup>43</sup> dello sforzo, irto di difficoltà e lungi dal lasciare intravedere un assetto compiuto,

<sup>36</sup> Secondo P. Ferrua, *Garanzia del contraddittorio e ragionevole durata del processo penale*, in «Questione giustizia», 2003, p. 459, il canone della ragionevole durata «impone il giudicato, l'irrevocabilità della decisione quale barriera ad una pretesa di ricerca della verità che, assunta come unico riferimento porterebbe all'esperienza del processo senza fine».

<sup>37</sup> Letteratura non compendiabile. V. M. Chiavario, voce *Giusto processo (processo penale)*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XV, Roma, 2001; P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, Zanichelli, Bologna 2007; V. Grevi, *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Giuffrè, Milano 2000.

<sup>38</sup> Sul cognitivismo processuale v., intanto, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1998<sup>5</sup>, pp. 8-ss.

<sup>39</sup> Corte cost., sentenza 7 aprile 2011, n. 113.

<sup>40</sup> Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in «Giurisprudenza costituzionale», 2007, p. 3475, *ivi* nota di C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*; e p. 3535, *ivi* note di M. Cartabia, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*; A. Guazzarotti, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*; V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*. Cfr. altresì G. Ubertis, *La «rivoluzione d'ottobre» della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in «Cassazione penale», 2012, pp. 19-ss.

<sup>41</sup> R.E. Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, in «Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», n. 2/2011, p. 7.

<sup>42</sup> V., a proposito della sentenza n. 113 del 2011, P. Gaeta, *CEDU e Corte Costituzionale: una nuova euristica giudiziale*, in «Giustizia insieme», 2011, 1-2, p. 11: «Ogni interpretazione che adegui contenuti ed assiologie di una norma ai principi della Carta fondamentale o che ne proclami la radicale incompatibilità con essi modifica l'intero orizzonte dell'ordinamento: ne accresce la vastità e l'intensità, lo rende più armonico tra le varie parti, ne esalta la sinergia delle connessioni. Ma ci sono interpretazioni che vanno oltre questo effetto ordinario, perché edificano il futuro: non – per dirla con Sergio Quinzio – «il futuro astratto e lontano verso il quale il tempo penosamente procede», ma il futuro che irrompe nella stessa interpretazione che lo pronuncia. È, insomma, il *modicum fermentum* che *totam massam corrumpit*, nel significato letterale e nobile del verbo: l'esegesi in grado di mutare il volto del sistema, di falsificarlo, dando inevitabilmente la sensazione – propria dei passaggi epocali – che un ordine concettuale, prima ancora che giuridico, si vada ormai sfrangiando».

<sup>43</sup> Merita peraltro di venire ricordata anche la pronuncia di Cass. sez. un., 23 novembre 1988, n. 15, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 1990, p. 419, la quale sancì la diretta applicabilità nell'ordinamento interno delle norme della Convenzione qualora esse si caratterizzassero per un contenuto «completo nei suoi caratteri essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti», dovendosi così differenziare le ipotesi di disposizioni che consentono un adattamento automatico in quanto di immediata applicazione, da quelle di norme di carattere «meramente programmatico» in relazione alle quali si rende necessaria un'attività normativa dello Stato. V. M. Chiavario, *Cultura italiana del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: spunti per una microstoria*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 1990, pp. 433-ss.

di sistemazione, e sistematizzazione, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno<sup>44</sup>; l'interrogativo di fondo, irrisolto, che occupa la scena, investe i rapporti tra Costituzione e Convenzione europea non tanto sul piano formale-astratto della gerarchia delle fonti – cui le sentenze gemelle hanno comunque fornito una risposta<sup>45</sup> – quanto su di un versante che, venendo in gioco diritti fondamentali, si potrebbe definire di «prevalenza assiologica», peraltro assai complesso da perimetrare in un contesto liquido e multilivello<sup>46</sup>.

Il tortuoso *iter* processuale della vicenda nota come «caso Dorigo» è piuttosto conosciuto<sup>47</sup>, sicché, ai fini di questa ricerca, è sufficiente muovere, in prospettiva sistematica, dall'intervento additivo della Corte costituzionale, senza tuttavia pretermettere il *dictum* della Cassazione nel «caso Drassich»<sup>48</sup>: l'affermazione secondo cui «nel bilanciamento di valori costituzionali, da un lato, quello della funzione del giudicato e, dall'altro, quello del diritto a un processo “equo” e a una decisione resa nel rispetto di principi fondamentali e costituzionali posti a presidio del diritto a interloquire sull'accusa, non può che prevalere quest'ultimo», sancisce a chiare lettere

<sup>44</sup> T. Guarnier, *Un ulteriore passo verso l'integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Convenzione?*, in «www.giurcost.org», sottolinea l'estrema attenzione dell'approccio della Corte alle implicazioni sistemiche dell'integrazione tra gli ordinamenti, testimoniata dalla rimessione del bilanciamento concreto al legislatore; afferma nello specifico: «Considerando nel suo complesso questa giurisprudenza, vi si può, a nostro parere, rinvenire una sorta di ripartizione di compiti tra poteri dello Stato ai fini della composizione dei sistemi interno e convenzionale: al legislatore, il primo bilanciamento dei valori, dei principi e dei diritti, interni e sopranazionali (cfr. spec. le sentt. nn. 129 del 2008 e 113 del 2011), tale da assicurare che sia adottato il massimo *standard* di tutela per i diritti contemplati dalle diverse carte (così in particolare la sent. n. 317 del 2010); a ciascun giudice, poi, l'onere di tentare un'esegesi delle disposizioni interne che, compatibilmente, con le istanze di siffatto bilanciamento, ne assicurino la conformità alle carte di riferimento (cfr. soprattutto le pronunce nn. 239 del 2009, 311 e 317 del 2010); infine, alla Corte costituzionale, il meta-bilanciamento e, ove non sia possibile sciogliere l'apparente antinomia in sede ermeneutica, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna in contrasto con la CEDU (per violazione indiretta della Costituzione), ovvero la dichiarazione dell'impossibilità che un determinato indirizzo giurisprudenziale di Strasburgo entri all'interno del nostro ordinamento, per incompatibilità con la Costituzione italiana».

<sup>45</sup> V., in una letteratura imponente, per tutti M. Cartabia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R.E. Kistoris, Giappichelli, Torino 2008, pp. 33-ss.

<sup>46</sup> A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in «www.forumcostituzionale.it».

<sup>47</sup> Per una esauriente e ragionata ricostruzione v. S. Lonati, *La Corte costituzionale individua lo strumento per dare attuazione alle sentenze della Corte europea: un nuovo caso di revisione per vizi processuali*, in «www.penalecontemporaneo.it».

<sup>48</sup> Cass., 25 maggio 2009, in «Cassazione penale», 2011, p. 262 con nota di S. Lonati, *Il «caso Drassich»; continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo*.

la prevalenza dei valori di libertà e dignità della persona rispetto a esigenze di natura eminentemente tecnico-formale correlate al principio di intangibilità del giudicato<sup>49</sup>.

La Corte costituzionale, mediante una pronuncia additiva di principio, ha dunque individuato, a fronte della grave e perdurante inerzia del legislatore italiano<sup>50</sup>, anche internazionalmente in più occasioni stigmatizzata, nella revisione, opportunamente ridisegnata, lo strumento idoneo, per «assonanza»<sup>51</sup>, a risolvere l'annosa e tormentata questione della esecuzione nel nostro ordinamento delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>52</sup>, nel contempo rimarcando la libertà del legisla-

<sup>49</sup> Per un interessante angolazione interdisciplinare v. F. Satta, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. IV, *Diritto processuale amministrativo*, CEDAM, Padova 2007, p. 412.

<sup>50</sup> Si veda già Corte cost., 24 aprile 2008, n. 129, in «Giurisprudenza costituzionale», 2008, p. 1506-ss. con nota di M. Chiavario, *Giudicato e processo «iniquo»: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, la quale, pronunciandosi sempre nel «caso Dorigo», e pur ritenendo infondata la questione di costituzionalità allora sollevata, aveva con forza evidenziato l'imprescindibilità dell'intervento legislativo; anche in «Cassazione penale», 2008, p. 3985, con nota di L. De Matteis, *Tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione: la Corte costituzionale in tema di revisione a seguito di condanna da parte della Corte di Strasburgo*. G. Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2011, pp. 1542-1543 rileva come la (successiva) declaratoria di illegittimità dell'art. 630 c.p.p. fosse «una facile predizione», considerando che la dichiarazione di infondatezza della sentenza del 2008 era motivata «con specifico riferimento ai parametri [...] indicati», quasi una sorta di «suggerimento» ai giudici ordinari su come regolarsi qualora il legislatore non avesse aderito al contestuale «pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei». Sui dubbi che quella vicenda processuale potesse chiarire i termini dell'efficacia della Convenzione europea nel diritto interno v. M. Cartabia, *La CEDU nell'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Atti del Seminario (Ferrara, 9 marzo 2007), a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, Torino 2007, p. 17. In senso critico sulla prudenza della Corte Valentini, *La Corte costituzionale e il caso Dorigo: sense and sensibility*, in «Giustizia penale», 2008, I, c. 212-ss. In argomento altresì A. Giarda, *Italia e giurisprudenza europea: «Io speriamo che me la cavo»*, in «Diritto penale e processo», 2006, p. 3-ss.; M.G. Aimonetto, *Condanna «europea» e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, pp. 1510-ss.; G. Campanelli, *La sentenza 129/2008 della Corte costituzionale e il valore delle decisioni della Corte EDU: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*, in «www.giurcost.org».

<sup>51</sup> Cfr. § 8 del *Considerato in diritto*.

<sup>52</sup> Nell'ambito di un'imponente letteratura si vedano G. Ubertis, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, III, Giuffrè, Milano 2011, p. 57-ss.; T. Rafaraci, *Il valore della CEDU nel sistema delle fonti*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e Unione Europea*, Bononia University Press, Bologna 2009, p. 92; S. Allegrezza, *Violazioni della CEDU e giudicato penale. Quali contaminazioni? Quali rimedi?*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, cit., p. 21 ss.; M. Gialuz, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2010, pp. 1845-ss.; M. de Salvia, *L'obbligo degli stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del comitato dei ministri del Consiglio d'Europa*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., pp. 67-ss.; R. Greco, *Dialogo tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113*, in «www.giurcost.org». In generale sui rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e materia penale v. M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema*

tore di scegliere e percorrere strade differenti<sup>53</sup>.

Così statuendo la Corte si è spinta anche oltre le attese destinate dalla propria precedente pronuncia nel «caso Dorigo»: non si è infatti limitata a proclamare il principio secondo cui il giudicato penale nazionale, e l'implicata esigenza di *firmitas*, deve potere essere superato ogniqualevolta la Corte europea riconosca la necessità della riapertura del processo per porre rimedio alla violazione della Convenzione, lasciando al legislatore e, nell'attesa, al singolo giudice la scelta nel concreto dei casi, ma ha posto pure una serie di regole<sup>54</sup>, anche al fine di evitare di trasformare la revisione in una sorta di quarto grado di giudizio cui ricorrere in una vasta gamma di ipotesi<sup>55</sup>, con effetti di ampia destabilizzazione.

Antecedentemente alla pronuncia in esame, la giurisprudenza e la dottrina si sono, come noto, in più occasioni esercitate, sovente sulla spinta di esigenze equitative affiorate nella prassi<sup>56</sup>, nel tentativo di dare soluzione a una problematica che ha via via assunto connotati alquanto spinosi<sup>57</sup>; e se la dottrina è giunta a sostenere l'inesistenza giuridica di una pronuncia emessa in contrasto con i canoni costituzionali e internazionali del giusto processo<sup>58</sup>, è noto come i giudici di legittimità abbiano percorso, non senza torsioni concettuali e critiche diffuse, la strada dell'ineseguibilità

*delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano 1969; F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*, Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, a cura di C. Ruga Riva, Giuffrè, Milano 2007, p. 13 ss.; V. Manes, V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano 2011; E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2006; A. Esposito, *Il diritto penale «flessibile». Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino 2008.

<sup>53</sup> Lo evidenzia L. Parlato, *Commento a Corte cost. 7 aprile 2001, n. 113*, in «Diritto penale e processo», 2011, p. 844.

<sup>54</sup> In questo senso M. Gialuz, *Una sentenza «additiva di istituto»: la Corte costituzionale crea la «revisione europea»*, in «Cassazione penale», 2011, pp. 3308-ss.

<sup>55</sup> P. Rivello, *La Corte costituzionale interviene sull'istituto della revisione al fine di garantire l'obbligo di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2011, p. 1173.

<sup>56</sup> S. Lonati, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2011, p. 1560.

<sup>57</sup> Per un quadro generale dell'impatto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sul processo penale italiano v., per tutti, R.E. Kostoris, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., pp. 3-ss.

<sup>58</sup> Così Ubertain, da ultimo in *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, cit., p. 1543. Cfr. anche O. Mazza, *L'esecuzione può attendere: il caso Dorigo e la condanna ineseguibile per accertata violazione della CEDU*, in «Giurisprudenza italiana», 2007, c. 2639-ss.

del giudicato<sup>59</sup> ovvero del ricorso straordinario per errore di fatto<sup>60</sup> allo scopo, per l'appunto, di tamponare quanto meno nel concreto le iniquità scaturenti dal vuoto legislativo.

Il percorso argomentativo della Corte si incardina, come accennato, sulle sentenze gemelle del 2007, a mente delle quali le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, siccome interpretate dalla Corte, integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale di cui all'art. 117, co. 1 della Costituzione, nella parte in cui impone l'adeguamento della legislazione interna ai vincoli derivanti da obblighi internazionali; ne discende, in estrema sintesi, che il giudice è chiamato in primo luogo a esperire ogni tentativo di interpretazione della norma interna in senso con-

<sup>59</sup> È la soluzione prospettata da Cass., 1 dicembre 2006, n. 2800, («caso Dorigo»), in «Cassazione penale», 2007, specie pp. 1447-1448. Per il rilievo che attraverso l'incidente di esecuzione è preclusa la deduzione di questioni procedurali coperte dal giudicato v. S. Lonati, *Il «caso Dorigo»: un altro tentativo della giurisprudenza di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2007, p. 1539. Per la sottolineatura che il rimedio in questione non assicura una completa *restitutio in integrum* e dunque non costituisce un adeguamento integrale alla pronuncia della Corte europea, Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, cit., p. 1544; E. Selvaggi, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e il giudicato nazionale: conflitto non risolvibile?*, in «Cassazione penale», 2006, p. 3188; A. Pugiotto, *Vent'anni dopo l'insegnamento di Giovanni Battaglini*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, cit., in particolare p. 193, che si esprime nel senso di una «paradossale situazione di un giudicato [...] collocato [...] in una sorta di limbo processuale»; E. Lupo, *La vincolatività delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in «Cassazione penale», 2007, p. 2252-ss.

<sup>60</sup> L'occasione della pronuncia è sorta in particolare con riferimento all'ipotesi di violazione della Convenzione europea in relazione alla modifica della qualificazione giuridica del fatto in sede di Cassazione e alla non piena esplicazione del diritto di difesa: v. Cass., 11 dicembre 2008, n. 45807 («caso Drassich»), in «Giurisprudenza italiana», 2009, pp. 2511-ss., con nota di R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: sul caso Drassich*; in «Cassazione penale», 2009, pp. 1457-ss., con note di M. Caianiello, *La riapertura del processo ex art. 625-bis c.p.p. a seguito di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*, e L. De Matteis, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato. Evidenza Ubertis, La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, cit., pp. 1544-1545 «non condivisibili interpretazioni analogiche, che risultano comunque in palese contrasto con il principio di tassatività delle impugnazioni anche qualora, contraddicendo la stessa qualifica di «straordinario», fosse posta in dubbio la natura di tale rimedio». Cfr. F.R. Dinacci, *La diversa qualificazione giuridica del fatto tra Costituzione e obblighi europei*, in P. Corso ed E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, Casa Editrice La Tribuna, s.l. 2010, pp. 177-ss.; F. Zacché, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in «Diritto penale e processo», 2009, pp. 781-ss. In altra ipotesi (Cass., 11 febbraio 2010, «caso Scoppola»), la Cassazione, a seguito di accoglimento del ricorso straordinario ex art. 625-bis c.p.p., ha direttamente rideterminato la pena allo scopo di garantire l'immediata eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli subite dal condannato «in conseguenza» dell'irrogazione di una sanzione ritenuta illegittima dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; in senso critico v. C. Musio, *Il «caso Scoppola» dalla Corte europea alla Corte di Cassazione*, in «Cassazione penale», 2011, pp. 208-ss.; in generale sull'argomento, Vigoni, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, cit., pp. 179-ss.

forme alla Convenzione<sup>61</sup> e, solo ove detto tentativo sia infruttuoso, non potendosi dare luogo alla disapplicazione diretta da parte del giudice comune della norma interna contrastante con la Convenzione europea<sup>62</sup>, a sollevare questione di legittimità con riferimento al suddetto parametro, in relazione al quale la Corte viene anzitutto chiamata a verificare se, a seguito di tale interpretazione, la norma della Convenzione risulti in contrasto con altre disposizioni costituzionali.

Nello specifico, in relazione appunto al parametro rappresentato dall'art. 117, co. 1 Cost., l'interpretazione dell'art. 46, par. 1 della Convenzione, alla stregua della quale l'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea – obbligo che si iscrive a pieno titolo nel sistema del diritto internazionale<sup>63</sup>, in particolare nel concetto di responsabilità degli Stati che lo stesso diritto internazionale ben conosce e da cui deriva l'obbligo di porre fine all'illecito, di riparare il pregiudizio e, se del caso, offrire garanzie di non ripetizione<sup>64</sup> – comporta anche l'impegno dello Stato contraente

<sup>61</sup> L'obbligo per i giudici ordinari di procedere a una interpretazione conforme a Convenzione delle norme interne è stato poi ribadito dalle sentenze, «seconde gemelle», nn. 311 e 317 del 2009. L'argomento è troppo vasto e complesso per potere qui venire anche solo delineato nei suoi tratti essenziali; per indicazioni si veda F. Viganò, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, cit., pp. 617-ss.; M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappichelli, Torino 2009; P. Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in «www.penalecontemporaneo.it». Il vincolo a interpretare la Convenzione europea in modo conforme alla giurisprudenza è stato di recente significativamente invocato dalla Corte costituzionale per fondare la restituzione degli atti ai remittenti (ordinanza n. 150 del 2012 in un giudizio attinente talune disposizioni della legge n. 40 del 2004 in materia di procreazione medicalmente assistita) sulla scorta della motivazione che «la diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione, espressamente richiamata dai remittenti – operata all'interno dello stesso giudizio nel quale è stata resa quest'ultima pronuncia – incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici a quibus e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità così come proposta».

<sup>62</sup> Anche in relazione a questa problematica, la letteratura è vastissima. Per tutti si veda B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012, p. 155-ss.

<sup>63</sup> Cfr. X.B. Ruedin, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2009, pp. 122-ss.

<sup>64</sup> Il concetto di responsabilità criminale dello Stato risulta ontologicamente inscindibile dal concetto di Stato quale entità collettiva autonoma dotata di personalità giuridica e soggetta alle regole del diritto internazionale; in particolare, il riferimento alla responsabilità criminale dello Stato non si deve ritenere che comporti necessariamente la per così dire colpevolezza dell'intero apparato statale né la totale sovrapponibilità-identificabilità con il concetto di colpevolezza nel senso del diritto sovranazionale penale. Responsabilità criminale internazionale dello Stato più semplicemente evoca l'idea che una condotta, qualificata come internazionalmente criminale, è stata commessa sotto l'egida dello Stato (F. Malekian, *International Criminal Responsibility*, in *International Criminal Law*, ed. by M.C. Bassiouni, vol. I, Ardsley, New York 1999<sup>2</sup>, pp. 153 ss.), da individui che in qualche modo agiscono per lo Stato e perseguono una politica di Stato; lo Stato, non essendo una persona fisica, non commette un crimine nel significato naturalistico del termine, ad esso viene ascritta una responsabilità criminale per condotte in relazione alle quali la persona fisica materiale esecutrice verrà sottoposta a sanzione penale (J. Dugard, *Criminal Responsibility of States*, in *International Criminal Law*, ed. by M.C. Bassiouni, cit., p. 239 ss.). La sanzionabilità della condotta medesima costituisce niente più che la naturale conseguenza di

a consentire la riapertura dei processi qualora sia indispensabile ai fini della *restitutio in integrum*, non risulterebbe in contrasto con la Costituzione; in particolare, pur nella rilevanza dei valori della certezza e stabilità della cosa giudicata, non può ritenersi contraria al dettato costituzionale – nel pensiero della Corte – la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di peculiare rilevanza, ove accertate dalla Corte europea, delle garanzie previste dall'art. 6 della Convenzione stessa e dall'art. 111 della Costituzione. Ne è conseguita la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non contempla un ulteriore e diverso caso di revisione finalizzato a «consentire la riapertura del processo quando la stessa risulti necessaria per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea».

La decisione della Corte, salutata come rimedio benefico anche al fine di arginare il continuo stravolgimento del sistema processuale, specie delle impugnazioni<sup>65</sup>, apre la via a non poche difficoltà; difficoltà che si palesano, pur rientrando in quella tipologia di pronunce in cui l'elaborazione di una disciplina immediatamente utilizzabile è mossa dall'intento di garantire l'effettiva applicazione del principio posto dalla Corte<sup>66</sup>, in primo luogo qualora si mettano a confronto la sua natura, affermata nella pronuncia, di «rimedio generale» al problema dell'adeguamento dell'ordinamento italiano alle condanne per inosservanza della Convenzione, con la varietà tipologica in cui si sostanzia la *restitutio in integrum* in correlazione con le differenti pronunce della Corte e le differenti violazioni della Convenzione a monte<sup>67</sup>.

La Corte, peraltro, tra le «regole» che si è preoccupata di porre al fianco del principio, in un'ottica informata a un criterio teleologico di compatibilità e nella consapevolezza della diversità di funzione della revisione tradizionale, rimarca che «il giudice dovrà procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione. Dovranno ritenersi, infatti, inapplicabili le disposizioni che appaiano inconciliabili, sul piano logico-giuridico, con l'obiettivo perseguito (por-

ogni condotta che violi precetti dell'ordinamento, in questo caso inter(sovra)nazionale. Essa dunque si pone su di una linea di ideale continuità, alla stregua di ogni fenomeno sanzionatorio, rispetto alla affermazione dell'esistenza di beni e valori fondamentali della comunità internazionale.

<sup>65</sup> Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, cit., p. 1545. Nel senso che la soluzione adottata dalla Corte potrà rivelarsi maggiormente soddisfacente delle precedenti, specie sotto il profilo probatorio, S. Quattrococo, *Riqualficazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Jovene, Napoli 2011, pp. 24-25.

<sup>66</sup> In tema v. G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino 1996; G.P. Dolso, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1999, pp. 4161-ss. Qualifica la sentenza in esame come «additiva di principio» G. Canzio, *Giudicato «europeo» e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in «Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», n. 2/2011, p. 5, che ritiene gli spazi operativi disegnati dalla sentenza «solo a grandi linee».

<sup>67</sup> Per approfondimenti Kostoris, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, cit., pp. 9-ss.; Ubertis, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, cit., pp. 1546-1547.

re l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata, e non già rimediare a un difettoso apprezzamento del fatto da parte del giudice, risultante da elementi esterni al giudicato»).

Innanzitutto, tra le numerose questioni di «compatibilità», spicca problematicamente il rilievo per cui la riapertura del processo in conseguenza dell'accertata violazione della Convenzione comporta la necessità di riesaminare gli stessi atti già presi in considerazione nei tre gradi di giudizio; al di là dell'eterogeneità<sup>68</sup> rispetto alle ipotesi codicistiche di revisione, occorre tuttavia ricordare come già la giurisprudenza interna abbia nel tempo risagomato l'istituto della revisione, ad esempio estendendo il concetto di «nuova prova» anche alle prove che, pur presenti negli atti, non sono state oggetto di valutazione da parte del giudice – «importa poco che qualcosa figuri negli atti, se il giudice l'ha ignorato»<sup>69</sup> – ovvero alla prova che, pur presente, valutata o meno, non è entrata a far parte del processo argomentativo e della motivazione del provvedimento<sup>70</sup>.

L'estensione concreta del rimedio risulterà dunque il riflesso della violazione, tenendo in particolare considerazione – elemento di centrale importanza – il fatto che la Corte europea non accerta vizi specifici ma effettua una valutazione di carattere complessivo informata in particolare a proporzionalità<sup>71</sup>.

Da questo punto di vista si comprende la ricostruzione alla stregua della quale non di un nuovo caso di revisione si tratterebbe, bensì di un istituto nuovo, la «revisione europea», e non già al cospetto di una sentenza additiva di principio ci si troverebbe, bensì di una pronuncia «additiva di istituto», «una pronuncia che afferma un principio desumibile dal sistema e lo affianca a regole puntuali che concorrono a plasmare un nuovo istituto»<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> G. Tabasco, *Decisioni CEDU, processo iniquo e nuovo giudizio*, in «Diritto penale e processo», 2011, p. 1410 sostiene trattarsi, più che di un nuovo caso di revisione, di un nuovo strumento d'impugnazione, in quanto l'istituto introdotto in via giudiziale non postula alcuna contrapposizione fra differenti rappresentazioni fattuali, bensì la disomogeneità tra la sentenza irrevocabile di condanna e un fatto processuale rappresentato dalla violazione accertata dei principi della Convenzione.

<sup>69</sup> Così F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano 2010<sup>10</sup>, p. 1143. In giurisprudenza Cass., sez. un., 26 settembre 2001, in «Cassazione penale», 2002, p. 80.

<sup>70</sup> Cass., 20 gennaio 1992, in «Giurisprudenza italiana», 1992, II, c. 720, con nota di M. Bargis, *Prove ai fini della revisione*.

<sup>71</sup> F.M. Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Cassazione penale», 2011, p. 794.

<sup>72</sup> Gialuz, *Una sentenza «additiva di istituto»: la Corte costituzionale crea la «revisione europea»*, cit., p. 3309.



### 3. Sui rapporti tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno

In termini generali, l'effetto dell'impiego dell'art. 46 della Convenzione<sup>73</sup> – meccanismo di adeguamento del diritto interno maggiormente diretto e automatico rispetto al controllo per il tramite della conformità al parametro sostanziale di riferimento – si dispiega principalmente in una nuova conformazione delle garanzie processuali per il tramite dell'attribuzione alle stesse di una portata e un significato «nuovi»; un'integrazione di tal genere ad opera della Convenzione non può dunque che assumere caratura e coloritura sostanziali, dal momento che attraverso di essa la Corte costituzionale consolida in senso sostanziale i singoli strumenti di tutela, se del caso anche riplasmando gli istituti interni ovvero, più propriamente, «creando» istituti – come in questo caso – che, al di là del *nomen*, in verità presentano caratteri che segnano una distanza piuttosto profonda rispetto al dettato codicistico.

Questo genere di considerazioni chiama prepotentemente in causa l'estensione dei poteri della Corte costituzionale, anche in rapporto al suddetto art. 46: se, per ottemperare a una sentenza di condanna da parte della Corte europea, la Corte suprema interna è richiesta di una pronuncia che colmi l'inerzia legislativa, ciò significa riversare in quell'intervento additivo tutte le problematiche che scaturiscono dalla natura sistemica del conflitto cui è chiamata a porre rimedio<sup>74</sup>, ben oltre il portare a galla un principio latente nel sistema; «appare comunque evidente» – si è condivisibilmente affermato – «la traccia di una nuova morfologia dell'interpretazione conforme alla CEDU. Le cadenze sono chiare: la Corte di Strasburgo afferma il principio; la Corte costituzionale lo traduce, recependolo attraverso un'additiva, in principio costituzionale; il giudice nazionale è chiamato a tradurre il principio – convenzionale e, *pertanto*, costituzionale – in norma procedurale. In questa catena attuativa, la difficoltà maggiore è ovviamente nel passaggio finale, dove si richiede al giudice nazionale un'inusitata *inventio* interpretativa»<sup>75</sup>.

La provenienza «dall'esterno» dell'esigenza di adeguamento del diritto interno e la necessità di colmare uno iato strutturale tra gli ordini tale da non far risultare bastevole una semplice caducazione, impegna al fine le diverse tecniche di giudizio della Corte costituzionale, incarnando, sotto la spinta propulsiva della necessità di integrazione tra ordinamento interno e ordinamenti sovranazionali, un momento di creazione giurisprudenziale del diritto particolarmente pregnante.

<sup>73</sup> Su cui ampiamente A. Saccucci, *La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte europea*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 81-ss.

<sup>74</sup> Sui rapporti fra gli ordinamenti dell'integrazione europea v. N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli 2006; M. Pedrazza Gorlero (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2010.

<sup>75</sup> Gaeta, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, cit., p. 21.

La sentenza in questione non si limita, dunque, a un intervento di microchirurgia accuratamente selettivo – intervento peraltro che impatta sui gangli vitali del sistema, investendo il giudicato – ma assume un significato per così dire generale e paradigmatico, in uno con altre pronunce, del rimodellamento dell’ordinamento nel flusso dialogico tra Costituzione (e Corte costituzionale) e Convenzione europea (e Corte europea), particolarmente interessante ove si convenga sull’idea che «in quanto giudice dell’osservanza, da parte degli Stati europei, di diritti e di libertà fondamentali, la Corte di Strasburgo esercita indubbiamente una funzione accostabile a quella propria delle Corti costituzionali statali, il cui compito primario è proprio quello di assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dal patto costituzionale tra i cittadini dello Stato», seppure le differenze rispetto alle modalità di funzionamento di talune Corti e le peculiarità della Corte europea portano alla conclusione che «la Corte europea non è, in via di principio, “giudice delle leggi” ma “giudice dei casi”»<sup>76</sup>. L’orizzonte non è (più) delimitato dal rapporto legge-Costituzione, ma si apre, in una *ordinatio ad plura e ad plures*<sup>77</sup>, a un complesso normativo in cui il principio costituzionale e quello convenzionale specificamente rilevanti si compenetrano in maniera inscindibile e si alimentano reciprocamente al fine di orientare il contenuto necessario a che la legge interna rispetti l’uno o l’altro dei detti principi. Merita qui ricordare, seppure incidentalmente, che, alla stregua di una certa interpretazione della Convenzione, l’effetto delle sentenze di condanna della Corte europea si estenderebbe, in una sorta di tutela *erga omnes*, oltre i confini dello Stato di volta in volta specificamente coinvolto e richiederebbe a tutti gli Stati obbligati di conformarsi – si evoca l’idea di «valore o autorità di cosa giudicata interpretata»<sup>78</sup>. D’altro canto, con il trascorrere degli anni, l’evoluzione della giurisprudenza della Corte e talune modifiche normative, è lo stesso volto della Corte europea ad avere subito importanti modifiche, sino a pervenire, da un sistema di controllo sull’equità processuale circoscritto all’operato delle autorità nazionali in relazione allo specifico caso considerato, a un sindacato esteso anche alla conformità degli ordinamenti nazionali, compresa la legislazione, ai principi europei, da cui il vincolo, gravante sui paesi membri, di adottare i correttivi indispensabili ad adeguare il diritto interno agli standard di tutela europei<sup>79</sup>.

Ogniqualevolta infatti l’inerzia legislativa non possa venire colmata per il tramite delle potenzialità interpretative rivenienti dalla «lettura congiunta» di legge e Costituzione, il richiamo alle istanze sovranazionali di tutela rende il principio deputato

<sup>76</sup> Chiavario, *La «lunga marcia» dei diritti dell’uomo nel processo penale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 28.

<sup>77</sup> P. Piovan, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Laterza, Bari 1961, p. 95.

<sup>78</sup> A. Gardino Carli, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell’uomo. Profili processuali*, Giuffrè, Milano 2005, p. 140.

<sup>79</sup> R.M. Geraci, *Sentenze della Corte E.D.U. e revisione del processo penale*, I, *Dall’autarchia giudiziaria al rimedio straordinario*, Dike, Roma 2012, pp. 5-ss.

a colmare il vuoto costituzionalmente obbligato in virtù di quel «circolo di mutua e incessante alimentazione semantica»<sup>80</sup> tra Costituzione e Convenzione che sancisce un innesto di principii e valori il quale riorienta anzitutto le stesse garanzie costituzionali, la cui portata continuamente si ridisegna ed è a propria volta la risultante di una dialettica tra principi in cui i confini tra esterno e interno appaiono mobili e flessibili<sup>81</sup>.

L'idea, che ne scaturisce, in forza della quale la legge interna è chiamata a rispettare la Costituzione non meno che la Convenzione europea, parrebbe così per un verso disvelare la difficoltà di connotare il rapporto tra queste due fonti in chiave principalmente gerarchica e indipendentemente dalle ragioni di tutela e dai valori di cui si fanno portatrici, per l'altro corroborare il primato del giudice nella riconfigurazione del rapporto tra sistemi di tutela<sup>82</sup>. Si affaccia l'idea che al controllo di costituzionalità vada affiancandosi un «controllo di convenzionalità», il quale dovrebbe anzi assumere carattere di «ordinarietà», sì da sollevare l'interrogativo se il giudice nazionale debba «autonomamente tendere al *fair trial* – che sembra essere qualcosa di più e di diverso dal “processo secondo le regole” – attingendo alla *sostanza* dei diritti fondamentali nel processo e garantendoli persino “oltre” le regole formali interne che parrebbero presidiarli»<sup>83</sup>.

Per vero è la stessa Corte costituzionale che, l'anno seguente<sup>84</sup>, in un certo senso torna sui suoi passi<sup>85</sup>.

<sup>80</sup> A. Ruggeri, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in «Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti», n. 2/2011, pp. 12-ss.

<sup>81</sup> In questo senso il bel saggio di G. Repetto, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2011, specialmente pp. 1552-ss. Sui rapporti con la Carta dei diritti fondamentali v. S. Manacorda, *Carta dei diritti fondamentali e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Napoli 2011, pp. 2373-ss.

<sup>82</sup> Cfr. R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, *passim*.

<sup>83</sup> Gaeta, *CEDU e Corte Costituzionale: una nuova euristica giudiziale*, cit., p. 13.

<sup>84</sup> Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230; v. V. Napoleoni, *Mutamenti di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in «www.penalecontemporaneo.it».

<sup>85</sup> «Penelope alla Consulta», si è assai efficacemente detto, così autorevolmente «certificando» l'instabile e fluida mutevolezza dei rapporti tra Corte stessa e Corte europea e addentrandosi in considerazioni che toccano pure il tema della struttura dell'ordinamento: A. Ruggeri, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in «www.giurcost.org». Afferma, in relazione a detta sentenza, O. Di Giovine, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in «www.penalecontemporaneo.it»: «Anche in questo caso, la Corte Costituzionale si è però incaricata di riportare la giurisprudenza ordinaria *con i piedi per terra* ed ha dichiarato la questione infondata. Nel far ciò, dunque, ancora una volta e senza grande sorpresa, la Consulta sembra aver rinnegato le premesse che essa stessa aveva posto nel 2007 e rinvigorito due anni dopo. E lo ha fatto questa volta in modo forse anche più tranciante, ricorrendo ad argomentazioni di taglio molto tradizionale».

Merita ricordare i termini della problematica che si è posta innanzi alla Corte.

Il Tribunale di Torino ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale, intervenuto con decisione delle Sezioni unite, in base al quale il fatto giudicato non sia previsto dalla legge come reato, deducendo la violazione degli articoli 3, 13, 25 co. secondo, 27, co. terzo Cost. nonché 117, co. primo Cost. in relazione agli articoli 5,6 e 7 della Convenzione europea. Nel caso specifico era questione di successione nel tempo di diverse interpretazioni giurisprudenziali della medesima «fonte formale», ipotesi questa non contemplata dall'art. 673 c.p.p. il quale prevede la revoca della sentenza di condanna passata in giudicato nei soli casi di abrogazione e di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice. Il giudice *a quo* tuttavia dubita della legittimità di tale soluzione ed evidenzia come in relazione al «giudicato esecutivo» e al «giudicato cautelare» la Corte di cassazione avesse di recente modificato il proprio orientamento, in passato analogo a quanto enunciato con riferimento alla norma censurata, e riconosciuto la rilevanza di mutamenti giurisprudenziali sopravvenuti. Gli argomenti addotti a sostegno di tale diverso orientamento, correlati alle esigenze di rispetto di principi anche europei e della funzione nomofilattica delle sezioni unite, dovrebbero quindi trovare accoglienza anche avuto riguardo alla revoca delle sentenze passate in giudicato a fronte di un sopravvenuto mutamento di giurisprudenza con il quale si affermi che un determinato fatto non è previsto dalla legge come reato. Al proposito il ricorrente tra l'altro richiama, invero significativamente, quanto affermato dalle sezioni unite nella nota sentenza n. 18288 del 2010 in tema di principio di legalità come concretato alla luce dell'art. 7 della Convenzione europea<sup>86</sup>.

Tra i numerosi profili affrontati, la Corte costituzionale, ispirata a una logica di difesa della legalità assai restrittivamente intesa, riprende anzitutto la distinzione tra «diritto legislativo» e «diritto giurisprudenziale», tuttavia conferendo, in controtendenza con acquisizioni invero piuttosto consolidate, solamente al primo la patente di *verum ius*; anche l'affermazione circa la portata meramente «persuasiva» e non autenticamente «prescrittiva» delle pronunce della Suprema Corte, quasi certamente intesa a «ristabilire» equilibri istituzionali tra i poteri, desta qualche perplessità e peraltro pare ricevere una parziale smentita nella stessa sentenza laddove si riconosce che oggetto del giudizio di costituzionalità è il «diritto vivente»<sup>87</sup>, quale si forma attraverso un orientamento giurisprudenziale stabile o – si soggiunge significativamen-

<sup>86</sup> V. S. Riondato, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in «Rivista italiana di Diritto e procedura penale», 2011, pp. 1541-ss.

<sup>87</sup> Cfr. A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*. *Genesis, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano 1994.

te – «comunque ampiamente condiviso», grazie agli apporti della Suprema Corte e dello stesso organo di legittimità<sup>88</sup>.

La Corte si impegna altresì con significativo vigore nella difesa del giudicato, che resta punto fermo, pietra angolare dell'edificio processuale e dell'intero ordinamento; e, a sostegno, indugia a ricostruire il pensiero della Corte europea in tema di *lex mitior*<sup>89</sup>, non senza evidenziare come la lettera della Convenzione si limiti a enunciare il principio del divieto di applicazione retroattiva della norma penale sfavorevole, mentre il principio di retroattività della *lex mitior* costituirebbe una sorta di forzatura interpretativa della Corte europea<sup>90</sup>. Viene in particolare perentoriamente affermato che mai la giurisprudenza europea ha riferito «in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza»; e se vale il richiamo a un'accezione ampia e «sostanziale», europeisticamente intonata, del concetto di *law*, si precisa come di questa ampia accezione non si abbia esplicito riscontro in relazione al principio di retroattività della *lex mitior* e, soprattutto, come la differente impostazione delle garanzie dei diritti nell'ambito convenzionale e interno precludano «una

<sup>88</sup> In questo senso Ruggeri, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)*, cit.

<sup>89</sup> Letteratura non compendiabile. V. C. Sotis, *Le «regole dell'incoerenza». Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, Roma 2012, pp. 69-ss.

<sup>90</sup> L'accoglimento del principio di retroattività della legge penale più favorevole da parte della Corte di Strasburgo risale alla famosa e importante «sentenza Scoppola». Per un quadro completo e approfondito delle questioni v. M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 59-ss.; V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milano 2012. Come noto detta sentenza ha dato vita al delicatissimo problema, afferente ai rapporti tra diritto penale interno e diritto convenzionale come interpretato dalla Corte europea, se le decisioni della Corte debbano ovvero possano, e, nel caso, in che modo, condurre i giudici ordinari a modificare la cosa giudicata anche in relazione alle situazioni simili a quelle del caso deciso: in argomento si vedano, tra gli altri, i contributi di F. Viganò, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in «www.penalecontemporaneo.it»; Id., *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, *ivi*; Id., *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, *ivi*; G. Romeo, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, *ivi*. La pronuncia della Corte costituzionale è intervenuta nel luglio 2013 e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma (art. 7 d.l. n. 341/2000) che aveva di fatto ripristinato in maniera retroattiva la pena dell'ergastolo nei confronti degli imputati che avevano già formulato richiesta di giudizio abbreviato; nei confronti di costoro la pronuncia della Corte apre la via alla modifica dei giudicati penali, in particolare alla rideterminazione della pena in quella di trenta anni di reclusione. La pronuncia assume grande importanza in ordine ai rapporti tra ordinamento interno e obblighi derivanti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo avendo in sostanza i giudici interni riconosciuto che, ogniqualvolta una sentenza europea individui un problema strutturale nell'ordinamento nazionale da cui dipende in concreto la violazione denunciata, lo Stato ha l'obbligo di adottare «misure generali» anche in assenza di una specifica statuizione da parte della Corte europea affinché cessi la violazione dei diritti riconosciuti nella Convenzione nei confronti di tutti coloro che sono o potrebbero essere vittime di una violazione analoga a quella riscontrata in capo al singolo ricorrente.

meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale».

Si coglie qui, in questa sottolineatura dei tratti caratterizzanti i due sistemi di garanzie e l'identità costituzionale del nostro ordinamento, una brusca interruzione<sup>91</sup>, ovvero, aggiungiamo, un tentativo di brusca interruzione del dialogo tra le Corti<sup>92</sup>; tentativo, appunto, giacché la storia recente dimostra che il dialogo prosegue, incoercibile, ad onta di frenate, ostruzionismi e sussulti differenti per intensità e natura.

La cosa giudicata si erge allora a terreno di scontro e confronto tra diverse concezioni strutturali dell'ordinamento, cui fa da sfondo una non sopita e anacronistica divergenza tra la tendenza della Corte europea a erodere, sino ad azzerare, lo scarto tra *civil e common law* e l'atteggiamento «conservativo» di parte della giurisprudenza nazionale. Il punto cruciale si apprezza al meglio nella parole di acutissima dottrina: se la Corte costituzionale «avesse affermato che il giudicato non si atteggia allo stesso modo nei vari campi di esperienza in cui si afferma (oltre che nel processo penale, in quello amministrativo, tributario, in materia di lavoro, ecc.), in ciascuno di essi facendo da specchio ad esigenze diverse e, pertanto, dando luogo a movenze parimenti diversi, avrebbe potuto trarne la conseguenza che esso *di norma* resiste al mutamento giurisprudenziale, ma, appunto, *non sempre*, per effetto di operazioni di bilanciamento assiologico tra i beni della vita costituzionalmente protetti. D'altro canto, anche in altri casi, in relazione ai quali lo stesso giudice delle leggi ha ammesso il carattere recessivo del giudicato (quale quello fatto oggetto della sentenza n. 113 del 2011), l'esito rinviene giustificazione in una ponderazione di beni o interessi meritevoli di tutela che trae ispirazione dalla Costituzione come sistema di valori positivizzati»<sup>93</sup>.

Il dialogo, tuttavia, come detto non si interrompe e, ancora una volta, quando è questione di analizzare il significato e la portata attuali del formante giurisprudenziale, lo sforzo ricostruttivo dovrebbe dirigersi più che a tentare di arginare la circola-

<sup>91</sup> Per queste considerazioni Ruggeri, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale* ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012), cit.

<sup>92</sup> Anche una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione (n. 29445/2013) si pone nella scia della Corte costituzionale affermando, proprio con riferimento alla questione dell'incidenza sul giudicato di un nuovo orientamento giurisprudenziale, che «a fronte del principio della intangibilità del giudicato, ex articolo 648 c.p.p., risultano inconferenti sia il richiamo alle note decisioni della Corte di giustizia europea, che le deduzioni sul punto svolte dal P.G. in requisitoria; e ciò anche nell'ottica della sentenza n. 230/2012 della Corte Costituzionale, con la quale la Consulta ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede, tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna, anche il mutamento giurisprudenziale derivante da una pronuncia delle S.U. di questa Corte relativa ad una interpretazione applicativa di principi affermati dal giudice comunitario: il Giudice delle leggi ha evidenziato che i principi di irretroattività sfavorevole e di retroattività favorevole si riferiscono solo alla fonte penale di produzione legislativa e non giurisprudenziale».

<sup>93</sup> Perspicuamente Ruggeri, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale* ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012), cit.

zione dei modelli e l'integrazione dei livelli di tutela, a creare le condizioni, *in primis* culturali, affinché la giurisprudenza nazionale e quella sovranazionale reciprocamente si alimentino e fertilizzino seguendo un flusso bidirezionale e interordinamentale.

#### 4. Crisi della legalità penale, creatività della giurisprudenza, positività

Acuta è dunque la percezione di un diffuso senso di crisi dei paradigmi<sup>94</sup>; e se è vero che «quando si fa questione di metodo è segno che vi è qualcosa di più profondo»<sup>95</sup>, si coglie l'inquietudine che percorre – certo non da ora<sup>96</sup> – la scienza giuridica, in un orizzonte tanto stabilmente frammentato – liquido, flessibile, incerto, debole – da recuperare al fine il tratto unificante nella constatazione della parzialità e inadeguatezza epistemologica delle categorizzazioni concettuali e dei modelli ereditati dal passato.

È l'idea di una crisi<sup>97</sup> che pervade e travolge gerarchie, categorie, concetti, confini e lemmi, il tratto che avvolge la riflessione più acutamente negli anni recenti, posto che – si afferma – è andato perduto il valore delle regole e non si vede più come e a chi affidare il compito di garantire la certezza della soluzione di un conflitto dal momento che non si riesce più ad acquisire il necessario consenso intorno al valore delle regole che un tempo costituivano il parametro di riferimento<sup>98</sup>.

Nichilismo (giuridico)<sup>99</sup> e fine del diritto<sup>100</sup> non assumono allora le sembianze di una mostruosa quanto immaginaria chimera ma incarnano uno stato d'animo di diffuso smarrimento<sup>101</sup> di fronte alla scomparsa del senso dell'unità e della verità del diritto<sup>102</sup>.

<sup>94</sup> Nel senso impiegato da T.S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi 2009.

<sup>95</sup> G. Capogrossi, *Il problema di V.E. Orlando*, in Id., *Opere*, vol. IV, Giuffrè, Milano 1959, p. 357.

<sup>96</sup> V. già S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, (ora) in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè 1969 p. 5-ss. e G. Tarello, *Sul problema della crisi del diritto*, CEDAM, Padova 1953.

<sup>97</sup> M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in «Rivista di Diritto costituzionale», 1996, p. 124-ss. osserva che «“crisi” esprime il senso di un “passaggio non ancora compiuto” e che peraltro potrebbe non avere mai a compiersi, poiché i suoi esiti possibili sono tanto la fine dello stato, dell'oggetto o della condizione originari, quanto l'adattamento di questi (senza perdita della primitiva identità) alla realtà “critica” delle cose» (p. 130).

<sup>98</sup> Pressoché testualmente F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, CEDAM, Padova 2000, p. XV. Sulla crisi della legge v. intanto F. Modugno, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 1-ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1995, *passim*.

<sup>99</sup> Secondo la nota espressione di N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2004.

<sup>100</sup> V. P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Mulino, Bologna 2009.

<sup>101</sup> Così G. Ferrari, *Secolarizzazione del diritto e secolarizzazione dell'uomo*, in D. Castellano, G. Cordini (a cura di), *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Giuffrè, Milano 1994, p. 313-ss.

<sup>102</sup> T. Serra, *L'impossibile equilibrio. Appunti per una analisi della crisi del moderno*, in *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, cit., p. 53.

Fenomeni, questi, che non paiono tuttavia precludere la percorribilità di una via la quale conduca a prendere coscienza che ciò che sta finendo<sup>103</sup> è il modo moderno di concepire il diritto e la scienza giuridica siccome derivante dall'esaurirsi dell'esperienza medievale<sup>104</sup> e che è la stessa scienza giuridica a essere chiamata a ridisegnare, nella piena consapevolezza della storicità e della implicata mutevolezza del diritto<sup>105</sup>, categorie e concettualizzazioni adeguate ai nuovi paradigmi, senza indulgere in tralatticie nostalgiche come in acritici entusiasmi.

In parallelo si impongono sulla scena numerosi attori che, erodendo la monoliticità dell'entità statale<sup>106</sup>, assumono un peso normativo via via crescente e, decostruita l'impostazione tradizionale della sovranità, configurano un nuovo, differente assetto delle fonti di produzione normativa<sup>107</sup> – la vicenda della messa in discussione del dogma della intangibilità del giudicato «su impulso» di una sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo assume una valenza sintomatica che va ben oltre la fattispecie specifica.

*Ventilbegriffe, legal standards, Generalklauseln, Ermessenbegriffe e unbestimmte Rechtsbegriffe* incarnano, nella scia della «vaghezza delle norme», un comune sentire, che percorre orizzontalmente tutte le branche del diritto e palesa, al di là di talune scelte deliberate del legislatore, l'incapacità dell'ordinamento nazionale di «contenere», in una qualche misura «governare» ed «esaurire» l'orizzonte del giuridico. In epoche passate, segnatamente nell'*Ancien Régime*, «la pluralità delle fonti, l'indeterminatezza delle leggi e il predominio della giurisdizione aveva generato, nella cultura illuministica, l'esigenza della codificazione, la cui portata generale e capacità unificante avrebbe dovuto rappresentare anche una barriera contro l'arbitrio dei giudici»<sup>108</sup>; tramontata la speranza salvifica, illuministicamente intonata, nella (ri)codificazione<sup>109</sup>, i mobili confini della separazione tra legislazione e giurisdizione sospingono

<sup>103</sup> Cfr. M. Fioravanti, *Fine o metamorfosi?*, in *Fine del diritto?*, cit., pp. 53-ss.

<sup>104</sup> In questo senso M. Vogliotti, *Introduzione*, in M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2008, p. 4, che si sofferma quindi sulla polisemia del termine «moderno». Cfr. G. Sadun Bordoni, *L'ordine infranto. Il declino dello Stato nazionale tra diritto e politica*, Giappichelli, Torino 2004.

<sup>105</sup> «Nell'interpretazione e nell'applicazione quotidiana [...] noi ci troviamo di fronte ad uno stato di coscienza generale assai turbata»: così V. Scialoja, *Diritto pratico e diritto teorico*, in «Rivista di Diritto commerciale», 1911, I, p. 947.

<sup>106</sup> Cfr., e multis, S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino 2009.

<sup>107</sup> V. K. Jayasuriya, *Globalization, Law and Transformation of the Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance*, in «Global Legal Studies Journal», 1999, p. 425-ss.; A.M. Slaughter, *International Law in a World of Liberal States*, in «European Journal of International Law», 1995, pp. 503-ss.

<sup>108</sup> N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè, Milano 2007, p. 8.

<sup>109</sup> Sempre attuali le riflessioni di G. Fiandaca, *Relazione introduttiva*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 19-20 novembre 1993, CEDAM, Padova 1995, p. 15-ss., i cui interrogativi suscitano una risposta talora per lo più negativa («esistono oggi le condizioni, scientifico-culturali e politico-istituzionali,



le esigenze di garanzia verso il controllo delle modalità di impiego di detto, crescente potere e ruolo, nell'acquisita consapevolezza che non di un «periodo critico», à la Calamandrei<sup>110</sup>, si tratta, bensì di un riposizionamento strutturale, non episodico né congiunturale.

Va dunque colta la fertilità dell'epoca poiché «il diritto e il giurista (ossia, colui che al diritto dedica la sua vita di operatore o di scienziato) vivono un momento di grossa incertezza in quanto percorso da un mutamento rapido e intenso, momento non facile di cui, tuttavia, lo storico avverte la fertilità. Sì, momento fertile perché si sta disegnando un nuovo paesaggio giuridico non ancora definito e anche difficilmente definibile. Ci stiamo allontanando sempre più dal paesaggio chiaro e semplice di ieri, troppo chiaro e semplice per poter rispecchiare fedelmente il sottostante assetto sociale in tutta la sua reale complessità. Gli idoli venerati della vecchia mitologia giuridica della modernità appaiono in buona parte infranti: statualità del diritto, legge, principio di rigidissima legalità, principio di rigidissima divisione dei poteri, gerarchia delle fonti»<sup>111</sup>.

Un differente orizzonte si è affacciato, postmoderno<sup>112</sup>, dacché si rifiuta l'idea che «ci sia un mondo "reale" o un sistema giuridico "là fuori", perfetto, formato, completo e coerente, che aspetta di essere conosciuto dalla teoria»<sup>113</sup>; il messaggio che pare enucleabile si raccoglie attorno all'idea che la transizione dal vecchio al nuovo paradigma muove dall'unità alla differenza, dal monismo al pluralismo, dalla purezza all'ibridismo<sup>114</sup>.

Nel contesto pur sommariamente tratteggiato si iscrive il diffuso (e fondato) convincimento della profonda e grave crisi che attanaglia la legalità penale, messa all'angolo da molteplici, eterogenee spinte disgregatrici di matrice, interna non meno che esterna, tecnico-giuridica piuttosto che «politica» – il riferimento è all'impiego diffuso della sanzione penale in chiave simbolica piuttosto che in funzione di esigenze di consenso principalmente elettorale.

per procedere a una nuova codificazione penale?)» talaltra affermativa, seppure dubitativa («la forma codicistica continua a rappresentare un modello normativo adeguato ai tempi?»).

<sup>110</sup> V. P. Calamandrei, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in «Archivio giuridico», 1921, pp. 224-ss.

<sup>111</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2009<sup>5</sup>, p. 254.

<sup>112</sup> Nella sterminata letteratura v., per un quadro d'insieme, G. Chiurazzi, *Il postmoderno*, Bruno Mondadori, Milano 2002, il quale, precisato che «letteralmente esso contiene il senso di una *posteriorità* rispetto al moderno, ma più propriamente il suo significato non riguarda una determinazione temporale: postmoderna non è l'epoca che viene *dopo* il moderno, secondo una periodizzazione cronologica», evidenzia come il postmoderno sia per l'appunto legato all'idea di rottura, di crisi, di fine apocalittica (della filosofia, della storia, dell'arte, e così via). D'obbligo altresì il richiamo a J.-F. Lyotard, *La condizione postmoderna*, Feltrinelli, Milano 1985. In ambito giuridico (prevalentemente ma non esclusivamente nordamericano), G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Mulino, Bologna 2001.

<sup>113</sup> C. Douzinas, *Postmodern Jurisprudence: The Law of Texts in the Texts of Law*, Routledge, New York 1991, p. 8.

<sup>114</sup> Così Vogliotti, *Introduzione*, cit., p. 9. V. altresì l'ampio affresco, imperniato sulla centralità del diritto nella gestione delle ineliminabili diversità che dominano il mondo attuale, di H.P. Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, Mulino, Bologna 2010.

Accade così, da un primo versante, che il formante giurisprudenziale, nella scia della complessità, di «forme e modalità di ciò che, in quanto *complexus*, stabilisce un nesso unitivo nella stessa molteplicità»<sup>115</sup>, vada pure nella materia penale abbandonando quella sorta di «isolamento culturale» cui è stato condannato da una certa assolutizzazione della riserva di legge<sup>116</sup>, e incarni un elemento imprescindibile, anche alla luce della crisi, acclarata, della legalità<sup>117</sup>, dell'impianto concettuale penalistico attuale, cui non può rimanere estranea l'analisi scientifica della giurisprudenza (penale)<sup>118</sup>. Del resto l'esperienza applicativa della Corte europea dei diritti dell'uomo circa la portata del concetto di diritto, il quale non si ritiene circoscritto alla sola fonte legislativa ma abbraccia pure il diritto giudiziale<sup>119</sup>, ha portato da tempo a esprimersi nel verso di una riformulazione del noto brocardo legalitario in *nullum crimen sine iure*<sup>120</sup>.

Detto altrimenti, assodato che al principio di legalità non è ascrivibile la forza di conculcare la creatività connaturata all'attività interpretativa del giudice, il principio stesso e la creatività non possono che essere chiamati a convivere e a trovare forme di conciliazione sul piano teorico e politico-istituzionale, in una logica ispirata all'abbandono del paradigma isolazionista connaturato all'ontologia penalistica<sup>121</sup>.

<sup>115</sup> U. Pagallo, *Teoria giuridica della complessità*, Giappichelli, Torino 2006, p. 2. Circa le applicazioni giuridiche della teoria della complessità sociale, v., nell'ambito di una letteratura assai ampia, almeno N. Luhmann, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria*, il Mulino, Bologna 1990 e V. De Angelis, *La logica della complessità. Introduzione alle teorie dei sistemi*, Bruno Mondadori, Milano 1996.

<sup>116</sup> Cfr. F. Palazzo, *Le scelte penali della Costituente*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. primo, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2000 p. 342, che, a proposito della formulazione sintetica e lapidaria del principio di legalità in Costituzione, evidenzia come detta formulazione abbia consentito e per così dire agevolato il successivo adattamento della legalità ai mutamenti del diritto penale, in particolare la relativizzazione della riserva di legge e l'apertura al contributo («più che interpretativo») della giurisprudenza. Sull'argomento v. M. Ronco, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, nel *Commentario sistematico al Codice Penale*, opera diretta da M. Ronco, vol. I, Zanichelli, Bologna 2006, p. 1-ss. V. altresì l'ampio e recente quadro di C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012.

<sup>117</sup> Su cui, per tutti, G. Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, CEDAM, Padova 2002, specie pp. 3-6.

<sup>118</sup> G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2008, p. 8-9.

<sup>119</sup> Sull'art. 7 CEDU v., nella dottrina italiana, A. Bernardi, *Art. 7 (Nessuna pena senza legge)*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova 2001, pp. 249-ss.; O. Di Giovine, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Napoli 2011, p. 2197-ss.; V. Manes, *Art. 7/1*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova 2012, p.p 258-ss.

<sup>120</sup> S. Riondato, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, cit., p. 1557-ss.; già Id., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, CEDAM, Padova 1996, p. 170-ss. V. anche L. Pettoello Mantovani, *Convenzione Europea e principio di legalità*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. I, Giuffrè, Milano 1991, p. 497.

<sup>121</sup> Cfr. V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma 2012, p. 6.

Siffatta angolazione prospettica offre il destro per osservare come l'oltranzistica difesa di taluni paradigmi, irrinunciabili ma non immutabili, lungi dall'erigersi a baluardo dell'apparato garantistico penale, si traduca in una sorta di incomunicabilità tra una scienza penale, bollata a tutt'oggi come isolata e permeata di astratto dogmatismo, e una prassi giudiziale al fine dialogante unicamente con se stessa, in nome e in vista di esigenze di tutela autoreferenzialmente rinvenute nella società a fronte dell'inerzia del legislatore. A fronteggiarsi non parrebbero solo la tendenza classico-garantistica tipica della dottrina e la spinta propulsiva verso il massimo della punibilità diffusa in giurisprudenza<sup>122</sup>, bensì, su di un piano più generale, una raffigurazione statica e tralaticia della legalità e l'apertura verso l'inevitabile riposizionamento che le pulsioni odierne, non contenibili, predicano. Dove, tuttavia, il nodo gordiano risiede nella fissazione della misura razionalmente e ragionevolmente accettabile di creatività e nei meccanismi istituzionali, tecnici e culturali di controllo di detto potere.

Lo scenario attuale impone allora allo studioso un «bagno di realtà» forzoso: «Ora che sappiamo meglio cosa possono significare primati processuali, nuova dogmatica, asseriti equilibri fra potere legislativo e giudiziario, è il caso di prospettare almeno una considerazione. Infatti, se quelle – come tanti ripetono – son strade irreversibili, senza ritorno, e se quelli – centovent'anni dopo – sono gli attuali “nuovi orizzonti”, allora è anche chiaro che manuali come gli odierni, lezioni, studi, convegni, saggi stan diventando la carta di una scienza penalistica ormai straniata, la quale si rigira inutilmente dentro se stessa; oppure – e sarebbe ancor peggio – si avviano a svolgere, assieme alle motivazioni dei provvedimenti, un ruolo ambiguo e pericoloso: crosta superficiale, alibi, mascheratura di tutt'altro»<sup>123</sup>.

La complessità del sistema delle fonti, articolato sui livelli nazionale e sovranazionale, e la «scoperta» dei meccanismi che presiedono all'applicazione delle norme ai casi concreti<sup>124</sup> predicano, sorta di *endoxa*<sup>125</sup> postmoderni, la rivisitazione del sistema penale, pur tradizionalmente statico, in un'ottica informata a realtà, muovendo da alcune «verità» che dovrebbero assumersi come acquisite pure in ambito penale: il carattere *lato sensu* creativo dell'attività interpretativa; l'inevitabile influenza su di essa di giudizi di valore anche di natura soggettiva; il condizionamento dei casi concreti sull'interpretazione delle norme astratte; l'interpretazione giudiziale come fonte del diritto (quantomeno di diritto vivente)<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> Così Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, cit., p. 7, avvertendo tuttavia che di eccessiva semplificazione si tratta.

<sup>123</sup> M. Nobili, *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 490-491.

<sup>124</sup> «L'individuazione del diritto costituisce un'interazione continua, l'andare qua e là dello sguardo tra la premessa maggiore e la situazione concreta di vita»: così, con espressione divenuta giustamente famosa, K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg 1963, p. 14.

<sup>125</sup> E. Berti, *La dialettica antica come modello di ragionevolezza*, in «Ars interpretandi», 2002, p. 24-25.

<sup>126</sup> Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, cit., p. 10-11. V.

Occorre guardarsi dal rischio che l'assunzione di una dimensione «reale» del sistema penale e la valorizzazione della giurisprudenza<sup>127</sup> si traducano *tout court* nella legittimazione dell'esistente, e di eventuali, implicati abusi delle garanzie fondamentali, e, invece, adoperarsi alla predisposizione di un terreno fertile in cui favorire il germogliare del controllo critico sull'attività giudiziale, il quale potrà affondare le proprie radici nella presa di coscienza degli spazi di discrezionalità ermeneutica di cui gode l'interprete (anche) delle norme penali e della molteplicità dei fattori di contesto che influenzano il giure.

Se è vero che la legalità è valore fragile, che si regge su di un delicato equilibrio di organi e funzioni e che impone una continua riconquista<sup>128</sup>, allora lo scenario attuale predica un ripensamento sin dalle fondamenta in vista di quella riconquista, non già allo scopo di ottusamente inseguire e aprioristicamente legittimare l'esistente, ma nella prospettiva di far emergere «ciò che appare essere» e «ciò che è» il diritto penale postmoderno, anche in funzione di «ciò che dovrebbe essere».

I ben noti, e risalenti, fenomeni di «relativizzazione» della centralità del codice<sup>129</sup> e di ipertrofia della legislazione complementare, a propria volta associati al decadimento di un legislatore sempre più distante dal legislatore illuminato e guidato da una razionalità politico-criminale di illuministica concezione<sup>130</sup>, concretano a propria volta un *vulnus* alla certezza del diritto penale, il quale, si potrebbe dire, arriva da lontano e per certi versi costituisce l'*humus* in cui attecchiscono interpretazioni distoniche ed eccentriche, o, quanto meno, corrobora l'idea di sistema caotico in cui il giudice finisce per essere autoreferenzialmente soggetto esclusivamente al proprio potere<sup>131</sup>.

L'attenzione per il formante giurisprudenziale, che ha portato a parlare di una «vocazione del nostro tempo per la giurisdizione e la dottrina giuridica»<sup>132</sup>, non im-

perspicuamente M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano 2011. Per una prospettiva critica cfr. R. Rampioni, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, CEDAM, Padova 2007, specie p. 71-ss.

<sup>127</sup> Sull'apporto creativo della giurisprudenza v. intanto, per primissime indicazioni, L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967, specie p. 372-ss. Puntualizzazioni di rilievo in F. Galgano, *Funzione creativa di diritto della giurisprudenza?*, in *Clause e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. Cabella Pisu, L. Nanni, CEDAM, Padova 1998, p. 3-ss. Cfr. altresì R.A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge-London 2008.

<sup>128</sup> Così F. Giunta, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, cit., p. 76.

<sup>129</sup> Per tutti C.E. Paliero, *«Minima non curat praetor». Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova 1985, p. 89-ss.

<sup>130</sup> Cfr. P. Grossi, *Pagina introduttiva (ossia: delle miserie del legislatore italiano)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 26 (1997), p. 2-ss.

<sup>131</sup> Giunta, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, cit., p. 69-70.

<sup>132</sup> N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 1. Cfr. la prospettiva di P. Moro, *Quis custodiet ipsos custodes? Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, in P. Moro, C. Sarra (a

pone la rinuncia alla riserva di legge e alle implicate garanzie procedurali ma (ri) porta al centro della riflessione il momento dell'interpretazione, nella sua dialettica relazione con il testo normativo, nonché quello del bene giuridico come concetto in sé e come sintesi dei (nuovi) bisogni di tutela l'individuazione dei quali, e delle relative tecniche di protezione, costituisce area tradizionalmente considerata come riservata alle scelte politico-criminali del legislatore.

Il percorso testo-interpretazione – «norma reale» rischia di finire nel vicolo cieco della constatazione, fine a se stessa, della distanza tra legalità formale e legalità sostanziale, in cui il giudice assume gicoforza un ruolo di supplenza, ove non si recuperi e si dia effettiva sostanza all'idea che la garanzia della legalità costituisce la risultante di un dato normativo per così dire di partenza<sup>133</sup>, ma di già non neutro né «oggettivo», e dell'assunzione della regola giudiziaria come componente necessaria del sistema giuridico<sup>134</sup> – preconizzava il Montaigne degli *Essays* che c'è più da fare a interpretare le interpretazioni che a interpretare le cose, e più libri su altri libri che su ogni altro argomento: noi non facciamo che glossarci a vicenda.

Le acquisizioni circa il rapporto di interazione tra norma e caso concreto nel procedimento interpretativo<sup>135</sup>, l'apporto creativo che conduce l'interprete a conformare le fattispecie sulla scorta di valutazioni teleologiche non sempre univocamente desumibili dal testo scritto o dalla *ratio legis*<sup>136</sup>, infine il peso di precomprensioni<sup>137</sup> e opzioni assiologiche, della «consapevolezza» che l'accostamento alla realtà che si intende comprendere non avviene mai senza alcuna cognizione preventiva dei suoi possibili significati, si riversano nella presa di coscienza<sup>138</sup> di una molteplicità di fattori con-

cura di), *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 15-ss.

<sup>133</sup> Sulla convergenza storica, da parte della scuola dell'esegesi e della scuola classica, sull'idea del diritto come realtà precostituita all'interpretazione v. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Mulino, Bologna 1974, p. 413.

<sup>134</sup> Cfr., anche in ottica di comparazione con i sistemi di *common law*, E. Grande, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in «Politica del diritto», 1996, pp. 471-ss.

<sup>135</sup> V. A. Kaufmann, *Analogia e «natura della cosa»*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, trad. it., Napoli 2003, specie pp. 31-ss.

<sup>136</sup> Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, cit., p. 15. Cfr. E. Pariotti, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2000.

<sup>137</sup> Per tutti J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it., Napoli 1983 e K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, sechste, neubearbeitete Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg-New York 1991.

<sup>138</sup> Si rammenti tuttavia il progetto di introdurre, a livello costituzionale, l'obbligo di «interpretazione restrittiva» delle norme penali (il progettato art. 129, co. 3 prevedeva che «le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo»). In argomento v., tra i tanti, G. Fiandaca, *La giustizia penale in bicamerale*, in «Foro italiano», 1997, V, c. 161-ss.; M. Donini, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, in «Critica del diritto», 1998, pp. 95-ss.; O. Di Giovine, *L'evoluzione dell'art. 25 Cost. nel pensiero del nuovo costituente*, in «Cassazione penale», 1998, p. 356-ss. Per un profondo quadro d'insieme delle problematiche e delle differenti posizioni v. E. Musco, *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 71-ss., specie pp. 99-ss.

testuali ed extratestuali che condizionano il momento applicativo e riecheggiano la cultura, i valori e la sensibilità del giudicante<sup>139</sup>, anche in relazione alla capacità di cogliere le caratteristiche dei fenomeni criminali sottesi alle diverse fattispecie incriminatrici – di qui il cruciale e a tratti angoscioso interrogativo se sia avvenuto, o sia in corso, il passaggio dal *Gesetzstaat* al *Richterstaat*, corredato, sul piano semantico, dalla frequenza, nel dibattito pubblico-politico e giuridico, del tema della «legittimazione esterna» della magistratura, il quale richiama l'idea di un fondamento del sistema penale diverso dalla norma giuridica e di forze diverse dalla legge che sostanziano direttamente l'attività del magistrato<sup>140</sup>.

Da una parte l'attenzione va focalizzata sul fatto che il giudice sia soggetto al «diritto» più che alla «legge», dall'altra occorre considerare che la certezza del diritto penale dipende oggi dalla legalità dell'intero sistema, più che dalla legge in senso stretto<sup>141</sup>.

Un «doppio salto», quindi, si profila e si traduce in una duplice problematicità: per un verso nel senso di una complessità di ricomposizione sistemica e rimodulazione del rapporto tra legge, legalità e formante giurisprudenziale, per l'altro in conseguenza del passaggio, crescente, da un sistema penale concepito e soprattutto a tutt'oggi giustificato sul primato della legge a uno governato dai poteri del magistrato<sup>142</sup>.

Da altro, correlato, punto di vista, il Moloch della riserva di legge ha per lungo tempo costituito l'avamposto di ogni tentativo di contenimento e ridimensionamento dell'incidenza delle fonti sovranazionali nella materia penale, incidenza, pure volendo, non più arginabile<sup>143</sup> ancorché disordinata, irregolare e tendenzialmente asimmetrica<sup>144</sup>.

<sup>139</sup> G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, CEDAM, Padova 2002, pp. 37 ss. In argomento v. altresì G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Giuffrè, Milano 1984, specie pp. 156-ss.

<sup>140</sup> Così M. Nobili, *Principio di legalità e processo penale*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola, Bologna, 18-20 maggio 1995, a cura di S. Canestrari, Giappichelli, Torino 1998, p. 304.

<sup>141</sup> Giunta, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, cit., p. 83.

<sup>142</sup> Su tale ultimo aspetto v. Nobili, *Principio di legalità e processo penale*, cit., p. 306.

<sup>143</sup> «Non credo che si possa continuare a proporre letture penalistiche dell'impianto comunitario ispirate a risalenti criteri statomorfici che nemmeno più per lo Stato riescono ad essere fedeli»: così, paradigmaticamente, S. Riondato, *Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al Corpus Juris per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione, in Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Atti dell'incontro di studio organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche e dalla facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento in cooperazione con il Centro di diritto penale tributario (Trento, 3 e 4 ottobre 1997), L. Picotti (a cura di), Giuffrè, Milano 1999, p. 98.

<sup>144</sup> V., intanto, in prospettiva critica, F. Sgubbi, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, in D. Fondaroli (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, CEDAM, Padova 2008, pp. 3-ss.: «Ritengo che, nel momento attuale, le fonti sovranazionali

La «costellazione postnazionale»<sup>145</sup> domina il cielo (anche) penalistico, proiettando riflessi dai contorni incerti e mobili anzitutto sulle fonti e sui formanti del diritto, contrassegnati, come detto, dal paradigma della complessità<sup>146</sup>.

La messa in discussione *ab imis* del dogma della incompetenza della Comunità europea in materia penale<sup>147</sup>, plasmata dall'aumento esponenziale della produzione giuridica extrapenale suscettibile di condizionare la sfera di applicazione delle dispo-

contribuiscono in modo significativo alla *decostruzione* dei principi costituzionali. Decostruzione nel senso anche di progressiva erosione del contenuto di principi che pur restano scritti nella nostra Carta Fondamentale [...] Il principio di riserva di legge si è dissolto e nessuno sembra rimpiangerlo: perché il diritto penale – e si tratta di argomento già consolidato – è costituito ormai, sì, dalla legge dello Stato, ma anche da norme secondarie a valle – leggi regionali, normative di varie fonti degli enti territoriali a tutti i livelli, normative private, delle autorità di vigilanza e così via – e, al di sopra, da normative di tipo sovranazionale, di diritto comunitario [...] anche il principio di tassatività e determinatezza della norma penale è ormai un lontano ricordo [...] il diritto sovranazionale vanifica la tassatività anche per altra via, cioè tramite l'introduzione delle clausole generali o, comunque, l'utilizzo di una terminologia atecnica. Il diritto sovranazionale deve fare i conti con (e cerca di uniformare) una vasta platea di ordinamenti, quali ad esempio quella dei singoli Stati membri dell'Unione Europea. Basti ricordare la clausola della ragionevolezza, che troviamo in tutte le normative di natura sovranazionale, e più in generale la proliferazione di concetti indeterminati, adatti a tutti gli ordinamenti».

<sup>145</sup> Secondo la nota e fortunata formula di J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano 1999.

<sup>146</sup> Cfr. da ultimo G. Palombella, *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo*, il Mulino, Bologna 2012, il quale pone in evidenza la sostituzione dei concetti chiave del vecchio mondo (Stato, governo, politica) con l'espressione, fluida e molteplice, di *governance*,

<sup>147</sup> Letteratura vastissima. Per un posizione antesignana nel senso della competenza v. S. Riondato, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, cit.; Id., *Profili di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale dell'economia («influenza», poteri del giudice penale, questione pregiudiziale ex art. 177 T.CE, questioni di costituzionalità)*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 1997, pp. 1135-ss. Sulle ragioni tradizionalmente proposte nel segno della incompetenza v., per tutti, F. Sgubbi, voce *Diritto penale comunitario*, in «Digesto delle discipline penali», vol. IV, UTET, Torino 1990, pp. 89-ss.; e ancora di recente M. Romano, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2008, specie p. 546. Successivamente al Trattato di Lisbona, sul tema G. Grasso, *La «competenza penale» dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 683-ss.; Id., *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Napoli 2011, pp. 2302-ss.; R. Sicurella, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, *ivi*, p. 2569-ss.; F. Viganò, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. Viganò, O. Mazza (a cura di), *Europa e giustizia penale*, Speciale di Diritto penale e processo, 2011, pp. 4-ss.; M. Böse, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in «Criminalia», 2009, pp. 267-ss. Cfr. anche J.A.E. Vervaele, *L'europeizzazione del diritto penale e la dimensione penale dell'integrazione europea*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2005, pp. 129-ss.; A. Bernardi, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in L. Picotti (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Atti dell'incontro di studio organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche e dalla facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento in cooperazione con il Centro di diritto penale tributario (Trento, 3 e 4 ottobre 1997), Giuffrè, Milano 1999, pp. 41-ss.; M. Muñoz de Morales Romero, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Thomson Reuters, Cizur Menor 2011.

sizioni nazionali<sup>148</sup> e dai sempre maggiori obblighi di criminalizzazione di matrice appunto europea<sup>149</sup>, il peso e la vincolatività crescenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, specie nelle pronunce della Corte e nelle relazioni con la Corte Costituzionale, la proliferazione di convenzioni internazionali a differenti livelli nonché di raccomandazioni, codici di condotta, *best practices* e altro «a scendere», sino alla *soft law*<sup>150</sup>, restituiscono l'immagine di un caleidoscopio normativo le cui facce rischiano non di rado di sovrapporsi e avvilupparsi, affidandosi, infine, al lavoro, auspicabilmente avveduto e costantemente aggiornato onde conservare un «senso» al *iura novit curia*, di un giudice capace di sbrogliare e riannodare i fili di una matassa aggrovigliata in misura crescente<sup>151</sup>.

Sempre più l'attività giuridica assume le sembianze di un'*ars combinatoria* di leibniziana memoria, contraddistinta da un aumento esponenziale e da una disordinata stratificazione di regole suscettibili perciò di originare antinomie, contraddizioni o anche solo incertezze applicative<sup>152</sup> rimesse alla «soluzione» giudiziale, siccome l'incremento di attenzione teorica e pratica sul tema dello *ius superveniens* e della retroattività palesa.

Quelli che *prima facie* potrebbero palesarsi come «espediti di coesistenza e regolamentazioni contraddittorie», ove raffrontati con l'idea moderna di un equilibrio sistemico di interdipendenze ordinate, si apprezzano invece come (le) tecniche (più) appropriate al fine di cogliere la struttura a rete dell'impianto sovranazionale e del suo rapporto con gli ordinamenti nazionali, ben significati nel sintagma cosmo, ovverosia «processo aperto», ove «se pur esistono connessioni generali, generate da coesistenze che si condizionano, tuttavia tali connessioni sono prive di rigidità e di intrinseca necessità» e aperti alla «perenne innovazione»<sup>153</sup>.

Le sintetiche notazioni che precedono consentono di cogliere con viva immediatezza la complessità e volatilità di un sistema di fonti che si vede costretto ad ammettere – talora, pure nella materia penale, suo malgrado – di avere smarrito i propri tradizionali e consolidati criteri ordinatori, primo tra tutti quello gerarchico, e

<sup>148</sup> Su cui, per tutti, A. Bernardi, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino 2004, specie pp. 11-ss.

<sup>149</sup> V. C. Sotis, *Obblighi comunitari di tutela penale?*, in C. Ruga Riva (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*, Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006, Giuffrè, Milano 2007, pp. 193-ss.; C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, ETS, Pisa 2009.

<sup>150</sup> Si vedano i bei saggi raccolti in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino 2009.

<sup>151</sup> V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 13.

<sup>152</sup> Nel senso di una «tendenza anarchica del diritto», «con un ossimoro solo apparente», si esprime A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari 2008, p. 5.

<sup>153</sup> Così Riondato, *Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al Corpus Juris per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, cit., pp. 104-105.



di assistere pressoché quotidianamente alla propria trasmutazione. Teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione implicandosi reciprocamente<sup>154</sup>, l'interrogativo investe la possibilità e l'attualità di un sistema di fonti ordinato in base a connotati formali (*in primis* gerarchia) al cospetto di uno scenario attraversato da pulsioni disgregatrici infrasistemiche e intrasistemiche e caratterizzato dalla circolazione dei modelli, dei principi e degli argomenti principalmente per il tramite del dialogo tra le Corti<sup>155</sup>, a tutti gli effetti osservatorio privilegiato di luoghi comuni e tensioni innovatrici. Per vero, sol che non si scordi che «i sistemi giuridici, in altre parole, non *sono*. Essi *divengono*»<sup>156</sup>, e che il fenomeno della migrazione giuridica da sempre fa sì che regole, istituti, categorie e principi trasmigrino da un sistema giuridico all'altro originando trapianti giuridici<sup>157</sup>, resistenze e contaminazioni, in un *continuum* evolutivo che pone il diritto dell'umanità costantemente *in progress*<sup>158</sup>, non si potrà che convenire sulla necessità di indirizzare l'analisi sui contesti culturali e istituzionali di operatività e sugli implicati esiti strutturali, assiologici e sistemici discendenti dalla circolazione e dai mutamenti in parola.

Chi si accosti, date queste premesse, all'universo giuridico non può che riceverne, quasi si trovasse a passeggiare in bilico su di un pericoloso crinale, una sensazione di disordine e precarietà, fonti di quello smarrimento e di quell'incertezza tanto acutamente avvertite specialmente dai destinatari del complesso delle norme vigenti.

Il declino, diffusamente dato per assodato, dell'idea di sistema desta l'interrogativo se si tratti di definitiva e irreversibile scomparsa di quel paradigma ovvero, più propriamente, e «solamente», di quell'idea di corpo di norme gerarchicamente ordinate tramandata dalla tradizione<sup>159</sup>; quel che un'osservazione anche superficiale

<sup>154</sup> In questo senso A. Ross, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino 1965.

<sup>155</sup> Illuminante G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Mulino, Bologna 2010.

<sup>156</sup> E. Grande, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, Torino 2000, p. XV, che analizza in particolare il ruolo del prestigio nella circolazione dei modelli.

<sup>157</sup> V. C. Pinelli, *Trapianti, innesti, dialoghi. Modalità di trasmissione e circolazione del diritto straniero*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2011, p. 495-ss.

<sup>158</sup> Cfr. A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino 1999, pp. 29-ss. («Il diritto muta. Muta senza interruzione. Muta da sempre»).

<sup>159</sup> Illuminante, come sempre, P. Grossi, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 3-ss., il quale, precisato che l'impiego del sintagma post-moderno «per me ha il solo rilevante pregio della segnalazione squillante in esso contenuta: si tratta di un tempo che ha lasciato il terreno storico della modernità, che ha la modernità ormai alle sue spalle, che procede oltre i suoi confini in un terreno storico contrassegnato da una diversità profonda», osserva: «Inavvertitamente [il riferimento è all'autobiografia di S. Zweig], il letterato, il non-giurista, tenendo dietro al suo intuito, aveva colto nel segno: "tutto aveva una sua norma". E si dischiude chiaramente a noi il tratto essenziale e peculiare della modernità giuridica nell'Europa continentale occidentale: tutto il diritto si trova rinserrato in un insieme di norme, giacché tutto il diritto deve essere previsto e controllato dall'alto, dal potere politico, e deve risolversi in comandi; le norme debbono avere una precisa incatenazione testuale perché devono essere obbedite; si può e si deve raccogliere in sistemazioni organiche e compiute – i Codici –, esemplari per chiarezza e certezza, tese a disciplinare l'interesse dell'ordinamento giuridico entro un determinato territorio politico. Il Codice – che non è un innocuo

consente sin da subito di apprezzare è, in ogni caso, il tratto di plurivocità che contrassegna indefettibilmente il proscenio giuridico postmoderno. Plurivocità che si declina in un diritto flessibile<sup>160</sup>, *flo*, *fuzzy*<sup>161</sup>, liquido, e dove, non casualmente, si riaffacciano e rivivono tratti dell'ordine medievale<sup>162</sup>, a partire da quella civiltà senza Stati<sup>163</sup> che, intessuta di una pluralità di fonti normative, si presta a fungere da schema esplicativo dell'odierna società globale dominata dalla crisi dello Stato e della sua sovranità. Analogamente al Medio Evo, che avrebbe, secondo taluni, già insegnato a praticare una filosofia libera da ogni autorità, a caratterizzare l'impianto odierno si presta il paradigma, oramai ben noto, e talora abusato, appunto di sistemi a rete (e di una logica flessibile)<sup>164</sup> in luogo dello *Stufenbau* di ispirazione kelseniana.

La crisi dei paradigmi moderni e della visione sistematica nella sua corsa travolge – è chiarissimo – l'idea di ordinamento e l'assetto delle fonti, la cui evaporazione deve anzi reputarsi non mero effetto ma pure concausa dell'assetto attuale, pervenendosi infine a porre in dubbio la permanenza dell'attitudine sistematica delle fonti del diritto ove non addirittura la persistenza del loro dinamismo<sup>165</sup>. L'attuale situazione «spirituale» del diritto pare, per certi versi, riecheggiare la temperie culturale in cui Santi Romano collocava la sua riflessione sul diritto e l'ordinamento giuridico<sup>166</sup>: la constatazione, infatti, della insufficienza e della insoddisfazione delle concettualizzazioni correnti, ispirate «dall'intuizione, sia pure vaga e indistinta, che tutto il pro-

libricciolo, bensì il modello del disciplinamento di una intera branca dell'universo giuridico – può legittimamente assurgere a simbolo della mentalità giuridica moderna, e, correttamente, la modernità giuridica si distingue da ogni altra come l'età del Codice, un'età disseminata da numerosissimi esperimenti codificatori nelle singole proiezioni territoriali dei diversi Stati».

<sup>160</sup> Spunti di riflessione importanti in J. Carbonnier, *Flessibile diritto*, Giuffrè, Milano 1997.

<sup>161</sup> V. B. Kosko, *Il fuzzy pensiero. Teoria e applicazione della logica fuzzy*, B.C. Dalai editore, Milano 2010.

<sup>162</sup> Cfr. già Riondato, *Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al Corpus Juris per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, cit., passim. V. altresì M. Donini, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in «Cassazione penale», 2003, pp. 1814 ss.; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 2006.

<sup>163</sup> Cfr. P. Grossi, *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, (ora) in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano 1998.

<sup>164</sup> Così Riondato, *Sull'arcipelago neo-medievale del diritto penale della Comunità e dell'Unione europea. In margine al Corpus Juris per la protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione*, cit., p. 105. Cfr., per tutti, il notissimo lavoro di F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique de droit*, Bruxelles 2002, specie pp. 16-ss.

<sup>165</sup> *E multis*, L. Carlassare, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in «Enciclopedia del diritto», Annali, vol. II, Giuffrè, Milano 2008, pp. 536-ss.; A. Pizzorusso, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in «Foro italiano», 2009, V, c. 215-ss.; A. Ruggeri, *Dal caos delle fonti, secondo forma, all'ordine delle norme*, secondo valore: *note dolenti su un'annosa e spinosa questione*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del Convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, a cura di M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzanella, Giappichelli, Torino 2011, pp. 467-ss.

<sup>166</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze 1946<sup>2</sup>, ora ripubblicato in *L'«ultimo» Santi Romano*, Giuffrè, Milano 2013 (da cui si cita).

blema non è convenientemente impostato e che una soddisfacente risoluzione non può ottendersi se non cambiandone gli stessi termini», si sviluppa, in un'ottica di unitarietà concettuale, nella rappresentazione dell'ordinamento giuridico non «come somma di varie parti, siano o non siano queste delle semplici norme, ma un'unità a sé – e un'unità, si noti bene, non artificiale o ottenuta con un procedimento di astrazione; ma concreta ed effettiva»<sup>167</sup>.

Si apprezza qui peraltro, in tutta la sua portata, l'intima connessione tra (unità dell') ordinamento e teoria dell'interpretazione; possono prendersi ancora a prestito le parole di Santi Romano, che colgono con singolare attualità taluni tratti dell'ordinamento giuridico e raffigurano plasticamente la fenomenologia che oggi caratterizza il protagonismo della giurisdizione<sup>168</sup>: a proposito delle teorie sull'interpretazione, egli afferma che «esse non si limitano infatti a porre in rilievo che l'ordinamento giuridico è un “sistema” di norme concatenate fra di loro logicamente, nonostante che si formi a pezzi e abbia delle imperfezioni: ciò si potrebbe spiegare, in modo molto semplice, con la stessa intenzione degli organi legislativi, i quali non solo fanno che, quando una legge è emanata, essa viene ad unirsi alle precedenti, ma contano su questa specie d'amalgama che rientra nei compiti dell'interpretazione. Sennonché, molte volte si va al di là di questo concetto, e non sembra per solo scopo di colorirlo e di renderlo con immagini più vive, ma per accennare ad un altro concetto sostanzialmente diverso. Così, per esempio, si parla di una volontà, di una potestà, di una *mens*, di una forza propria dell'ordinamento giuridico, distinta da quella delle singole norme e indipendente anche dalla volontà del legislatore che le ha emanate; si afferma che l'ordinamento medesimo costituisce un “tutto vivente”, un “organismo”, che ha quella “forza propria, sebbene latente, di espansione e di adattamento”, sulla quale si fonda l'ammissibilità dell'analogia. Ed è noto che, per i seguaci della così detta interpretazione evolutiva, questa volontà autonoma dell'ordinamento giuridico sarebbe suscettibile di mutarsi, senza che in esso si incorporino nuove norme, col solo mutarsi dell'ambiente sociale in cui deve trovare applicazione»<sup>169</sup>.

Riflessioni, queste, che già manifestano i germi di una tensione evolutiva delle singole norme non meno che dell'ordinamento nel suo complesso, ontologicamente incapace di esaurirsi in un contenitore conchiuso e per sua natura mutevole in corrispondenza dei cambiamenti sociali, siccome evocato dal principio cosiddetto di «espansione logica» delle norme che pare porsi come antesignano del cosiddetto diritto vivente; detta tensione evolutiva esploderà in tutta la sua forza, non potendo il diritto andare scisso dal concetto di società, sul versante economico-politico-sociale

<sup>167</sup> Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 7-ss.

<sup>168</sup> Cfr. anche S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in *Fine del diritto?*, cit., p. 34: «Prevale un pullulare di particolarismi giuridici, che richiedono però una più ampia e intensa funzione creativa degli operatori giuridici, chiamati a stabilire raccordi, a risolvere contraddizioni, a dare coerenza, a cercare principi primi e regole generali».

<sup>169</sup> Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 12.

in concomitanza con l'avvento della globalizzazione, mentre dal punto di vista giuridico troverà per l'appunto un fertile *humus* nella disgregazione del sistema gerarchico delle fonti del diritto e nella messa al centro del palcoscenico del formante giurisprudenziale, a ben vedere già «preannunciati» dalle considerazioni che precedono.

Quest'idea del diritto come organizzazione, ordinamento sociale che germina dalla società<sup>170</sup> si apprezza come modello descrittivo dotato di rilevante efficacia esplicativa, riflettendo, il diritto attuale, la frammentarietà e il polimorfismo della odierna società globale, complessa, multiculturale<sup>171</sup>.

Pluralità di fonti che replica la pluralità della società, pluralità di ordinamenti giuridici conviventi sotto lo stesso tetto, il diritto essendo svincolato dallo Stato, e fattualità di un diritto impregnato di concretezza e imbevuto di commistioni e contaminazioni, denotano un orizzonte solcato da un filo rosso che congiunge epoche e culture differenti ma confrontabili.

<sup>170</sup> Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 20-ss.

<sup>171</sup> Sulla connessione tra pluralità degli ordinamenti e pluralismo sociale v. P. Rescigno, *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità*, in *Fine del diritto?*, cit., pp. 87-ss.



*Il ricorso incidentale «interdittivo» alla ricerca di una disciplina di diritto positivo, tra contrastanti pronunce del Consiglio di Stato, della Cassazione e della Corte di giustizia*

ALESSANDRO CALEGARI

*Sommario.* 1. Il tradizionale carattere pretorio del diritto processuale amministrativo e l'insopprimibile funzione creatrice della giurisprudenza del Consiglio di Stato: il caso del ricorso incidentale «interdittivo». – 2. I tratti del ricorso incidentale «interdittivo» e il ruolo assunto dalla giurisprudenza amministrativa in assenza di regole di diritto positivo volte a stabilire l'ordine di esame di detto ricorso rispetto al ricorso principale: la rilevanza della questione ai fini di uno studio sul valore del precedente giurisprudenziale. – 3. La soluzione offerta dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, con la decisione n. 4 del 2011. – 4. Le critiche mosse alla sentenza dell'adunanza plenaria dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito. – 5. Le perplessità manifestate dalla Corte di cassazione. – 6. La «bocciatura» della tesi del Consiglio di Stato da parte della Corte di giustizia. – 7. La parola torna all'adunanza plenaria: un rinvio inutile od opportuno?

*1. Il tradizionale carattere pretorio del diritto processuale amministrativo e l'insopprimibile funzione creatrice della giurisprudenza del Consiglio di Stato: il caso del ricorso incidentale «interdittivo».*

Quando si discute della capacità della giurisprudenza di innovare l'ordinamento giuridico, creando all'occorrenza nuove regole di diritto «positivo», non può mancare il riferimento al diritto processuale amministrativo.

È noto, infatti, che, in mancanza di un codice di rito e di un corpo organico e completo di norme scritte, la disciplina del processo amministrativo è stata per oltre un secolo affidata a regole e prassi di matrice giurisprudenziale. Del resto, lo stesso codice del processo amministrativo, entrato in vigore solo nel settembre del 2010, costituisce per un verso la rielaborazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924 e della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali del 1971,

nonché del regolamento di procedura del 1907, ma rappresenta per un altro verso la sede nella quale molti principi elaborati negli anni dalla giurisprudenza sono stati trasformati, piaccia o no, in diritto positivo. Ed è un fatto che la stessa giurisprudenza continui ancor oggi a prospettare soluzioni inedite, anche a fronte di istituti retti da principi consolidati, solo che si presentino nuove esigenze di tutela, che l'applicazione di quei principi non consente apparentemente di soddisfare in modo adeguato<sup>1</sup>.

Conscio della insopprimibile tendenza del giudice amministrativo di adattare gli schemi e le norme alle esigenze del processo, in nome del superiore principio di effettività della tutela, oggi solennemente affermato dal codice, il legislatore ha scelto di non contrastare la tradizione, ma ha cercato comunque di governare il fenomeno testé ricordato, affidando, come si dirà, all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato un ruolo chiave in quel delicato processo di evoluzione del sistema che passa attraverso l'interpretazione giudiziaria, demandando a tale organo non solo la composizione delle posizioni contrastanti assunte dalle singole sezioni giudicanti del Consiglio di Stato, ma anche l'elaborazione di nuovi principi e il superamento di orientamenti condivisi dall'intero corpo dei giudici amministrativi.

Il caso del ricorso incidentale «interdittivo», analizzato nel presente contributo, intende tuttavia mettere in luce come possa riuscire assai difficile, all'atto pratico, contenere la forza propulsiva di una giurisprudenza tradizionalmente incline all'innovazione e poco avveza ad accettare la sottomissione a rigidi schemi predefiniti, anche quando gli stessi non provengano dall'esterno ma siano elaborati al suo interno e dai suoi più autorevoli esponenti.

Non si mancherà, infatti, di sottolineare come la soluzione proposta dall'adunanza plenaria per dare una risposta soddisfacente e definitiva ad una questione emersa nell'applicazione giurisprudenziale e non disciplinata dal diritto positivo, qual è quella concernente l'ordine di esame dei motivi del ricorso principale e del ricorso incidentale «interdittivo», sia stata apertamente contrastata da pronunce successive, le quali hanno mostrato chiari sintomi di insofferenza, quando non hanno addirittura rifiutato di riconoscere l'autorità del precedente, cercando di svincolarsene.

<sup>1</sup> Ci si riferisce, per portare un esempio concreto, a quel recente indirizzo del Consiglio di Stato, poi recepito anche da diversi tribunali amministrativi regionali, secondo il quale il giudice amministrativo potrebbe disporre degli effetti della sentenza di annullamento, sia escludendo che il provvedimento illegittimo impugnato possa essere annullato quando ciò non risponda ad un effettivo interesse della parte ed arrechi, al contrario, grave nocumento all'interesse pubblico, sia limitando al solo futuro gli effetti dell'annullamento, così da mantenere salvi gli effetti già prodotti dall'atto fino a quel momento. Per una critica a tale orientamento e per una rassegna dei casi in cui esso è stato affermato dalla giurisprudenza e degli argomenti portati a favore o contro di esso dalla dottrina che si è occupata dell'argomento, sia consentito rinviare ad A. Calegari, *Il giudice amministrativo rimodella l'azione di annullamento: quando il dialogo tra Corti può diventare l'occasione per violare le regole "immutabili" della tradizione, in nome della proporzionalità e della effettività della tutela giurisdizionale*, in M. Bianchini, G. Gioia (a cura di), *Dialogo tra Corti e principio di proporzionalità. Atti del I Convegno dei Colloquia dei ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova*, CEDAM, Padova 2013, pp. 103-ss.

Lungi dal voler rappresentare una critica all'una o all'altra posizione e dall'avere la pretesa di stabilire quale orientamento appaia maggiormente condivisibile, apparendo l'uno e l'altro egualmente sostenuti da convincenti argomentazioni logico-giuridiche, il presente scritto si propone di suscitare una riflessione sulla vacuità del tentativo di supplire per via giurisprudenziale alle inevitabili incertezze o lacune del diritto scritto e sull'impossibilità di fermare, con la positivizzazione di uno specifico orientamento giurisprudenziale, un processo interpretativo che è per sua natura dinamico e che, proprio attraverso il continuo confronto dialettico ha consentito al sistema italiano di giustizia amministrativa di adattarsi nel tempo alle mutevoli esigenze di tutela del cittadino.

*2. I tratti del ricorso incidentale «interdittivo» e il ruolo assunto dalla giurisprudenza amministrativa in assenza di regole di diritto positivo volte a stabilire l'ordine di esame di detto ricorso rispetto al ricorso principale: la rilevanza della questione ai fini di uno studio sul valore del precedente giurisprudenziale.*

Nell'ambito del processo amministrativo, il ricorso incidentale «interdittivo», comunemente detto anche «paralizzante» o «escludente» per gli effetti che determina in caso di accoglimento<sup>2</sup>, rappresenta un rimedio offerto al controinteressato per rendere improcedibile l'impugnazione proposta dal ricorrente principale ed impedirne, così, l'esame nel merito. Esso costituisce tecnicamente un'eccezione riconvenzionale, che il controinteressato svolge nelle forme della controimpugnazione, ma con finalità eminentemente difensive, allo scopo di neutralizzare sul nascere la potenziale lesività del ricorso principale, al punto di provocare una pronuncia del giudice che ne dichiara, *in limine*, l'inammissibilità per difetto di uno dei presupposti processuali e, in specie, della legittimazione o dell'interesse a ricorrere in capo al soggetto proponente<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Con l'espressione «ricorso incidentale travolgente» si è soliti, invece, indicare il rimedio esperito dal controinteressato, aggiudicatario in una procedura di evidenza pubblica, che, a fronte del concreto pericolo di perdere la propria posizione di vantaggio a seguito e per effetto dell'accoglimento del ricorso principale del secondo classificato, decida di contrattaccare chiedendo al giudice, per il caso in cui il ricorrente dovesse essergli preferito, che sia annullata l'intera gara per un vizio insanabile di procedura, così da provocarne la riedizione e da lasciare intatta la possibilità di risulturne nuovamente vincitore.

<sup>3</sup> Sulla figura del ricorso incidentale e, in specie, sulla *vexata quaestio* dell'ordine di esame rispetto al ricorso principale, sia consentito rinviare ai più recenti contributi della dottrina, tra i quali meritano di essere qui ricordati: G. Tropea, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, esi, Napoli 2007; A. Romano Tassone, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2009, pp. 581-ss.; R. Villata, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado*, in «Diritto processuale amministrativo», 2009, pp. 285-ss.; C. Cacciavillani, *Ordine di trattazione e di decisione del ricorso principale e di quello incidentale*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, esi, Napoli 2010, pp. 315 ss.; G. Sigismondi, *Sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel giudizio amministrativo*, in «Foro italiano», 2009, III, 1, nonché l'ampia nota redazionale alla decisione dell'Adunanza plenaria n. 4/2011 in «Foro italiano», 2011, III, 306; C. Lamberti, *Il commento*, in «Urbanistica e appalti», 2011, p. 682; C. Benetazzo, *L'ordine di*



Un simile effetto viene conseguito in virtù del fatto che, valorizzando il carattere pregiudiziale delle questioni sollevate con il ricorso incidentale, il giudice procede, secondo logica ed economia processuale, all'esame preliminare di tale ricorso, onde verificarne la fondatezza e stabilire, in tal modo, se sussistano i requisiti di ammissibilità del ricorso principale, in difetto dei quali lo stesso non può essere scrutinato nel merito, ma deve essere dichiarato improcedibile con sentenza di rito.

Appare evidente come tale *modus operandi* contrasti con gli originari caratteri del ricorso incidentale, il quale era indubbiamente concepito nei primi decenni di vita del processo amministrativo come rimedio in tutto subordinato e accessorio rispetto al ricorso principale e che, proprio per questo suo carattere accessorio e subordinato, il giudice avrebbe dovuto esaminare nel solo caso in cui avesse dapprima positivamente scrutinato il ricorso principale, accertando la sussistenza dei presupposti per un suo accoglimento. Scopo del ricorso incidentale, infatti, non era quello – almeno in origine – di impedire l'esame e l'accoglimento del ricorso principale, bensì quello di neutralizzarne a posteriori gli effetti pregiudizievoli, chiedendo al giudice di estendere il sindacato ad atti non impugnati dal ricorrente principale ovvero a profili da questo non dedotti nei confronti dello stesso provvedimento impugnato dal ricorrente principale, capaci tuttavia di sovvertire il prevedibile esito infausto della controversia e così conservare un assetto d'interessi favorevole al controinteressato, pur in presenza di valide ragioni per accogliere anche il ricorso principale. Tipico esempio era quello del vincitore di concorso che, vistosi minacciato dal ricorso di un altro concorrente, potenzialmente fondato e per ciò stesso esiziale ai fini della risoluzione della vertenza, avesse deciso di impugnare a sua volta la graduatoria, reclamando l'assegnazione di un maggior punteggio rispetto a quello già ottenuto in sede concorsuale e sufficiente ad assicurargli comunque la vincita del concorso.

È peraltro innegabile che l'utilizzo del ricorso incidentale nel processo amministrativo è divenuto assai più frequente quando si è capito che lo stesso poteva essere proposto dal controinteressato per contestare la stessa ammissibilità del ricorso principale, in modo da precluderne addirittura l'esame nel merito.

Un simile utilizzo del ricorso incidentale si attaglia particolarmente alla fattispecie in cui si discuta dell'aggiudicazione di un contratto pubblico e l'aggiudicatario risponda al ricorso proposto dal secondo classificato, impugnando in via incidentale l'ammissione alla gara di quest'ultimo, eccependo che lo stesso o la sua offerta non possedevano i requisiti a tal fine prescritti, di guisa che il ricorrente principale non avrebbe potuto neppure ritenersi legittimato a ricorrere.

È appena il caso di precisare che un simile effetto il controinteressato non potrebbe ottenere semplicemente eccependo che il ricorrente era privo dei requisiti per partecipare alla gara, in quanto l'ammissione di questo è frutto di una decisione

dell'amministrazione della cui eventuale illegittimità il giudice non può conoscere se non a seguito di rituale impugnazione, la quale può essere proposta dall'aggiudicatario nelle forme del ricorso incidentale. Tale ricorso, peraltro, viene presentato non già allo scopo di chiedere al giudice che valuti la sussistenza dei requisiti di ammissibilità dell'offerta del ricorrente dopo avere accertato che il ricorso da lui proposto è fondato, ma proprio per scongiurare l'accoglimento del ricorso principale, dimostrandone *in limine* l'inammissibilità e precludendone in tal modo l'esame.

Il codice del processo amministrativo, al pari delle norme anteriori alla sua entrata in vigore, non disciplina il modo in cui il giudice deve esaminare il ricorso principale e quello incidentale e, in specie, non prende posizione sull'ordine logico e temporale in cui le diverse questioni da essi rispettivamente introdotte nel giudizio debbano essere affrontate e decise.

Questo apparente «vuoto» normativo ha quindi offerto ai giudici amministrativi l'occasione per creare in via pretoria una regola di giudizio, fondata principalmente sul principio di economia processuale – ma anche, ovviamente, sul principio per cui le questioni in rito hanno la precedenza su quelle di merito – secondo la quale l'esame del ricorso incidentale dev'essere di norma anteposto all'esame di quello principale, ogniqualvolta la decisione del primo sia in grado di influire sulle condizioni di ammissibilità del secondo, evitando al giudice di svolgerne inutilmente lo scrutinio.

Non è, del resto, la prima volta che il giudice amministrativo supplisce alla mancanza di una specifica disciplina normativa, noto essendo che, almeno fino all'entrata in vigore del codice, avvenuta solo nel 2010, il processo amministrativo è stato retto, come già si è ricordato, da poche essenziali regole scritte, contenute ancora nel regolamento di procedura del 1907 o nel testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924 (oltre che nella legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali del 1971), e da una serie di regole e principi formati dalla stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato. Basti pensare all'integrazione operata in via giurisprudenziale, almeno fino all'entrata in vigore della l. n. 205 del 2000, alla scarsa disciplina dettata in materia di tutela cautelare o al «diritto vivente» che regolava in via pretoria, fino all'avvento del codice, il giudizio di ottemperanza al giudicato.

Un aspetto che il codice tuttora non disciplina è proprio quello della particolare relazione, in termini di priorità nell'esame da parte del giudice, esistente tra il ricorso principale e quello incidentale. L'art. 42 c.p.a., infatti, si limita a specificare che il ricorso incidentale dev'essere utilizzato per introdurre nel processo le domande il cui interesse sorga in dipendenza della domanda proposta in via principale; e a stabilire i tempi, le forme e le modalità di presentazione di detto ricorso, preoccupandosi altresì di chiarire cosa accada quando la cognizione della domanda introdotta con il ricorso incidentale sia devoluta ad un giudice diverso da quello competente a conoscere della questione principale. Ma esso non dice se l'esame del ricorso incidentale debba precedere o seguire l'esame del ricorso principale.

La questione è stata pertanto affrontata e decisa dallo stesso giudice amministrativo, approdando ad esiti particolarmente contrastati, per il fatto che dalla risposta fornita all'interrogativo di natura processuale finiscono per dipendere, in realtà, le stesse sorti del giudizio e, quindi, in definitiva la stessa regolazione degli interessi contrapposti nel rapporto sostanziale sottostante.

Non è chi non veda come la questione abbia una diretta attinenza al tema generale affrontato nel presente volume, dal momento che la regola *iuris* secondo la quale il ricorso incidentale «interdittivo» andrebbe esaminato per primo, con le ripercussioni che si sono anticipate, tanto sul piano processuale, quanto su quello sostanziale, non è stata tratta da una specifica norma di diritto positivo, ma è stata – come detto – elaborata dalla giurisprudenza.

Di più. Tale regola, come si dirà nel seguente paragrafo, è stata di recente assolutizzata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha escluso che ad essa possa derogarsi, tenendo conto delle peculiarità del caso concreto, se non in ipotesi del tutto particolari, in cui ragioni di economia processuale possono giustificare che si esamini per primo il ricorso principale. E non può essere privo di conseguenze il fatto che le pronunce di tale organo abbiano oggi una particolare valenza, ad esse attribuita dall'art. 99, comma 3, c.p.a., in forza del quale «se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

La regola, affermata da ultimo dall'adunanza plenaria, costituisce, quindi, un esempio di positivizzazione di un *modus operandi* certamente non previsto, né imposto dalla legge, ma creato in via applicativa e interpretativa dalla giurisprudenza, sulla base di principi che in parte derivano prettamente dalla logica e da esigenze pratiche di semplificazione e snellimento del processo.

Il fatto che la regola dell'esame prioritario del ricorso incidentale «interdittivo» sia stata creata da un giudice terzo e imparziale non significa, tuttavia, che essa sia necessariamente «giusta», vale a dire che essa risponda, non solo a criteri di razionalità e geometria giuridiche, ma anche, e prima di tutto, al canone della giustizia sostanziale e al principio in base al quale a tutte le parti devono essere assicurate eguali possibilità di tutela. Ed invero l'applicazione rigorosa di tale regola non ha mancato di condurre, come si dirà, a risultati ritenuti sostanzialmente iniqui e irragionevoli, ancorché formalmente ineccepibili.

Con il che, ci deve interrogare – ed è questo lo spunto che si vuole offrire alla riflessione comune sul valore del precedente giurisprudenziale in un ordinamento ancora improntato al primato della legge scritta – sull'opportunità di demandare alla giurisprudenza, sia pure nelle sue forme più alte e rappresentative, quale sicuramente è, nell'ambito del processo amministrativo, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, un ruolo di supplenza nei confronti del legislatore. Per meglio dire, ci si chiede se sia opportuno attribuire al giudice un compito che vada al di là della decisione del

caso controverso e si spinga all'affermazione di un principio che possa avere un'efficacia vincolante al di fuori del processo e diventare esso stesso regola di diritto atta a risolvere controversie analoghe innanzi ad altri organi giudicanti<sup>4</sup>.

Le brevi considerazioni che seguiranno, su un tema apparentemente circoscritto ma ancora assai dibattuto, dimostrano che su questo versante occorre incedere con molta prudenza, perché anche solo limitando il potere nomofilattico del giudice alle regole del processo, dove le questioni sono più tecniche e meglio si prestano ad essere risolte da chi le affronta quotidianamente e professionalmente, non si possono sempre prevedere gli esiti che le elaborazioni teoriche possono avere sul piano sostanziale e nelle diverse circostanze, dove si confrontano le situazioni soggettive individuali, l'assetto delle quali non può essere regolamentato al di fuori del processo democratico della rappresentanza politica parlamentare, al quale il giudice – in una logica di separazione dei poteri – non può che essere estraneo e, in definitiva, sottoposto<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Pur non rinunciando alla convinzione che il dato positivo della legge scritta rappresenti l'elemento discriminante ai fini della risoluzione di qualunque controversia, ma anche l'elemento principale di qualunque seria indagine scientifica intorno alle dinamiche giuridiche, chi scrive non può non riconoscere il pregio di quelle ricostruzioni che, criticando l'ideologia del "dato giuridico certo" e del positivismo astratto, valorizzano anche il momento interpretativo ed applicativo della legge da parte del giudice, così da identificare come vero diritto positivo non solo (e non tanto) quello espresso immutabilmente dalla legge scritta, ma quello che, in concreto, prende vita e trova applicazione attraverso la dialettica processuale e la decisione giudiziale. In tal senso, suscitano indubbiamente la riflessione critica del giurista le belle pagine contenute nel volume P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Franco Angeli, Milano 2012. In particolare, sia consentito rinviare alla lettura di: P. Moro, *Quis custodiet ipsos custodes? Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, ivi, pp. 15-ss.; e F. Zanuso, *La fragile zattera di Ulisse. Alcune riflessioni sul ruolo della norma positiva nella composizione del conflitto inter-soggettivo*, ivi, pp. 49-ss.

Al tempo stesso, però, proprio per non incorrere nello stesso assolutismo normativista stigmatizzato in opere come quelle appena citate, non sembra possibile sostituire al «feticcio» della legge scritta quello del precedente giudiziale, così da fare di questo l'espressione di una norma giuridica vincolante, esportabile al di fuori dello specifico giudizio da esso definito. Questo secondo «feticcio», anzi, appare a chi scrive ancora più pericoloso del primo, perché finisce con il postulare che il giudice sia titolare di un potere (normativo), surrogatorio e integrativo rispetto a quello attribuito al legislatore, che i principi generali del nostro ordinamento non gli riconoscono affatto.

Da un lato, come si dirà subito appresso, un simile esito non sembra giustificabile per la mancanza di un'investitura elettorale e di una rappresentatività politica del potere giudiziario. Dall'altro, si ritiene che l'elevazione del precedente a norma di diritto positivo, dotata di effetti vincolanti anche al di fuori del processo, contrasti con lo stesso carattere dinamico dell'applicazione giudiziale della norma e con la stessa evoluzione giurisprudenziale dell'ordinamento, oltre a poter essere facilmente contraddetta o sconsigliata proprio in base all'esistenza di casi come quello analizzato nel presente lavoro, in cui il precedente «vincolante» è stato subito contraddetto.

<sup>5</sup> Sia consentito rammentare, in proposito, lo scritto di M.S. Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, III parte, in «Rivista di diritto processuale», 1963, p. 227, ove il maestro avanzava la seguente critica: «Che i giudici si sostituiscano al legislatore, nello Stato contemporaneo è sempre cosa assai grave, poiché attraverso i giudici si affermano forze politiche al di fuori della strada naturale degli organi costituzionali, e quindi al di fuori dei controlli costituzionali che ciascuna forza politica esercita sulle altre».

3. La soluzione offerta dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, con la decisione n. 4 del 2011.

L'assolutezza della regola processuale illustrata nel precedente paragrafo, secondo cui il ricorso incidentale «interdittivo» andrebbe sempre esaminato per primo, ha conosciuto, per vero, varie eccezioni, la più importante delle quali è senza dubbio quella affermata nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 11 del 2008<sup>6</sup>, ove è stato affrontato il caso, assai più frequente di quanto si possa immaginare, in cui siano soltanto due i concorrenti ammessi alla gara e difettino entrambi dei requisiti prescritti per l'ammissione, di talché l'uno possa eccepire all'altro che mai egli avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione. Ha infatti osservato il Consiglio di Stato che, in tali ipotesi, i ricorrenti si trovano nella medesima condizione e che il secondo classificato vanta comunque un interesse «strumentale» a contestare l'aggiudicazione effettuata a beneficio dell'altro concorrente, dal momento che l'annullamento di tale atto potrebbe determinare la riedizione della procedura e assicurarli in tal modo una residua chance di vittoria.

Di conseguenza, quando entrambe le imprese ammesse alla gara abbiano impugnato l'atto di ammissione dell'altra, la scelta del giudice quanto all'ordine di trattazione dei ricorsi non può avere rilievo decisivo sull'esito della lite: non si può statuire – concludeva l'adunanza plenaria nel 2008 – che la fondatezza del ricorso incidentale, esaminato per primo, precluda l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale, esaminato prima, precluda l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese, quantunque prive dei requisiti per partecipare alla gara in contestazione, sono titolari di un identico interesse «minore e strumentale» all'indizione di un'ulteriore gara.

Senonché, tale insegnamento è stato successivamente rivisitato dalla stessa adunanza plenaria<sup>7</sup>, la quale *re melius perpensa* ha ritenuto che l'interesse strumentale al rifacimento della gara non rappresentasse di per sé una situazione sostanziale capace di legittimare il ricorrente principale, privo dei requisiti per essere ammesso alla procedura, ad impugnare l'aggiudicazione dell'appalto disposta a favore di altro soggetto, pure sprovvisto dei medesimi requisiti. Questo perché la legittimazione ad agire non può essere confusa – ricorda esattamente la stessa adunanza plenaria – con l'interesse a ricorrere e tanto meno con l'utilità (anche solo strumentale) ritraibile dalla sentenza di accoglimento, attenendo la legittimazione all'effettiva (e non solo affermata) titolarità di una situazione soggettiva di vantaggio correlata al provvedimento impugnato, situazione che, nel caso delle procedure di evidenza pubblica, non

<sup>6</sup> Vedila in «Lexitalia.it», pag. <[http://www.lexitalia.it/p/82/cdsap\\_2008-11-10.htm](http://www.lexitalia.it/p/82/cdsap_2008-11-10.htm)>.

<sup>7</sup> Cfr. Cons. Stato, ad. plen., sent. 7 aprile 2011, n. 4, in «LexItalia.it», pag. <[http://www.lexitalia.it/p/11/cdsap\\_2011-04-07.htm](http://www.lexitalia.it/p/11/cdsap_2011-04-07.htm)>; la questione era stata nuovamente rimessa all'adunanza plenaria con ordinanza della sesta sezione del Consiglio di Stato, 18 gennaio 2011 n. 351, rinvenibile in «LexItalia.it», pag. <[http://www.lexitalia.it/p/11/cds6\\_2011-01-18o.htm](http://www.lexitalia.it/p/11/cds6_2011-01-18o.htm)>.

possono vantare né coloro che alla gara non hanno partecipato, né quanti siano stati esclusi da essa, né infine quanti siano stati ad essa illegittimamente ammessi<sup>8</sup>.

Osserva, infatti, il giudicante che l'accoglimento del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario, per denunciare l'illegittima ammissione alla gara del ricorrente principale, determina l'annullamento retroattivo dell'ammissione di questo alla procedura e, dunque, ne parifica sul piano giuridico la condizione a quanti sono rimasti estranei alla procedura di selezione del contraente e indifferenti all'esito ch'essa ha avuto; cosicché, come non può essere a questi ultimi riconosciuta la legittimazione a ricorrere contro il provvedimento di aggiudicazione, così non può dirsi allo stesso modo legittimato a contestare l'aggiudicazione a favore di altri disposta il ricorrente che avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura e la cui esclusione è reclamata dall'aggiudicatario per mezzo del ricorso incidentale<sup>9</sup>. E tale regola, secondo l'adunanza plenaria, non può conoscere eccezioni, neppure nel caso di gara con due soli concorrenti, entrambi privi dei requisiti prescritti ai fini dell'ammissione, proprio perché essa risponde al principio generale e inderogabile, che impone in ogni caso la verifica preliminare della sussistenza di presupposti processuali e non consente in alcun modo, al ricorso che non superi detta soglia, di pervenire all'accoglimento.

Secondo l'adunanza plenaria, infatti, è proprio il rispetto delle regole processuali concernenti la necessaria anteriorità logica della risoluzione delle questioni pregiudiziali rispetto a quelle di merito, a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale,

<sup>8</sup> L'*iter* logico della decisione è così sintetizzato al § 27 della sentenza: a) l'esame delle questioni preliminari deve sempre precedere la valutazione del merito della domanda formulata dall'attore; b) il vaglio delle condizioni e dei presupposti dell'azione, comprensivo dell'accertamento della legittimazione ad agire e dell'interesse al ricorso, deve essere saldamente inquadrato nell'ambito delle questioni pregiudiziali; c) il ricorso incidentale costituisce uno strumento perfettamente idoneo ad introdurre, nel giudizio, una questione di carattere pregiudiziale rispetto al merito della domanda; d) la nozione di "interesse strumentale" non identifica un'autonoma posizione giuridica soggettiva, ma indica il rapporto di utilità tra l'accertata legittimazione al ricorso e la domanda formulata dall'attore; e) salve puntuali eccezioni, individuate in coerenza con il diritto comunitario, la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva. La sentenza precisa ancora, successivamente, che l'eventuale «interesse pratico» alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente, non dimostra, da solo, la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Questo perché il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse «finale» al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato, quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata) l'interesse «strumentale» alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta); ma l'interesse strumentale allegato, in questo modo, potrebbe assumere rilievo, eventualmente, solo dopo il positivo riscontro della legittimazione a ricorrere di chi se ne professi titolare.

<sup>9</sup> Precisa al riguardo la sentenza (cfr. § 41) che la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso. La situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva per l'adunanza plenaria da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva. Pertanto, prosegue la sentenza, la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva.

la parità delle parti e il rispetto del principio della domanda; non già il loro stravolgimento in vista di una forzata «eguaglianza» di situazioni, quali sono quella del ricorrente principale e del controinteressato (ricorrente incidentale), che sul piano processuale sono necessariamente diverse<sup>10</sup>.

Ne consegue, in definitiva, secondo la prospettazione dell'adunanza plenaria, che la priorità logica dell'esame del ricorso incidentale «interdittivo» o «escludente», sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente; e che l'esame prioritario del ricorso principale può essere ammesso solo in via del tutto eccezionale, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

#### *4. Le critiche mosse alla sentenza dell'adunanza plenaria dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito.*

Pur apprezzando il rigore argomentativo della sentenza emessa dall'adunanza plenaria nel 2011 e, in particolare, l'accento da essa posto sulla distinzione concettuale tra legittimazione e interesse a ricorrere<sup>11</sup>, non si può fare a meno di osservare che la stessa produce una sostanziale discriminazione ai danni del ricorrente, ogniqualvolta il controinteressato possa con il suo ricorso incidentale paralizzare l'esame del ricorso principale, pur trovandosi egli nella stessa situazione dell'avversario, per essere stato (pure lui) illegittimamente ammesso alla gara.

Questo spiega perché la sentenza abbia suscitato commenti contrastanti in dottrina e aperta avversione da parte di numero significativo di tribunali di prima istanza<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> È scritto, infatti, al § 28 della sentenza: «La piena attuazione dei canoni essenziali di parità delle parti e di imparzialità del giudice non contraddice affatto l'esigenza logica di definire il corretto ordine di esame delle questioni. L'affermazione o la negazione delle richieste di tutela formulate dalla parte attrice, infatti, deve conseguire, all'esito del completo confronto processuale delle parti, al puntuale riscontro della esistenza dei prescritti requisiti della domanda. L'alterazione della corretta sequenza dei punti sottoposti allo scrutinio del giudice rappresenterebbe, all'evidenza, proprio la contraddizione del principio di parità delle parti, snaturando la regola della equidistanza rispetto alle posizioni espresse dai litiganti».

<sup>11</sup> Sulla quale ci si permette di rinviare a: E. Follieri, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 279 ss.; R. Ferrara, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in «Digesto discipline pubblicistiche», vol. VIII, UTET, Torino 2003, pp. 468-ss.; R. Villata, voce *Interesse ad agire* («Diritto processuale amministrativo»), in «Enciclopedia giuridica», vol. XVIII, Roma 1990; L.R. Perfetti, *Diritto di azione e interesse ad agire nel processo amministrativo*, CEDAM, Padova 2004.

<sup>12</sup> In senso critico, si sono espressi, tra gli altri: A. Squazzoni, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c. d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2011, p. 1063; A. Giannelli, «*Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzante nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*», ivi, p. 1119; F. Follieri, *Un ripensamento nell'ordine di esame dei*

Nei fatti, la scelta del giudice di esaminare per primo il ricorso incidentale finisce, come già s'è accennato, per determinare anche l'esito della controversia, garantendo all'aggiudicatario una iper-protezione che, a ben vedere, appare ingiustificata. Ed invero, per il solo fatto che il ricorso principale non può essere esaminato nel merito, in virtù dell'accoglimento del ricorso incidentale «paralizzante», che ne predica l'inammissibilità, l'aggiudicazione disposta a favore del controinteressato non può essere annullata, anche se essa risulta oggettivamente viziata e chi l'ha tempestivamente impugnata non vanti ragioni diverse o meno apprezzabili di chi sia stato a lui preferito dall'amministrazione.

Si è osservato, in proposito, che la soluzione propugnata dall'adunanza plenaria non assicura alle parti lo stesso grado di tutela, in quanto il controinteressato gode di un formidabile strumento, il ricorso incidentale «interdittivo», appunto, che gli consente di neutralizzare ogni attacco portato nei suoi confronti, pur trovandosi egli stesso a beneficiare di un'ammissione illegittima, al pari di chi ricorre in via principale<sup>13</sup>. In questo modo, anzi, si potrebbe anche «stimolare» l'amministrazione ad emettere solo provvedimenti di ammissione illegittimi, garantendosi così l'immunità da qualunque futuro ricorso portato contro il provvedimento di aggiudicazione finale, perché nessuno dei concorrenti sarebbe legittimato ad impugnarlo, in quanto illegittimamente ammesso alla procedura<sup>14</sup>.

Si dovrebbe, invece, ammettere che il giudice possa esaminare ed accogliere entrambi i ricorsi, se del caso annullando *ab imis* la gara, affinché entrambi i contendenti conservino immutata la chance di concorrere nella nuova eventuale procedura che l'amministrazione avesse a bandire.

E' difficile, tuttavia, individuare dei veri punti deboli nella rigorosa costruzione dogmatica dell'adunanza plenaria, a meno di non voler sostenere che la sola partecipazione alla gara ovvero la sola ammissione, pur quando illegittimamente disposta,

*ricorsi principale ed incidentale*, ivi, 1151; G.L. Pellegrino, *La Plenaria e le "tentazioni" dell'incidentale (Nota ad A.P. n. 4 del 2011)*, in <[www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)>; Id. *Ricorso incidentale: i nodi tornano al pettine*, in «LexItalia.it» n. 4/2012, pag. <[http://www.lexitalia.it/p/12/pellegrino\\_ricorso.htm](http://www.lexitalia.it/p/12/pellegrino_ricorso.htm)>. In senso adesivo alla decisione sono, invece, il commento di M. Marinelli, *Ancora in tema di ricorso incidentale escludente e ordine di esame delle questioni (note brevi a margine di un grand arret dell'Adunanza Plenaria)*, in «Diritto processuale amministrativo», 2011, p. 1174, nonché il commento riassuntivo di R. Villata, *Annotando gli annotatori*, ivi 1183. In giurisprudenza, hanno espresso orientamenti contrari al principio affermato dall'adunanza plenaria: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I ter, 10 gennaio 2012, n. 197 e T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 23 febbraio 2012, n. 595. Hanno invece eluso il principio da essa affermato, pur dichiarando di volersi ad essa conformare; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 14 giugno 2012, n. 5485 e 27 giugno 2012, n. 5860. Le sentenze sono tutte consultabili in <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)>.

<sup>13</sup> Si chiede, ad esempio, F.G. Scoca, in *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, in «Il Corriere giuridico», 2012, 1, pp. 105-ss., quale sia la differenza tra la illegittima ammissione dell'aggiudicatario, che appare irrilevante, anche ove dedotta in giudizio (sia pure da chi è carente di legittimazione) e la illegittima ammissione dell'impresa non aggiudicataria, che assume rilievo determinante.

<sup>14</sup> La sagace osservazione è di G.L. Pellegrino, che la formula in *Aggiudicatario iperprotetto. il monito delle sezioni unite sull'incidentale* in <[http://www.lexitalia.it/p/12/cassu\\_2012-06-21.htm](http://www.lexitalia.it/p/12/cassu_2012-06-21.htm)>.



concreti in capo al concorrente una situazione giuridica di vantaggio differenziata e meritevole di essere tutelata, alla stessa stregua dell'interesse facente capo a colui che la stazione appaltante abbia ammesso alla gara in modo legittimo.

In tal senso sono state espresse delle caute aperture in alcuni commenti alla decisione dell'adunanza plenaria<sup>15</sup>, ma le osservazioni ivi contenute non paiono del tutto idonee a superare l'obiezione per cui sembra piuttosto arduo, quando si passa dal piano fattuale alla teoria generale, qualificare come «legittimo» l'interesse di colui che fonda la sua partecipazione alla gara su un provvedimento di ammissione assunto *contra legem*.

### 5. *Le perplessità manifestate dalla Corte di cassazione.*

Neppure le sezioni unite della Corte di cassazione<sup>16</sup> sono riuscite, in realtà, a scalfire l'impianto della decisione dell'adunanza plenaria, pur avendo esse palesato forti perplessità sulla correttezza delle conclusioni dalla stessa raggiunte.

Alla Suprema Corte si era rivolta, in effetti, la parte soccombente nel giudizio svoltosi dinanzi all'adunanza plenaria, lamentando il fatto che questa avesse ingiustamente rifiutato di svolgere il proprio sindacato sul ricorso principale e denunciando questo comportamento come sostanziale rifiuto del giudice adito di esercitare la propria giurisdizione.

Senonché, pur ammettendo che, così come era stata prospettata, la questione poteva ritenersi in astratto ammissibile sotto forma di questione attinente alla giurisdizione, le sezioni unite hanno poi negato, in concreto, che la decisione del Consiglio di Stato costituisse un aprioristico diniego di giustizia, ritenendo che essa potesse al più rappresentare un esempio di errata applicazione delle regole processuali concernenti l'ordine di esame delle domande e, dunque, di un vero e proprio errore

<sup>15</sup> Così Scoca, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, cit., il quale osserva che la sentenza richiama correttamente l'indirizzo giurisprudenziale favorevole a riconoscere la legittimazione al concorrente illegittimamente ammesso alla procedura e ritiene di poterlo superare argomentando sulla base dell'effetto retroattivo dell'accertamento della illegittimità dell'ammissione. Egli soggiunge, però, che la retroattività non elimina il «fatto storico» della avvenuta integrale partecipazione alla procedura e che questo «fatto storico» non può essere considerato irrilevante, soprattutto quando si ragioni in termini di «posizione differenziata». Sul piano sostanziale, per l'A., non si può negare che ci sia una forte differenziazione tra le imprese che non hanno affatto preso parte alla procedura e quelle che vi hanno invece partecipato fino in fondo, sia pure sulla base di determinazioni illegittime della stazione appaltante, di talché dovrebbe essere sottoposta a revisione la tesi secondo cui queste ultime non godrebbero di un interesse legittimo a contestare l'esito della procedura. Ancor più deciso nell'ammettere la legittimazione di chi abbia comunque partecipato alla gara E.M. Barbieri, *Ricorsi reciprocamente "escludenti" ed ordine di esame della questioni proposte*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2012, pp. 745-ss., spec. 754.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. civ., ss.uu., sent. 21 giugno 2012, n. 10294 in <[http://www.lexitalia.it/p/12/cassu\\_2012-06-21.htm](http://www.lexitalia.it/p/12/cassu_2012-06-21.htm)>, con commenti di O. Carparelli, *Le sezioni unite bacchettano l'adunanza plenaria* e Pellegrino, *Aggiudicatario iperprotetto*, cit.

di diritto, sul quale esse non avrebbero potuto giudicare, in ossequio al limite sancito dall'art. 111, u.c., Cost.<sup>17</sup>.

Ogni rilievo svolto dalla Cassazione sulla dibattuta questione dell'ordine di esame del ricorso incidentale «interdittivo» e del ricorso principale appare, quindi, privo di effetti cogenti nei confronti del Consiglio di Stato.

Nondimeno, merita di essere segnalato che la Suprema Corte ha apertamente stigmatizzato la decisione dell'adunanza plenaria, osservando come la stessa finisce per dare protezione ad un assetto di interessi discriminatorio e contrario alla stessa affermazione per cui una posizione giuridica soggettiva può definirsi di interesse legittimo ove la pretesa con essa tutelata sia conforme a diritto<sup>18</sup>.

Anche la Cassazione, tuttavia, si è limitata a denunciare le paradossali conseguenze a cui porta l'adesione ai principi affermati dal Consiglio di Stato, senza spiegare – anche perché non era suo compito farlo, una volta chiarito che la questione non atteneva alla violazione delle regole inerenti l'esercizio della giurisdizione – dove si anniderebbe il vizio logico della sentenza dell'adunanza plenaria.

Donde il bisogno di rivolgere altrove il proprio sguardo da parte di chi, soprattutto in giurisprudenza, restava insoddisfatto della soluzione propugnata dal massimo organo di giustizia amministrativa.

#### 6. La «boccatura» della tesi del Consiglio di Stato da parte della Corte di giustizia.

La risposta che non ha potuto o saputo dare la Cassazione è venuta di recente dall'Europa e, precisamente, dalla Corte di giustizia, interpellata sul punto dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Osserva, in proposito, la sentenza che «nei limiti del ragionevole, il Legislatore è libero di fissare presupposti e condizioni per attivare o coltivare un processo, per cui se muovendosi nell'ambito di tali ultime disposizioni, il giudice dichiara l'inammissibilità della domanda potrà semmai discutersi di violazione o falsa applicazione delle medesime, ma non di rifiuto di una tutela che la stessa legge non accorda in difetto di date condizioni o presupposti».

<sup>18</sup> Ricordano, in proposito, le sezioni unite che «il sistema proclama di assicurare a tutti la possibilità di ricorrere al giudice per fargli rimediare a quello che (male) ha fatto o non ha fatto l'amministrazione. Secondo il sistema, cioè, ciascun interessato ha facoltà di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento». Al contrario, la Cassazione rileva come, seguendo l'interpretazione dell'adunanza plenaria, «l'esercizio della giurisdizione finisce per convalidare un assetto diverso da quello che (secondo l'assunto) si sarebbe avuto se la PA avesse condotto il procedimento secondo le regole». È pertanto inevitabile, per la Suprema Corte, che un tale esito generi «delle perplessità che lasciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento (v. artt 121/23 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato». Evidentemente, però, la Suprema Corte ignora il broccardo «*In pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*».

<sup>19</sup> Cfr. Corte di giustizia U.E., sez. X, sent. 4 luglio 2013 (causa C 100/12), in «LexItalia.it», pag. <[http://www.lexitalia.it/p/13/corteue\\_2013-07-04.htm](http://www.lexitalia.it/p/13/corteue_2013-07-04.htm)>, su rimessione disposta dal TAR Piemonte, sez. II, con

Il TAR piemontese ha trovato, infatti, un modo ingegnoso per eludere la portata «vincolante» della sentenza dell'adunanza plenaria<sup>20</sup>, rimettendo in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 276 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, la questione di interpretazione della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 (GU L 335, pag. 31), ipotizzando che l'effetto paralizzante del ricorso incidentale «interdittivo», nei termini indicati dall'adunanza plenaria, potesse contrastare con quanto previsto dalla direttiva stessa.

Ed invero un simile orientamento non sembra consentire, come invece pretende la citata direttiva, che le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici (in contrasto col diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono) possano essere oggetto di un ricorso efficace e, soprattutto, non sembra rendere accessibili le procedure di ricorso a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione, come pure la stessa direttiva prescrive.

Inoltre, l'insegnamento dell'adunanza plenaria non sembra compatibile con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, libera concorrenza e tutela giurisdizionale effettiva, quali recepiti negli articoli 1, paragrafo 1, e 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665. Secondo tale orientamento, infatti, l'esame in via preliminare – ed eventualmente assorbente – del ricorso incidentale attribuisce all'aggiudicatario un vantaggio ingiustificato rispetto a tutti gli altri operatori economici che hanno partecipato alla procedura di aggiudicazione, qualora risulti che l'appalto gli è stato aggiudicato illegittimamente<sup>21</sup>.

ord. 9 febbraio 2012, n. 208, in «LexItalia.it», pag. <[http://www.lexitalia.it/p/12/tarpiemonte\\_2012-02-09o.htm](http://www.lexitalia.it/p/12/tarpiemonte_2012-02-09o.htm)>, sulla quale v. M. Protto, *Ordine di esame del ricorso principale e incidentale in materia di pubblici appalti: breve prequel*, in <[www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)>, pp. 6-ss.

<sup>20</sup> Ma anche per questo criticato da E.M. Barbieri, in *Ricorso principale e ricorso incidentale reciprocamente escludenti davanti alla Corte di giustizia*, in «Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario», fasc.2, 2012, p. 257. La stessa tecnica è stata di recente utilizzata dal TAR Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 10 aprile 2013, n. 802, in <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)>, il quale ha deciso di interpellare la Corte di giustizia in merito alla conformità al diritto europeo delle norme di diritto interno che vietano il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria. L'ordinanza è stata fortemente criticata da P. Carpentieri, *Paesaggio e Corti europee (in margine a Tar Sicilia, Palermo, Sezione I, ordinanza 10 aprile 2013, n. 802)*, in <[www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)>. Più in generale, sul tema, v. E. Furlan, *Il divieto di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria e i recenti tentativi della giurisprudenza amministrativa di superare il dato normativo*, in «Rivista Giuridica di Urbanistica», 2013, 1/2, pp. 90-ss.

<sup>21</sup> In sintesi, il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte ha sottoposto alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «Se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla Direttiva [89/665], ostino al diritto vivente quale statuito

Tanto premesso, la Corte di giustizia ha risolto la questione sul piano sostanziale, evitando di impantanarsi nelle dotte disquisizioni di carattere processuale che avevano impegnato il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione.

Per i giudici di Lussemburgo, infatti, una decisione con cui l'autorità aggiudicatrice esclude (o ammette) un'offerta deve sempre poter essere oggetto di ricorso ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665<sup>22</sup>; ma, soprattutto, l'accoglimento del ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare l'improcedibilità del ricorso principale proposto da un altro concorrente nell'ipotesi in cui l'ammissione alla gara di entrambi i contendenti sia contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, dal momento che, in una situazione del genere, nessuna delle offerte può dirsi regolare e ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'altro.

Ne discende che, secondo la Corte di giustizia, «l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale».

### *7. La parola torna all'adunanza plenaria: un rinvio inutile od opportuno?*

Si potrebbe ritenere, a questo punto, che la dibattuta questione degli effetti paralizzanti del ricorso incidentale «interdittivo» sia stata definitivamente risolta, ma non è così.

All'indomani dell'importante arresto della Corte di giustizia, infatti, la sesta sezione del Consiglio di Stato ha nuovamente rimesso all'adunanza plenaria la questione

nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta».

<sup>22</sup> La Corte richiama, al riguardo, il precedente costituito dalla sentenza del 19 giugno 2003, sul caso Hackermüller, C 249/01, Racc. pag. I 6319, punto 24.

dell'ordine di esame del ricorso incidentale c.d. «escludente» e del ricorso principale<sup>23</sup>.

Ciò ha fatto in formale ossequio all'art. 99, comma 3, già ricordato in apertura, secondo il quale se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima la decisione del ricorso.

V'è da chiedersi, tuttavia, se una scelta siffatta fosse davvero necessaria, giacché l'applicazione delle norme comunitarie, così come interpretate dalla Corte di giustizia, consente certamente ai giudici nazionali di disapplicare le norme interne con esse confliggenti. E se questo vale per le leggi scritte, lo stesso principio deve valere a maggior ragione per le regole di diritto non scritte, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale.

Se vi sono, anzi, sentenze che creano diritto, queste sono proprio quelle della Corte di giustizia, sicché sarebbe davvero bizzarro che il principio di diritto in esse affermato non dovesse automaticamente prevalere sul diverso orientamento della giurisprudenza interna e richiedesse di essere recepito attraverso un processo di revisione del precedente nazionale<sup>24</sup>. Nel mentre non si dubita che alla decisione assunta a Lussemburgo dovrà quindi adeguarsi anche l'adunanza plenaria, ci si interroga se la sezione remittente non avrebbe potuto direttamente decidere la controversia in sintonia con il principio affermato dalla Corte di giustizia, senza nuovamente interpellare l'organo «superiore».

Ma la nuova rimessione non sarà del tutto inutile, ad avviso di chi scrive, perché consentirà all'adunanza plenaria di rimeditare la costruzione che sta alla base della controversa sentenza n. 4 del 2011 e di fornire risposta alle critiche di superficialità che non sono mancate nei confronti della pronuncia del giudice europeo<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Trattasi di Cons. Stato, sez. VI, ord. 30 luglio 2013 n. 4023, in «LexItalia.it», pag. <[http://www.lexitalia.it/p/13/cds\\_2013-07-30o.htm](http://www.lexitalia.it/p/13/cds_2013-07-30o.htm)>. Prima che intervenisse la pronuncia della Corte di giustizia, peraltro, la questione era stata nuovamente rimessa all'adunanza plenaria sia dalla quinta, che dalla sesta sezione del Consiglio di Stato, rispettivamente con ordinanze nn. 2059 del 15 aprile 2013 e 2681 del 17 maggio 2013, rinvenibili, la prima, in <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)>, la seconda, in «LexItalia.it», pag. <[http://www.lexitalia.it/p/13/cds\\_2013-05-17o.htm](http://www.lexitalia.it/p/13/cds_2013-05-17o.htm)>.

<sup>24</sup> Sul valore cogente dell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, come pure sul concetto di «interpretazione conforme», ci si permette di rinviare alla lettura del saggio di C. Sarra, *Quando i fatti sono discorsi. L'interpretazione conforme nella delimitazione del "reale in quanto opposto al chimerico"*, in P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza*, cit., pp. 85-ss.

<sup>25</sup> La critica rivolta dalla Corte di giustizia alla decisione dell'adunanza plenaria nasce, invero, dalla risoluzione di un caso del tutto particolare, nel quale solo due erano i partecipanti alla gara ed entrambi versavano nella medesima condizione, essendo uguale per entrambi il profilo che ne rendeva illegittima l'ammissione alla procedura selettiva. Non può dirsi con certezza se le conclusioni della Corte sarebbero state le stesse qualora i profili dedotti dai contendenti, per contestare l'ammissione dell'avversario, fossero stati diversi, anziché esattamente speculari, o se la gara avesse interessato altri ricorrenti. Può essere, quindi, che l'adunanza plenaria non rinunci del tutto al proprio indirizzo e lo confermi per i casi in cui non ricorrano le stesse particolari condizioni che hanno caratterizzato il caso deciso dalla Corte di giustizia.

Al di là delle considerazioni svolte dalla Corte di giustizia, infatti, v'è un argomento che i giudici di Palazzo Spada non hanno forse adeguatamente considerato, che potrebbe indurre ad un ripensamento anche sul fronte «interno» e sul piano più squisitamente processuale.

Di esso non ha mancato di avvedersi un'attenta dottrina<sup>26</sup>, la quale ha ricordato che la sussistenza dei presupposti processuali deve valere, così come per il ricorrente principale, anche per il controinteressato, la cui impugnazione incidentale non può ritenersi ammissibile, se egli non vanta un interesse legittimo all'aggiudicazione, scaturente da una legittima ammissione alla gara. Non si vede, infatti, perché l'interesse del ricorrente principale e quello del ricorrente incidentale dovrebbero avere diversa consistenza, quando entrambi riposano su una identica condizione di partenza, rappresentata da un provvedimento di ammissione illegittimo, di cui è chiesto in modo incrociato l'annullamento.

Come invero si sostiene che l'esame nel merito del ricorso principale è impedito dal fatto che il proponente è sprovvisto della legittimazione a ricorrere, in quanto ammesso alla procedura in maniera illegittima, così si deve sostenere che l'esame nel merito del ricorso incidentale è impedito dal fatto che anche il controinteressato è stato illegittimamente ammesso alla gara e non vanta, quindi, un interesse legittimo a contestare l'altrui ammissione.

È stato al riguardo acutamente obiettato che il difetto di legittimazione di entrambi i contendenti deriva dall'annullamento retroattivo dell'ammissione, che non può essere disposto d'ufficio dal giudice, ma deve essere chiesto dalle parti, cosicché, nel momento in cui il giudice esamina il ricorso incidentale non può interrogarsi *ex officio* sulla sua ammissibilità, perché questa dipende pur sempre dalla risoluzione della questione di merito che costituisce oggetto del ricorso principale<sup>27</sup>.

Ma l'obiezione, pur di estremo rilievo, non pare decisiva.

Ad essa la stessa dottrina più sopra citata ha già replicato mettendo in luce come la questione relativa all'ammissibilità del ricorso principale, se costituisce, da un lato, questione in rito rispetto a questa impugnazione, è senz'altro da ritenersi questione di merito rispetto al ricorso incidentale<sup>28</sup>. Non può allora negarsi che, per accedere ad essa il giudice debba preliminarmente sciogliere la questione inerente l'ammissibilità del ricorso incidentale, che il ricorrente principale potrà ben sollevare dopo la sua proposizione e che, implicitamente, egli ha già introdotto in giudizio nel momento

<sup>26</sup> Ci si riferisce a Scoca, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, cit., le cui osservazioni sono state poi riprese da TAR Puglia, Bari, Sez. I, 14 giugno 2012, n. 1192.

<sup>27</sup> L'acuta obiezione è formulata da R. Villata, in *Ricorso incidentale escludente ed ordine di esame delle questioni: un dibattito ancora vivo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2012, p. 366.

<sup>28</sup> Cfr. F.G. Scoca, *Censure paralizzanti incrociate: è sufficiente esaminarne una o è necessario esaminarle tutte?*, in «Giurisprudenza italiana», 2012, p. 10. L'A. ivi osserva che «le censure paralizzanti incrociate non danno luogo solo a questioni pregiudiziali, ma entrambe sono questioni di merito, l'una del ricorso principale, l'altra del ricorso incidentale: se sono entrambe fondate, i ricorsi, per questa parte, risultano già decisi nel merito; con la conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione».

in cui ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione, denunciando l'illegittima ammissione alla gara dell'offerta dell'aggiudicatario.

A meno che non si voglia impegnare il giudice in una spirale senza uscita, solo per decidere quale ricorso o eccezione esaminare per primo, bisogna arrendersi all'evidenza che la questione dell'illegittima ammissione dei contendenti appartiene già al processo nel momento in cui il giudice si accinge a valutare l'ammissibilità del ricorso che si trova ad esaminare per primo.

Se questo fosse il ricorso incidentale, come indicato dall'adunanza plenaria, il giudice non potrà quindi ignorare il fatto che il suo proponente potrebbe non essere legittimato a proporlo; per superare questo ostacolo, egli dovrebbe infatti ignorare l'esistenza del ricorso principale o dichiarare quest'ultimo improcedibile, ma ove stautisse ciò egli non farebbe altro che esaminare nel merito il ricorso incidentale, così invertendo l'ordine di esame delle questioni di rito e di merito che riguardano tale ricorso. E questo originerebbe un circolo vizioso da cui sarebbe impossibile uscire.

Né si potrebbe obiettare che la questione del difetto di legittimazione del ricorrente incidentale non si potrebbe inferire dalla pendenza del ricorso principale, prima che questo venga deciso nel merito, giungendo così alla conclusione che essa non potrebbe venire in rilievo al momento della decisione preliminare del ricorso incidentale stesso. In tal caso, invero, non si potrebbe comunque impedire al ricorrente principale di proporre un nuovo ricorso, questa volta in via incidentale, al solo fine di provocare una pronuncia d'inammissibilità del primo ricorso incidentale, proposto dal controinteressato. Già si è detto, infatti, che il ricorso incidentale può essere proposto, a mente dell'art. 42 c.p.a., tutte le volte in cui si voglia far valere una domanda che il cui interesse sorga in dipendenza delle domande altrui. Si innescherebbe, così, una serie di ricorsi incidentali senza fine<sup>29</sup>.

La verità è che entrambi i ricorsi, rispettivamente proposti dal ricorrente principale e dal controinteressato, sono idonei a produrre reciproci effetti paralizzanti e non sembra possibile stabilire con certezza quale debba essere deciso per primo. Perché non esiste un criterio a cui informare la scelta. Donde l'impossibilità per il giudice di affermare il difetto di legittimazione, tanto nei confronti del ricorrente principale, quanto nei confronti del ricorrente incidentale, e l'obbligo di prendere in esame e decidere entrambi i ricorsi.

Entrambi i ricorrenti devono, infatti, presumersi legittimati ad impugnare le rispettive ammissioni e il ricorrente principale anche l'aggiudicazione finale, con la

<sup>29</sup> V. in proposito Scoca, *Ordine di decisione, ricorso principale e ricorso incidentale*, cit., il quale ipotizza che il problema potrebbe essere più facilmente risolto se si potesse negare all'ammissione la natura di provvedimento amministrativo: in tal caso, egli osserva che avvalersi della «forma» del ricorso incidentale per far valere la illegittimità dell'ammissione sarebbe una pericolosa complicazione, perché comporterebbe comunque il previo accertamento della legittimazione processuale del ricorrente incidentale; mentre il difetto di legittimazione del ricorrente principale potrebbe essere fatto valere con una semplice eccezione e sarebbe rilevabile d'ufficio dal giudice.

conseguenza che l'esame e l'accoglimento dell'uno e dell'altro ricorso non potranno non condurre al travolgimento dell'intera gara, dovendosi presumere comunque la sussistenza dell'interesse di entrambi i contendenti a non vedere aggiudicato il contratto all'avversario in vista di un eventuale rinnovo della procedura.

La presenza di tale interesse strumentale, in questo caso, più che la certa sussistenza della legittimazione a ricorrere, continuerebbe a qualificare la giurisdizione esercitata dal giudice amministrativo come giurisdizione di diritto soggettivo. Perché ove si prescindesse anche da questo pur labile interesse individuale, non vi sarebbe alcun dubbio che essa diverrebbe (o tornerebbe ad essere) una giurisdizione di diritto oggettivo, il cui scopo sarebbe soltanto quello di porre rimedio alle illegittimità commesse della pubblica amministrazione, a ripristino della legalità violata e a tutela dell'interesse generale.

Ma ci si dovrebbe interrogare, a quel punto, sulla conformità di un sistema così congegnato alla Costituzione vigente, che, abbandonate le prospettive teoriche di fine '800, ha recepito una costruzione del processo amministrativo come giurisdizione di diritto soggettivo, fondata sulla tutela dell'interesse legittimo del ricorrente, inteso come situazione giuridica sostanziale meritevole di protezione da parte dell'ordinamento e non più come interesse occasionalmente protetto, capace di ricevere soddisfazione nella sola misura in cui la sua tutela coincida con il perseguimento dell'interesse pubblico e con il ripristino della legalità dell'azione amministrativa (v. artt. 24 e 103 Cost.)<sup>30</sup>.

C'è da sperare, però, che rivoluzioni di tale portata non abbiano a dipendere soltanto dalla decisione di un giudice, al quale il legislatore abbia inconsciamente delegato la propria funzione di dettare le regole del processo.

<sup>30</sup> Sulla trasformazione della giurisdizione amministrativa da giurisdizione di diritto oggettivo a giurisdizione di diritto soggettivo si veda la ricostruzione storica operata da Le. Mazzaroli, in Le. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna 2001, pp. 1821-ss. Benché più non si dubiti che il giudizio amministrativo abbia come finalità quella di accordare tutela all'interesse legittimo del ricorrente, che sia stato leso dal comportamento illegittimo della P.A., non mancano nel codice del processo amministrativo casi nei quali il giudice amministrativo esercita un vero e proprio potere sanzionatorio nei confronti dell'amministrazione che ha violato le legge, prescindendo dalla domanda di parte e dalla immediata soddisfazione dell'interesse del ricorrente. Ciò avviene, ad esempio, nel caso previsto dagli artt. 121 e 123 c.p.a., proprio in materia di aggiudicazione illegittima di un contratto pubblico. Si tratta, però, di fattispecie del tutto particolari, dalle quali non può certo desumersi l'esistenza di un principio generale, che esprima il superamento dell'evoluzione storica di cui si è detto, consacrata dalla Carta fondamentale, e che valga a qualificare nuovamente, come ai suoi albori, il giudizio amministrativo come giudizio volto ad accordare tutela all'interesse generale e solo mediatamente all'interesse individuale del ricorrente. Ne discende che non potrebbero essere accolti dal giudice amministrativo i ricorsi incrociati del primo e del secondo classificato in una procedura di evidenza pubblica che predichino entrambi l'esclusione dell'avversario, quando il loro accoglimento determinasse l'esclusione di ambedue i contendenti e statuisse l'obbligo dell'amministrazione di aggiudicare l'appalto al terzo classificato, che non avesse impugnato l'esito originario della gara.





## *Sul valore topico del precedente giudiziale*

PAOLO MORO

*Sommario:* 1. Il precedente giudiziale nel diritto contemporaneo. 2. Il vincolo del precedente nell'ordinamento italiano. 3. Precedente giudiziario e problematicità del giudicato. 4. Il valore ipotetico del precedente. Riferimento al modello analitico. 5. Il valore topico del precedente. Riferimento al modello dialettico. 6. Funzioni della topica. Per una determinazione teleologica del precedente: *ratio decidendi*, principio di diritto, massima. 7. Il processo come luogo topico di determinazione del precedente. 8. Uso eccentrico del precedente nella giurisprudenza contemporanea: a) Corte di Cassazione; b) Corte costituzionale; c) Corte europea dei diritti dell'uomo. 9. Conclusioni. Topica, giurisprudenza e informatica giuridica.

### *1. Il precedente giudiziale nel diritto contemporaneo.*

Nel suo significato d'uso, che può ritenersi invalso nella legislazione e nella giurisprudenza, il termine «precedente» designa un'antecedente decisione giudiziaria risolutiva di un caso particolare e influente sul giudizio di successive controversie processuali in questioni simili o analoghe.

Invero, l'essenza del precedente giudiziale riguarda quella parte di una sentenza che appare autorevole e universalizzabile<sup>1</sup>, ossia che presenta l'attitudine a condizionare decisioni successive in casistica similare, generalmente al fine di semplificare la motivazione con il riferimento alla soluzione adottata anteriormente.

Non vi è alcun dubbio sull'importanza assunta dal precedente nella formazione del diritto vivente anche negli ordinamenti cosiddetti di *civil law*, come quello italiano, come la dottrina più autorevole ha avuto modo di rilevare già da tempo, mettendone in luce la rilevanza teorica e pratica nella costruzione della motivazione giudiziaria<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2007, 3, pp. 709-ss.

<sup>2</sup> Cfr. G. Gorla, *Precedente giudiziale*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», Roma 1990, XXIII, pp. 4-ss.; U. Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in «Digesto delle discipline privatistiche», sez. civ., UTET, Torino 1996, vol. XIV, pp. 148-ss.; G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto*.

Peraltro, il progressivo trasferimento della positività giuridica dalla legislazione alla giurisprudenza, generato essenzialmente dalla globalizzazione giuridica e dal presunto dialogo tra le Corti Supreme<sup>3</sup>, ha portato alla vaporizzazione di tradizionali distinzioni puramente astratte, ormai incapaci di descrivere la reale fenomenologia del diritto.

*In primis*, l'evidente influsso della giurisprudenza nella formazione del diritto positivo e il tramonto della legge codificata impedisce oggi di classificare un ordinamento secondo il canone di *civil law* o di *common law*, essendo ormai abbandonata la pretesa ancillarità del diritto giurisprudenziale rispetto a quello legislativo in una sorta di «circolazione dei modelli»<sup>4</sup>.

Inoltre, il pacifico dissenso tra le Corti Supreme sovranazionali, spesso basato sul rifiuto di cedere prerogative giurisdizionali, rende superfluo definire il precedente come orizzontale o verticale, essendo in via di smarrimento una reale gerarchia tra le fonti giudiziarie ed essendo sempre più preponderante il fenomeno della globalizzazione del precedente.

Infine, la difficoltà, causata dalla legislazione e dalla giurisprudenza sovranazionali, delle Corti costituzionali di provvedere al controllo accentrato della legislazione interna ha condotto di fatto al controllo diffuso da parte dei giudici di merito della costituzionalità o della compatibilità dell'ordinamento giuridico non soltanto con la Costituzione ma anche con il diritto dell'Unione Europea.

Invero, l'affermarsi dell'interpretazione giudiziaria adeguatrice della legge ordinaria alla Costituzione, che coinvolge precipuamente la relazione tra la visione economica del codice civile del 1942 e il principio personalista della Carta Repubblicana del 1948<sup>5</sup>, si è oggi estesa alla rete di rapporti della giurisprudenza nazionale con il diritto internazionale ma soprattutto comunitario nel contesto della globalizzazione giuridica e del cosiddetto *Multilevel Constitutionalism*, che attinge al diversificato patrimonio comune delle tradizioni costituzionali dei Paesi membri dell'Unione Europea, in un discontinuo e problematico processo di integrazione giuridica<sup>6</sup>.

Quanto precede dipende anche dall'avvento del diritto giudiziario nella cultura giuridica europea, caratterizzata dalla diffusa crisi del sistema delle fonti nell'argomentazione processuale, dal progressivo tramonto della legge positiva quale punto di

*Un'evoluzione storica e teorica*, ESI, Napoli 2007.

<sup>3</sup> Cfr. C. Sarra, *Dialoghi con se stesso. Sul c.d. «uso dialettico» del precedente giudiziario*, in M. Bianchini, G. Gioia (a cura di), *Principio di proporzionalità e dialogo tra Corti. Saggi per un simposio*, CLEUP, Padova 2012, pp. 251-ss.

<sup>4</sup> Cfr. D. Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli 2008.

<sup>5</sup> Cfr. P. Stanzone, *Diritto civile e principio di legalità*, in «Iustitia», 2013, 2, pp. 113-ss.; G. Amoroso, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2008, pp. 769-ss.

<sup>6</sup> Cfr. B. Pastore, *Per un'ermeneutica dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2003.

riferimento originario per l'interprete<sup>7</sup> e dalla perdita da parte dello Stato del monopolio della produzione del diritto<sup>8</sup>, causata anche dalla migrazione delle tradizionali categorie dei sistemi di *common law* da un ordinamento nazionale all'altro<sup>9</sup>.

La multivocità del precedente giudiziario, che proviene da differenti Corti nazionali ma anche da plurime Corti transnazionali (per esempio, la Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo) ha rimarcato il disordine nell'indagine ermeneutica delle fonti e ha modificato il consueto approccio alla positività giuridica<sup>10</sup>, accentuando il valore della giurisprudenza quale fonte di produzione del diritto positivo<sup>11</sup>.

Nella tutela dei diritti fondamentali, in particolare, fonti positive e decisioni giudiziarie richiedono una trattazione unitaria a causa della sempre più evidente prevalenza giuridica sugli interventi del legislatore dell'azione della giurisprudenza europea, dei giudici comuni e delle Corti supreme<sup>12</sup>. Il paradigma del primato del diritto giudiziario europeo nell'ordinamento nazionale degli Stati membri riguarda principalmente la rilevante azione della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha profondamente modificato e continua a modificare l'assetto degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione, essendosi accompagnata al tentativo di universalizzare la tutela dei diritti fondamentali nel pluralismo giuridico dell'Europa contemporanea<sup>13</sup>.

Anzitutto, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha più volte rilevato che l'intervento del legislatore con una norma retroattiva stabilita per risolvere una serie di controversie pendenti, imponendone una risoluzione determinata, interrompe l'evoluzione fisiologica della giurisprudenza e costituisce violazione del giusto processo tutelato dalla Convenzione Europea<sup>14</sup>, precisando che «se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6 ostano, salvo che per ragioni im-

<sup>7</sup> Cfr. F. Cavalla, *All'origine del diritto, al tramonto della legge*, Jovene, Napoli 2011.

<sup>8</sup> Cfr. F. Zanuso, *La fragile zattera di Ulisse. Alcune riflessioni sul ruolo della norma positiva nella composizione del conflitto inter-soggettivo*, in P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, FrancoAngeli, Milano 2012, pp. 49-ss.

<sup>9</sup> Cfr. A. Ruggeri, *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione «multilivello» del sistema delle fonti*, in A. Ruggeri, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. XI. Studi dell'anno 2007*, Giappichelli, Torino 2007 pp. 429-ss.

<sup>10</sup> Cfr. A. Cassese, *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*, ESI, Napoli 2009.

<sup>11</sup> Cfr. P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Franco Angeli, Milano 2012.

<sup>12</sup> Cfr. V. Sciarabba, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, Padova 2008.

<sup>13</sup> Cfr. M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna 2007.

<sup>14</sup> Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza *Zielinski, Pradal, Gonzalez e altri c. Francia*, 28 ottobre 1999; sentenza *Vezon c. Francia*, 18 aprile 2006; sentenza *Lilly France c. Francia*, 25 novembre 2010.

perative di interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia»<sup>15</sup>.

Emblematicamente, la Corte di Strasburgo ha stabilito la positività della fonte giurisprudenziale anche nel diritto penale, interpretando estensivamente la locuzione *law* indicata dal primo comma dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo il quale: «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale». Secondo la Corte, «la nozione di "diritto" ("law") utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di "legge" che compare in altri articoli della Convenzione» e «comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale»<sup>16</sup>.

In questa situazione di discontinuità nelle relazioni tra giurisdizione e legislazione, che genera l'esigenza di risemantizzare le tradizionali categorie giuridiche dell'Europa continentale e la necessità di ripensare il sistema delle fonti nell'ordinamento italiano, in dottrina si è auspicata la stabilizzazione dei precedenti quale fattore di rafforzamento della *vis* prescrittiva delle leggi e una misurata attività di normazione per ciò che attiene al riconoscimento dei diritti fondamentali quale fattore di consolidamento degli indirizzi giurisprudenziali, ripensando alla questione del vincolo dei precedenti dal punto di vista della Costituzione come «sistema»<sup>17</sup>.

## 2. Il vincolo del precedente nell'ordinamento italiano.

Il ruolo ancillare della legislazione rispetto alla giurisprudenza non è un fatto nuovo in Italia, quantomeno da quando la Corte costituzionale ha accolto e diffuso la dottrina del «diritto vivente», espressione utilizzata per la prima volta dal giudice delle leggi nella sentenza 11 dicembre 1974 n. 276.

Con tale decisione, la Corte costituzionale ha certificato l'equiparazione tra diritto legale e diritto giudiziario affermando che, nel decidere sulla costituzionalità di una legge, occorre tener conto della giurisprudenza consolidata delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e, dunque, ha dichiarato ammissibile la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto non la legge, ma il cosiddetto «diritto vivente», ossia il «sistema giurisprudenziale» e ha introdotto la possibilità di dichiarare incostituzionale non soltanto direttamente la norma positiva ma anche indirettamente l'interpretazione giudiziale uniforme della stessa in contrasto con la Costituzione.

Negli ultimi anni, la legislazione processuale italiana ha riconosciuto al preceden-

<sup>15</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza *Agrati e altri c. Italia*, 7 giugno 2011.

<sup>16</sup> Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, par. 99-ss.

<sup>17</sup> Cfr. A. Ruggeri, Intervento al Seminario su *Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario*, organizzato dalla Scuola Superiore di Studi Giuridici e dalla Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica, Bologna 5 febbraio 2013, in [www.giurcost.org/studi/ruggeri24.pdf](http://www.giurcost.org/studi/ruggeri24.pdf).

te giudiziale rilevanza formale al fine della formazione semplificata della motivazione giudiziaria, asseverandone indirettamente l'importanza sostanziale nella costruzione dell'argomentazione difensiva nel processo.

L'art. 26, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. legge TAR), come modificata dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, afferma che, in presenza di manifesta fondatezza ovvero di manifesta improcedibilità, irricevibilità, infondatezza o inammissibilità del ricorso, «la motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme». Tale disposizione è ora confluita nell'art. 74 del codice del processo amministrativo, approvato con il d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

L'art. 16 comma quinto del D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, istitutivo del rito societario oggi abrogato, disponeva che «la sentenza può essere sempre motivata in forma abbreviata, mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto, anche in riferimento a precedenti conformi».

L'articolo 360-bis, n. 1, c.p.c., introdotto con l'art. 47 della legge 69/2009, prevede l'inammissibilità del ricorso per cassazione «quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa».

L'art. 54 del c.d. Decreto Sviluppo 2012 (D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con legge 7 agosto 2012, n. 134) ha stabilito gli articoli 348 *bis* e 348 *ter* c.p.c., che prescrivono il cosiddetto «appello filtrato». L'art. 348 *bis* asserisce che: «Fuori dei casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta». L'art. 348 *ter* precisa che: «All'udienza di cui all'articolo 350 il giudice, prima di procedere alla trattazione, sentite le parti, dichiara inammissibile l'appello, a norma dell'articolo 348 *bis*, primo comma, con ordinanza succintamente motivata, anche mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e il riferimento a precedenti conformi».

L'art. 118, comma primo, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile afferma che: «La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi». L'art. 79 del c.d. «decreto del fare» (D.L. 21 giugno 2013, n. 69), successivamente soppresso dalla legge di conversione 9 agosto 2013, n. 98, aveva così modificato la norma indicata: «La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella concisa esposizione dei fatti decisivi e dei principi di diritto su cui la decisione è fondata, anche con esclusivo

riferimento a precedenti conformi ovvero mediante rinvio a contenuti specifici degli scritti difensivi o di altri atti di causa. Nel caso previsto nell'articolo 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione».

In questo sistema processuale si svolge oggi in Italia l'azione delle Corti Supreme, che hanno costantemente valorizzato la rilevanza del precedente nella formazione del cosiddetto «diritto vivente» ma che hanno dovuto confrontarsi con la globalizzazione giuridica e con l'influenza delle Corti sovranazionali.

La Corte di Cassazione svolge la propria azione in base alla storica dicotomia, già descritta dalla migliore dottrina nel secolo scorso<sup>18</sup>, tra i due modelli di riferimento: la Corte «del precedente», che attua una funzione nomofilattica simile a quella del legislatore influenzando la decisione di casi futuri attraverso la creazione del diritto giurisprudenziale; la Corte «di revisione», che attua la funzione garantista della giusta soluzione del caso concreto operando quale giudice di terza istanza, estendendo i poteri di cognizione anche al fatto e al merito della causa.

Peraltro, anche considerando criticamente l'obiettiva ambiguità del duplice modello di riferimento<sup>19</sup>, la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e la sua azione creativa del diritto giudiziario appare oggi prevalente in ragione non soltanto del disposto normativo dell'art. 65, comma 1, dell'ordinamento giudiziario, nell'ancora vigente formulazione di cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, secondo cui il Supremo Collegio assume il compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto oggettivo nazionale», ma anche in forza della riforma del processo civile di cassazione (decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, recante, in attuazione della legge delega 14 maggio 2005, n. 80, «Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato») nonché del già citato articolo 360-*bis*, n. 1, c.p.c., introdotto con l'art. 47 della legge 69/2009.

La «nomofilachia» conferisce alla Corte di Cassazione, che comunque costituisce organo giudicante supremo e, dunque, autorevole, la facoltà *ex lege* di rendere decisioni destinate a costituire «precedenti», orientativi per la soluzione di future controversie in casi simili o analoghi, al fine di conservare direttive ragionevolmente stabili nell'inarrestabile evoluzione della giurisprudenza.

Invero, il legislatore processuale ha ulteriormente consolidato la funzione direttiva e quasi legislatrice della Corte di Cassazione prevedendo: il rafforzamento del ruolo delle sezioni unite della Cassazione nella formazione del «diritto vivente», in caso di contrasto tra sezioni semplici; la regolamentazione dell'accesso e della professionalità dei giudici e degli avvocati alla Corte di legittimità; il rigoroso limite al giudizio

<sup>18</sup> Cfr. P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, Torino 1920, in *Opere giuridiche*, VI-VII, Loffredo, Napoli 1976, pp. 103-ss.

<sup>19</sup> Cfr. M. Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Il Mulino, Bologna 1991.

di legittimità della Corte evitando lo sconfinamento negli apprezzamenti del fatto<sup>20</sup>.

D'altro canto, il valore del precedente giudiziario è stato reso definitivamente evidente nel nostro ordinamento con gli interventi della Corte costituzionale, che ha riconosciuto esplicitamente la rilevanza sostanzialmente normativa delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, rimarcando così che il diritto vivente costituisce fonte di positività giuridica.

Infatti, con le *sentenze gemelle* n. 348 e n. 349 del 2007 la Corte costituzionale italiana ha precisato che «tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU [*Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*] vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel senso attribuito dalla Corte specificatamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione» e ha aggiunto che, poiché «le norme delle CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata», sicché le sentenze della Corte di Strasburgo «sono incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali».

Peraltro, il giudice delle leggi ha precisato che il vincolo interpretativo nei confronti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non è assoluto ed implica la possibilità che per «motivi imperativi di interesse generale, il legislatore si possa sottrarre al divieto, ai sensi dell'art. 6 CEDU, di interferire nell'amministrazione della giustizia» (così la sentenza n. 311 del 2009), aggiungendo anche che la tutela stabilita dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e affidata alla Corte di Strasburgo debba rispettare il principio del bilanciamento della tutela dei diritti fondamentali protetti dalla Convenzione con altri diritti costituzionali eventualmente incisi (in questo senso la sentenza n. 317 del 2009).

### 3. Precedente giudiziario e problematicità del giudicato.

Il riaffermarsi del precedente giudiziario nell'epoca contemporanea ha riproposto l'attualità per la riflessione filosofica e giuridica della prospettiva processuale del diritto - originata dalla metodologia dialettica e casistica dei Greci e dei Romani nonché dal brulicante universo medievale dei brocardi<sup>21</sup> - secondo cui momento specifico ed irrinunciabile del diritto è la controversia giudiziale, fenomeno ontologicamente (an-

<sup>20</sup> Cfr. G. Canzio, *Il ruolo delle Corti. il ruolo della Corte di Cassazione nella formazione dei precedenti giurisprudenziali*, Relazione svolta il 27 febbraio 2008 nell'incontro di studi organizzato presso la Corte di cassazione su *Il ruolo del precedente e delle massime nella formazione ed evoluzione della giurisprudenza di legittimità*, in [www.cortedicassazione.it/documenti/Canzio.pdf](http://www.cortedicassazione.it/documenti/Canzio.pdf).

<sup>21</sup> Cfr. P. Moro (a cura di), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, FrancoAngeli, Milano 2012.



che se non cronologicamente) originario rispetto alla regola legale la quale, appunto, soltanto nel processo trova la propria applicazione e interpretazione<sup>22</sup>.

Infatti, l'attribuzione alla giurisprudenza del rango di fonte primigenia e sovraordinata del diritto è indubbiamente l'effetto della natura processuale dell'ordinamento giuridico<sup>23</sup>, che acquista il proprio significato e la propria validità soltanto in quanto si possa comprendere ed attuare l'esperienza del giudizio che, nella struttura dell'equo processo, implica l'esercizio coordinato e cooperativo di azioni dialettiche quali la contestazione, il contraddittorio, la prova e la giurisdizione.

Però, in questa prospettiva critica e dialettica dell'esperienza giuridica, il giudicato non è un arresto definitivo, ma custodisce un mistero che trascende le opposte pretese delle parti e la stessa volontà del giudice, chiamato ad amministrare l'incontro delle contestazioni reciproche in un sentiero comune<sup>24</sup>. Infatti, anche se coperta da irrevocabilità, la sentenza che risolve la questione giudiziaria non è mai conclusiva, ma costituisce una risoluzione provvisoria che si pone come un problema sempre aperto e suscettibile di ulteriore rinnovo della discussione.

La definitività provvisoria di una sentenza irrevocabile è rinvenibile anche nell'antico brocardo *res iudicata pro veritate accipitur*, che si deve a Ulpiano<sup>25</sup> e che indica che, quando una controversia è stata decisa, le parti sono tenute ad accettare come vera la statuizione del giudice solo per l'utilità operativa di evitare che la discussione processuale prosegua all'infinito.

Questo aspetto utilitaristico del giudicato, che sul piano logico non può avere portata decisoria assoluta, si nota nell'uso da parte del saggio redattore del brocardo della particella *pro*, che allude alla somiglianza e non all'identità tra giudicato e verità: la sentenza definitiva è *come se fosse verità*, non è verità<sup>26</sup>.

La legge processuale italiana stabilisce che la sentenza irrevocabile è di regola immodificabile in quanto è non solo giudicato formale, che si attua quando non è più possibile discutere la questione portata davanti al giudice per l'impossibilità di impugnarne la decisione (art. 324 c.p.c., rubricato «Cosa giudicata formale»; art. 648 c.p.p., rubricato «Irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali»), ma è anche giudicato materiale, che si realizza quando l'accertamento contenuto nella sentenza ha valora incontestabile e, dunque, manifesta un carattere costitutivo della verità

<sup>22</sup> Cfr. G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, 1950, in Id., *Opere*, V, Giuffrè, Milano 1959; S. Satta, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in «Enciclopedia del Diritto», XIX, Giuffrè Milano, 1970; E. Opocher, *Lezioni di filosofia del diritto*, CEDAM, Padova 1983; F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, CEDAM, Padova 1991.

<sup>23</sup> Cfr. M. Cossutta, *Intorno a processo, dialettica, fonti del diritto*, in Moro (a cura di), *Il diritto come processo*, cit., pp. 91-ss.

<sup>24</sup> Cfr. S. Satta, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano 1994.

<sup>25</sup> *Digesta* 1, 5, 25, nonché 50, 17, 207.

<sup>26</sup> Cfr. L. Mingardo, *Res iudicata pro veritate accipitur*, in Moro (a cura di), *Il diritto come processo*, cit., pp. 227-ss.

(art. 2909 c.c., rubricato «Cosa giudicata»; art. 649 c.p.p., rubricato «Divieto di un secondo giudizio»).

Peraltro, anche la sentenza passata in giudicato può essere contestata giuridicamente, come attestano le impugnazioni straordinarie, applicabili nel diritto processuale italiano senza limiti di tempo, anche se soltanto in taluni casi particolari: la revocazione ex art. 396 c.p.c. e l'opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c. nel processo civile; la revisione della condanna ex art. 629 c.p.p. nel processo penale.

La possibilità di impugnare sempre e in ogni tempo la decisione giudiziaria è la conferma giuridica di una questione filosofica che riguarda l'inconclusività e la problematicità di ogni giudizio dialettico che definisce la controversia organizzata nel contraddittorio processuale. L'atto del giudicare è un atto limitato e riformabile di mediazione che, per sua stessa natura, si qualifica nella ripartizione di ciò che distingue le opposte pretese controverse e nel riconoscimento del processo di tensione unificante che le accomuna<sup>27</sup>.

Questa incertezza del giudicato è rimarcata anche dall'effetto esecutivo della sentenza che spesso non appare la soluzione definitiva del caso, ma l'apertura di nuovi problemi, giacché è da tale effetto pratico che discendono le conseguenze giuridiche rilevanti per ogni soggetto coinvolto. L'esecuzione del giudicato non è una mera fase amministrativa che consegue all'esito del giudizio di cognizione e non resta esclusa dalla struttura del processo, ma ne rappresenta la fase critica ed è la caratteristica che manifesta più propriamente e più problematicamente l'attività giurisdizionale.

L'intrinseca problematicità del giudicato, che disciplina il singolo caso controverso ma può diventare statuizione universalizzabile a casi analoghi, suggerisce di approfondire in questa sede la riflessione metodologica su alcuni punti nodali del riaffermarsi del diritto giudiziario nell'era della globalizzazione, tra i quali assume un rilevante significato teoretico la posizione logica del precedente giudiziale che, nell'argomentazione delle parti o nella motivazione del giudice, assume talora apoditticamente la natura logica di una premessa alla quale il diritto positivo attribuisce in vario modo una forza vincolante.

Si esaminerà qui di seguito criticamente il modello elaborato dalla concezione analitica, in base alla quale il precedente giudiziale ha il valore sostanzialmente normativista della premessa ipotetica, per poi ripensare un possibile paradigma formato in una prospettiva dialettica, in base alla quale il precedente assume la natura tipicamente processuale della premessa topica alla quale attingono le parti e il giudice per alimentare e risolvere la discussione forense.

<sup>27</sup> Cfr. P. Ricoeur, *L'atto del giudicare*, in Id., *Il Giusto*, SEI, Torino 1998, p. 164.

#### 4. Il valore ipotetico del precedente. Riferimento al modello analitico.

Nel modello analitico, particolarmente diffuso e autorevole negli studi di logica giuridica dell'età contemporanea, il precedente giudiziario è considerato una premessa ipotetica del discorso forense.

In particolare, nel ragionamento del giudice chiamato a risolvere un caso simile o analogo a quello già definito con la decisione anteriore, il precedente giudiziario assume la posizione logica della premessa assunta *a priori* per ragioni di utilità operativa come ipotesi e rappresentata dalla formulazione *ex ante* di una regola esplicativa (*ratio decidendi*) che, risolvendo il caso particolare e concreto, possa essere applicata al caso discusso attraverso un'inferenza fondata sulla coerenza tra la premessa e la relativa conclusione.

Nella teoria analitica del diritto vi è chi ha avvertito giustamente l'esigenza di distinguere correttamente il concetto di «precedente», giungendo ad un condivisibile «censimento di indeterminatezze»<sup>28</sup> che non è privo di conseguenze teoriche e pratiche sull'uso della giurisprudenza nell'argomentazione giudiziaria.

Pertanto, quivi importa rilevare che, nel modello analitico generalmente accolto dalla filosofia giuridica, la posizione logica del precedente nel discorso giudiziario costituisce pur sempre una «ipotesi», ossia una premessa costante che è per sua natura sottratta alla discussione, come indica letteralmente il termine greco antico *hypóthesis* che, appunto, è una «supposizione».

Invero, nel pensiero greco appare già evidente la consapevolezza che l'ipotesi scientifica si presenta come una congettura inoppugnabile.

Platone annota che il metodo analitico trasforma le ipotesi della geometria, della matematica e di altre scienze affini in principi, evitando di discutere premesse riconosciute come assolutamente evidenti e procedendo nel ragionamento esclusivamente con il criterio (pur innegabilmente rigoroso) della coerenza: «Queste cose, dunque, gli scienziati le fissano come ipotesi, dopo di che non ritengono più necessario rimetterle in discussione né fra sé né con altri, appunto perché assolutamente evidenti; invece, prendono le mosse da questi principi e, passando a trattare quel che resta, con la massima coerenza finiscono per arrivare a quella verità che s'erano prefissi di raggiungere»<sup>29</sup>.

Aristotele distingue tra «ipotesi» (*hypóthesis*), che chi procede ad una dimostrazione assume senza provare e che costituisce una premessa accettata da chi impara, e «postulato» (*aitema*), che viene assunto dal docente nonostante il discente non ne abbia il convincimento oppure manifesti un'opinione contraria<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. P. Chiassoni, *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*, in P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino 2005, p. 77.

<sup>29</sup> Cfr. Platone, *Repubblica*, VI, 511 B, (traduzione di R. Radice), in Id., *Tutti gli scritti*, a cura di G. Reale, Rusconi, Milano 1991, p. 1237.

<sup>30</sup> Cfr. Aristotele, *Secondi Analitici*, A 10, 76 b 23 e ss., in Id., *Opere*, 1, traduzioni di M. Gigante e G.

Invero, il modello analitico è un modello assiomatico che, applicato alla logica del precedente, presuppone che il giudice proceda all'applicazione al caso analogo da risolvere di una sentenza anteriore ritenuta in qualche modo vincolante. Per esempio, questa considerazione razionale del precedente giudiziario quale premessa assiomatica pare evidente nella previsione della legge processuale italiana secondo cui la Corte di Cassazione stabilisce il principio di diritto al quale deve conformarsi il giudice di merito nel successivo giudizio di rinvio, fissando così un protocollo persuasivo che poi dovrà essere applicato di fatto anche ad altre controversie decise successivamente da altri giudici.

Lo schema del ragionamento ipotetico che meglio si attaglia al modello analitico del discorso giudiziario, che secondo un'autorevole esegesi risulterebbe scevro da un ingenuo meccanicismo applicativo della legge al fatto<sup>31</sup>, rimane comunque il sillogismo decisionale<sup>32</sup>.

In tale modello razionalista, l'inferenza interpretativa che conduce alla cosiddetta «applicazione» della legge derivata da premesse note (la norma e/o il fatto) è di regola la deduzione, ossia la soluzione di un caso particolare muovendo da una regola generale, ma il diffuso uso del precedente giudiziario nel discorso giuridico ha reso più frequente l'induzione, ossia la composizione di un caso particolare attraverso la generalizzazione di una questione concreta, con la produzione attraverso la decisione di una regola di diritto applicabile a più casi analoghi.

Peraltro, pare più pertinente osservare che la logica del precedente giudiziale nel modello analitico sia un'abduzione di principi decisionali<sup>33</sup>. Ricordando che, nella logica della scoperta scientifica di Charles Sanders Peirce<sup>34</sup>, l'abduzione è un procedimento logico che ipotizza la spiegazione di un fatto (ossia è un ragionamento esplicativo che suggerisce la causa di un fenomeno muovendo dall'osservazione del medesimo), si può giustamente sostenere che, nel ragionamento forense, le regole di diritto e i principi decisionali della giurisprudenza siano ricavati dal precedente giudiziario per abduzione<sup>35</sup>: infatti, dalle motivazioni delle sentenze antecedenti non derivano soluzioni deduttive né generalizzazioni induttive, ma formulazioni di ipotesi esplicative riguardanti questioni concrete che presentano inferenze utili per il giudizio.

Dunque, il modello analitico del sillogismo decisionale, spesso inconsapevolmente utilizzato nel discorso forense con il frequente richiamo della norma positiva o

Colli, Laterza, Roma-Bari 1994, p. 283-284.

<sup>31</sup> Cfr. J. Wróblewski, *The judicial application of law*, Kluwer, Dordrecht 1992.

<sup>32</sup> Cfr. P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 1999.

<sup>33</sup> Cfr. G. Tuzet, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Carocci, Roma 2010.

<sup>34</sup> Cfr. C.S. Peirce, *Pragmatism as the Logic of Abduction*, Harvard Lectures on Pragmatism, 1903, in Id., *The Essential Peirce: Selected Philosophical Writings*, Vol. 2, Indiana University Press, Bloomington 1998, pp. 226-ss.

<sup>35</sup> Cfr. Tuzet, *Dover decidere*, cit., p. 81-ss.

del precedente giudiziario quale premessa giustificativa, assume che il ragionamento giudiziale presenti almeno quattro aspetti distintivi, esibendosi anche nella prassi applicativa come:

a) *ipotetico*, perché dipende da presupposizioni sottratte al controllo critico e assunte *a priori*, come i precedenti delle Corti Supreme;

b) *abduittivo*, perché si attua attraverso il confronto tra soluzione del caso e ipotesi esplicativa secondo uno schema condizionale simile a quello deduttivo e induttivo (se-allora);

c) *sequenziale*, perché si realizza attraverso una successione ordinata di proposizioni che sono disposte in una serie concatenata da un inizio ad una fine, in modo tale che la conseguenza deriva dalle premesse;

d) *monologico*, perché il sillogismo decisionale proviene da un unico soggetto (il giudice) e si realizza in senso lineare o unidirezionale attraverso la produzione di un risultato garantito dall'esattezza del confronto tra premesse note (regole) e conclusioni ignote (giudizio).

Il modello analitico appare però inadatto a risolvere il caso giudiziario nel processo, ove le premesse sono per loro natura soggette a contestazione e le connessioni logiche tra premesse e conclusioni dipendono dal contraddittorio dialogico che caratterizza la discussione organizzata della controversia<sup>36</sup>.

Da un lato, pensare il discorso giuridico come un insieme di premesse stabili, pur individuate da autorevoli precedenti giurisprudenziali, significa separarlo dalla concretezza della discussione processuale e, dunque, presumere che la difesa giudiziale delle parti contrapposte si riduca ad una tecnica formale, utile esclusivamente per ottenere il provvedimento giurisdizionale richiesto.

Accostandosi all'esperienza forense, il giurista attento alla pratica percepisce anche intuitivamente che il fine del processo non è l'applicazione del precedente né tantomeno l'interpretazione della norma o l'accertamento del fatto, ma l'azione di contrasto e di unione che le parti propongono al giudice chiedendo al medesimo il necessario intervento di composizione: è stato acutamente osservato che il ragionamento del giudice, in grandissima parte, non è regolato da norme né determinato da fattori o da criteri di carattere giuridico positivo<sup>37</sup>.

Dall'altro lato, la logica formale e sistematica, cui attinge il metodo analitico già dal neoplatonismo dei primi secoli dopo Cristo<sup>38</sup>, è incompatibile con la metodologia di composizione della controversia, articolata nella disputa di opposte posizioni destinate a risolversi nel giudizio del terzo. La logica del processo non può esprimersi

<sup>36</sup> Cfr. P. Moro, *La via della giustizia. Il fondamento dialettico del processo. Con l'«Apologia di Socrate» di Platone*, Libreria Al Segno Editrice, Pordenone 2004.

<sup>37</sup> Cfr. M. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice* (Prolusione letta presso la Faculdade de direito della Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 5 marzo 2001), in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2001, fasc. 3 (settembre), pp. 665-ss.

<sup>38</sup> Cfr. M. Manzin, *Ordo iuris. La nascita del pensiero sistematico*, FrancoAngeli, Milano 2008.

in uno schema ripetibile, come sta diventando quello del richiamo costante del precedente giudiziale, ma nasce concretamente dall'esercizio pratico del contraddittorio<sup>39</sup>, regolato dal dialogo agonistico che – prima, durante e dopo il processo – si attua nel domandare e nel rispondere.

Riflettendo sul sillogismo giudiziale, tema di costante discussione nella dottrina italiana del Novecento, Calamandrei ammetteva non tanto l'erroneità, quanto l'insufficienza della rappresentazione sillogistica dell'attività giudiziale ricordando che «anche io, in un mio saggio giovanile, ho rappresentato la sentenza come una progressione di sillogismi a catena; ma poi l'esperienza del patrocinio forense mi ha dimostrato non dico che questa rappresentazione sia sbagliata, ma che essa è incompiuta e unilaterale»<sup>40</sup>.

Pertanto, come attesta l'esperienza forense, la metodologia del precedente deve superare criticamente i caratteri tipici del modello analitico (che può essere valido per determinate attività processuali in ambito specificamente scientifico, come la consulenza tecnica) per configurarsi come un modello:

a) *anipotetico*, perché dipende da premesse che non possono essere sottratte alla discussione, ma sono per loro stessa natura obiettabili e sottoposte al controllo critico del contraddittorio;

b) *argomentativo*, perché si attua attraverso il riscontro intersoggettivo e irripetibile dei discorsi opposti che le parti e il giudice si contrappongono nel contraddittorio processuale;

c) *circolare*, perché il ragionamento non è ordinato con elementi del discorso disposti in serie, ma si realizza rendendo ragione attraverso buoni argomenti della tesi sostenuta, che è nello stesso modo la premessa prima esposta e la conclusione poi illustrata, come avviene quando il giudice prima emette il dispositivo e poi elabora la motivazione;

d) *dialogico* e non monologico, poiché la controversia implica un'interazione reticolare che è inevitabile tra tutti i partecipanti alla discussione processuale e produce un risultato sfumato e imprevedibile, che non dipende solo dal precedente giudiziale, ma anche e soprattutto dalle argomentazioni opposte e variabili del singolo caso dibattuto.

D'altronde, le premesse del ragionamento giudiziale si inseriscono in un contesto discorsivo fondato sul linguaggio naturale e caratterizzato dallo strutturale e diffuso disaccordo esegetico sulle tesi sostenute e dipendenti da quelle premesse, con la conseguente difficoltà di rendere uniforme e costante la pretesa funzione nomofilattica,

<sup>39</sup> Cfr. P. Sommaggio, *Contraddittorio giudizio mediazione. La danza del demone mediano*, FrancoAngeli, Milano, 2012.

<sup>40</sup> P. Calamandrei, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, 1954, in Id., *Opere giuridiche*, I, Morano, Napoli 1965, p. 646.

assegnata ad una Corte Suprema «del precedente», offrendo risultati incerti e sfumati, suscettibili di ulteriore discussione.

Nella logica contemporanea, un tentativo di costruire un modello metodologico che presupponga risultati sfumati e che si sovrappongono tra loro è stato elaborato dalla logica *fuzzy*, secondo cui il sapere non può essere formalizzato muovendo da premesse stipulative alle quali sia assegnato un significato rigorosamente univoco<sup>41</sup>.

In base a questa prospettiva, anche le scienze esatte devono confrontarsi con la vaghezza, essendo impossibile eliminare in tutti i discorsi e, a maggior ragione, nell'interpretazione giuridica, la polivalenza di senso e di significati che le espressioni linguistiche intrinsecamente recano<sup>42</sup>, ed essendo invece possibile ivi accertare la presenza di enunciati sfumati che non appartengono univocamente ad un solo insieme (ad esempio, se in astratto una temperatura superiore a 20 gradi implica «caldo» e una temperatura inferiore a 20 gradi implica «freddo», è pacifico che in concreto temperature di 21 o 19 gradi non sono del tutto parte di alcuno dei due insiemi indicati).

Però, pur accogliendo la vaghezza nel linguaggio come principio essenziale, la logica *fuzzy* continua ad obbedire al pregiudizio ipotetico ed assiomatico del modello analitico, riconducendo le premesse del ragionamento a protocolli necessariamente stabili: ne sono emblematica dimostrazione le varie applicazioni tecnologiche della domotica contemporanea, sorrette da sistemi informatici che si basano su un algoritmo programmato comunque su un calcolatore digitale e consistente nella traduzione numerica della vaghezza.

##### 5. Il valore topico del precedente. Riferimento al modello dialettico.

Poiché il ragionamento giuridico è anipotetico, argomentativo, circolare e dialogico, presentando i caratteri tipici della metodologia della controversia nell'esperienza forense, la logica del precedente giudiziario è una topica.

Con l'espressione «topica giuridica» si intende definire l'arte di rinvenire (*topiké téchne, ars inveniendi*) un repertorio di luoghi argomentativi (*tópoi* o *loci*), come le massime o le ragioni di giudizio della giurisprudenza, che l'avvocato e il magistrato sono chiamati ad utilizzare come premesse del discorso giuridico nell'approntamento dell'atto processuale.

Come evidenziato da Theodor Viehweg, la topica giudiziale è una «tecnica del pensare per problemi»<sup>43</sup> e «può far conto solo su conoscenze frammentarie»<sup>44</sup>, im-

<sup>41</sup> Cfr. B. Kosko, *Fuzzy Thinking: The New Science of Fuzzy Logic*, Hyperion, New York 1993, trad. it. Id., *Il fuzzy-pensiero: teoria e applicazioni della logica fuzzy*, Baldini & Castoldi, Milano 1997.

<sup>42</sup> Cfr. C. Luzzati *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano 1990.

<sup>43</sup> Cfr. T. Viehweg, *Topica e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano 1962, p. 6.

<sup>44</sup> Ivi, p. 34.

manente alla prassi evolutiva della giurisprudenza e sviluppata dalla retorica con una struttura nettamente differente da quella sistematica e deduttiva, mirando alla ricerca e al ritrovamento di premesse incerte e discutibili, ma il più possibile note e condivisibili dall'uditorio.

L'attività topica dipende dal presentarsi di un problema controverso la cui soluzione giuridica è condizionata dalla precomprensione di disparati argomenti preesistenti all'azione di ricerca ma dispersi e privi di riferimenti ad un sistema unitario, come quello del ragionamento deduttivo<sup>45</sup>, ma non è meno rigorosa della logica analitica, non essendo fondata sulla mera efficacia persuasiva delle premesse, ma sulla selezione retorica e sul vaglio dialettico degli argomenti<sup>46</sup>.

Invero, tutto lo svolgimento del processo si fonda sulla procedura dialettica che, in quanto arte dell'antilogia e nello stesso tempo della mediazione, consente di svelare la verità nella controversia e attua la cooperazione involontaria tra i partecipanti alla discussione giudiziale<sup>47</sup>. Infatti, il rapporto tra processo e dialettica non è precostituito dalla ragione come un sistema e non è affatto il prodotto spontaneo di una volontà particolare (dei contendenti o del giudice), ma si realizza automaticamente nel conflitto tra le parti, cioè nel contraddittorio<sup>48</sup>.

Sicché, in una prospettiva dialettica, la topica forense è la via della ricerca di premesse argomentative (*via argumentorum*) che sono rinvenibili senza regole predefinite in uno spazio logico libero e inesplorato di discorsi contrapposti e che, pur essendo per loro natura obiettabili, debbono però essere capaci di resistere alla confutazione dell'avversario e del giudice nel contraddittorio processuale.

L'attività metodica si compie così nel suo stesso presentarsi, giacché la stessa ricerca influisce sul rinvenimento degli argomenti, essendo basata sull'abilità del giurista in quest'attività investigativa senza obbedire ad un modello preordinato, e, viceversa, le premesse discorsive che vengono ritrovate orientano l'indagine e contribuiscono alla costruzione interattiva del discorso giuridico, essendo più o meno adeguate a resistere all'opposizione nel caso controverso senza costituire mai argomenti già pronti da adattare alla vicenda concreta.

Dunque, nel modello dialettico, il precedente giudiziale assume un valore topico e anipotetico, proponendosi come premessa defettibile (*defeasible*), ossia come enunciato che può essere sottoposto ad obiezione dalle parti nella discussione del contraddittorio processuale: pertanto, la disapplicazione critica del precedente topico

<sup>45</sup> Ivi, cit., p. 34.

<sup>46</sup> Cfr. F. Cavalla, *Dalla «retorica della persuasione» alla «retorica degli argomenti». Per una fondazione logica rigorosa della topica giudiziale*, in G. Ferrari, M. Manzin (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, Acta Methodologica, 1, Giuffrè, Milano 2004, pp. 25-ss.

<sup>47</sup> Cfr. P. Moro, *La via della giustizia. Il fondamento dialettico del processo. Con l'«Apologia di Socrate» di Platone*, Libreria Al Segno Editrice, Pordenone 2004.

<sup>48</sup> Cfr. A. Giuliani, *Prova (filosofia del diritto)*, in «Enciclopedia del Diritto», XXXVII, Giuffrè, Milano 1988, p. 523.



è compito primario delle parti nella trattazione del processo e solo nella successiva fase decisoria è una prerogativa del giudice.

Questa tesi è compatibile con la concezione del vincolo presuntivo in senso debole<sup>49</sup>, secondo cui il precedente giudiziale (senza una rigorosa distinzione tra *common law* e *civil law*) può considerarsi efficacemente persuasivo quale opinione notevole fino a prova contraria, che può essere data quando siano opposte ad esso dal giudice del caso in esame ragioni contrarie ritenute più forti, suscettibili di provocarne la disapplicazione. È questo il punto minimo di efficacia giuridica del precedente, che deve essere osservato dal giudice per rispettare il principio dell'affidamento e la cui consistenza logica si manifesta nell'inversione dell'onere dell'argomentazione, imponendo al giudice che volesse discostarsene l'obbligo di adeguata motivazione<sup>50</sup>.

In particolare, nel modello dialettico, il precedente giudiziale non è un'ipotesi o un protocollo, come accade nel modello analitico, ma è un *éndoxon*.

Con il termine di *éndoxa*, che pare opportuno custodire nella sua origine greca rinvenibile nella nota definizione classica del primo libro dei *Topici*, Aristotele indica «le opinioni condivise da tutti, o dalla maggior parte, o dai competenti, e tra questi da tutti, o dalla maggior parte, o dai più noti e stimati»<sup>51</sup>.

Ammettendo un criterio gerarchico di «endossalità», Aristotele afferma che queste «opinioni notevoli» o «luoghi comuni» sono individuabili sia tenendo conto della quantità dei soggetti che condividono l'*éndoxon* (tutti o la maggior parte), sia della loro qualità (i competenti, i più noti, i più stimati).

Richiamando tale nozione aristotelica, pare indubbio che la *ratio decidendi* di una decisione giudiziaria, che costituisce la più diffusa determinazione interpretativa del «precedente» e che innerva il *corpus* dell'argomentazione forense, assume il valore dell'opinione notevole (*éndoxon*) la quale, in quanto degna di stima e di importanza, appare agevolmente accoglibile da un uditorio tecnico, come quello composto dai magistrati o dagli avvocati che partecipano al processo, ma si espone all'esame dialettico delle obiezioni che qualificano la discussione del caso giuridico.

L'argomentazione, o dimostrazione retorica, è il tipico procedimento logico che connette un luogo comune (*éndoxon*) soggetto a discussione e posto come premessa con la tesi che ne deriva e che rappresenta la conclusione sulla quale si vuole attrarre il consenso. Questa forma di procedimento caratterizza non solo le ragioni di fatto e di diritto di una tesi defensionale, ma anche la motivazione della sentenza del giudice che la redige con lo scopo di renderla persuasiva in quanto resistente all'impugnazione: nell'età contemporanea, per esempio, non vi è dubbio che la tutela dei diritti

<sup>49</sup> Cfr. G. Sartor, *Il precedente giudiziale*, in «Contratto e impresa», 11, 1996, pp. 1100-ss.

<sup>50</sup> Cfr. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1978.

<sup>51</sup> Cfr. Aristotele, *Topici*, I 1, 100 b 21-23, in Id., *Opere*, traduzione di G. Colli, Laterza, Roma-Bari 1994, p. 4.

umani costituisca un *éndoxon* di notevole forza persuasiva, divenuto autentica fonte argomentativa del diritto nella giurisprudenza e nella legislazione<sup>52</sup>.

In effetti, dalla circostanza che la discussione forense avvenga sempre in forma dialogica discende la conseguenza che, poiché le premesse sono costitutivamente discutibili, perché soggette ad incontrare contestazioni, il reperimento topico di premesse comuni al retore e all'uditore (per esempio, una massima della giurisprudenza più recente o più autorevole) serve ad evitare opposizioni sensate alla medesima, sicché il luogo comune idoneo è quello capace di confondere le obiezioni<sup>53</sup>.

Questo valore topico del precedente, che è strettamente connesso alla struttura dialettica del processo ed alla discussione retorica che lo caratterizza, consente di pervenire ad almeno tre considerazioni caratterizzanti la natura dell'antecedente giudiziario nell'argomentazione forense.

a) Il precedente è una premessa problematica del ragionamento giudiziale, non essendo un'ipotesi stabile che va ricercata ad ogni costo per risolvere il caso o comporre l'argomentazione forense. D'altronde, nel metodo scientifico, anche il «protocollo» costituisce una premessa stipulata come assioma, ma pur sempre rintracciata con il metodo topico dallo scienziato attraverso la verifica di teorie contrastanti e l'eventuale discussione retorica degli specialisti competenti.

b) Il precedente è una premessa illuminante che si rinviene razionalmente nello spazio ampio e disordinato degli orientamenti della giurisprudenza, ma non attraverso un reperimento casuale o automatico di un mero riferimento al caso in esame. Il vero precedente è uno solo<sup>54</sup>.

c) Il precedente è una premessa efficace e non inutile o inadeguata. Utilizzato in forma topica, l'antecedente giudiziario non è mai realmente vincolante, se non fino a prova contraria, ma è certamente dotato di forza persuasiva, in quanto influisce sulla decisione del giudice e sulla soluzione del caso.

Pertanto, qualora sia concepito in forma topica, il precedente giudiziario si presenta costantemente come luogo argomentativo diffuso e autorevole, ma aperto al dialogo critico e, quindi, appare dotato nello stesso tempo di resistenza e di fragilità logica: resistenza, quando il precedente è richiamato come opinione notevole che appare idonea ad inibire le opposizioni; fragilità, quando il precedente è invocato apoditticamente e si infrange sulla confutazione di chi lo contesta.

Nel modello dialettico, dunque, il precedente giudiziale non è un protocollo irrefutabile, ma è una premessa dotata di specifica forza «endossale», caratterizzandosi come argomentazione critica ancorata su luoghi comuni autorevoli, come le decisio-

<sup>52</sup> Cfr. G.M. Azzoni, *Endoxa e fonti del diritto*, in Ferrari, Manzin (a cura di), *La Retorica fra scienza e professione legale*, cit., p.p 123-ss.

<sup>53</sup> Cfr. F. Cavalla, *Topica e verità nel discorso giudiziale*, in Alarico Mariani Marini (a cura di), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 103-ss., p. 108.

<sup>54</sup> Cfr. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, cit., pp. 709-s.

ni delle Corti Supreme, ma temperata dal filtro giudiziale del contraddittorio processuale, che può consentirne così una disapplicazione ragionata da parte del giudice.

L'oblio della capacità dialettica di distinguere gli argomenti alternativi tra loro in forza della ricerca confutatoria e di reperire un ordine nello scontro dialogico delle tesi contrastanti ha condotto la giurisprudenza contemporanea a dimenticare anche la natura endossale ed argomentativa del precedente, riducendo la topica ad una sorta di «topicismo», ossia ad una concezione empiristica, basata sul semplice ritrovamento di premesse efficaci, facilmente comunicabili e di fatto convincenti<sup>55</sup>.

6. *Funzioni della topica. Per una determinazione teleologica del precedente: ratio decidendi, principio di diritto, massima.*

Ripensando la fondazione classica della topica, che nella storia del pensiero occidentale risale ad Aristotele, importa quivi rilevare l'unitaria struttura funzionale della teoria dell'argomentazione dello Stagirita, le cui metodologie (pur variamente strutturate, come la topica, la dialettica e la retorica) perseguono scopi simili e si riconducono a caratteri comuni.

Nell'elaborazione aristotelica, le finalità della topica sono quantomeno tre e ricalcano le funzioni della dialettica e della retorica le quali, per la formulazione delle premesse dei ragionamenti sillogistici che le qualificano, si valgono precisamente di luoghi (*tópoi*), come si desume dall'analogia tracciata in alcuni fondamentali passi dell'opera aristotelica:

- nel primo libro dei *Topici*, si dichiara che la dialettica è utile in rapporto all'esercizio del disputare (*pros ghymnasian*), alle discussioni con gli altri (*pros tas entéuxeis*) e alle scienze filosofiche (*pros tas katá philosophían epistémas*)<sup>56</sup>;

- all'inizio dell'ottavo libro dei *Topici*, si conferma questa tripartizione affermando che, per la formazione topica di un discorso argomentato dialetticamente, bisogna *ricercare* i luoghi notevoli da cui prendere le mosse per il proprio attacco e, dunque, che siano capaci di resistere al domandare critico; *ordinare* gli argomenti ritrovati attraverso il vaglio critico di domande e di risposte; *comunicare* persuasivamente all'uditore una opportuna selezione dei *tópoi* adeguati al caso pratico<sup>57</sup>;

- nella *Retorica* si afferma che, similmente, la retorica è utile a persuadere, attraverso un adeguato addestramento, su ciò che è vero e su ciò che è giusto; a persuadere dove è impossibile dimostrare scientificamente, ossia nei dibattimenti giudiziari; a persuadere nelle cose contrarie, argomentando le opposizioni e, dunque, risolvendole criticamente con un guadagno di conoscenza<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Cfr. F. Cavalla, *Topica giuridica*, in «Enciclopedia del Diritto», Giuffrè, Milano 1992 p. 736.

<sup>56</sup> Cfr. Aristotele, *Topici*, I, 2, 101 a, 1994, in Id., *Opere*, 2, cit., p. 5.

<sup>57</sup> Cfr. Ivi, p. 193.

<sup>58</sup> Cfr. Aristotele, *Retorica*, Mondadori, Milano 1996, p. 9 (spec. 1355 a 21 – b 7).

Questa ricorrente e accomunabile triplicità di aspetti della metodologia dell'argomentazione è teorizzata da Aristotele in una prospettiva globale, nella quale la topica assume una funzione soprattutto euristica, presentandosi originariamente come una via non preconstituita di ricerca dell'argomentazione, pur possedendo anche uno scopo organizzativo e un'utilità pratica nella formazione del discorso in generale e di quello giuridico in particolare.

In questa sede, il richiamo alla prospettiva aristotelica è utile per delineare non soltanto il valore, ma anche la funzione topica del precedente giudiziale, onde consentirne una determinazione teleologica, che consenta cioè di individuare gli aspetti essenziali di ciò che è davvero «precedente» nella decisione giudiziaria anteriore in base alla finalità dalla stessa perseguita.

a) La funzione euristica della topica giudiziale si manifesta nella ricerca selettiva e libera del precedente da parte del giurista, che procede all'indagine e al ritrovamento dell'*éndoxon* con accesso casuale (*random*) ai dati offerti dal variegato articolarsi della giurisprudenza, ma valutando la consistenza e l'utilità della decisione anteriore per il caso in esame in base alla forza persuasiva dell'argomento rintracciato.

Pertanto si ripete che la persuasività dipende dalla condivisibilità soprattutto soggettiva, quantitativa (le opinioni della maggioranza) o qualitativa (le opinioni dei competenti), del precedente da parte dell'uditorio, sicché il retore dovrà selezionare il luogo comune idoneo a resistere alle obiezioni.

Come si è già spiegato, inoltre, il valore euristico del precedente giudiziale è bidirezionale: la ricerca influisce sugli argomenti rivenuti, che il giurista trova in base alle sue capacità (*ingenium*); viceversa, gli *éndoxa* ritrovati orientano l'indagine, essendo più o meno adeguati a vincere l'opposizione nella discussione.

Da un lato, l'abilità euristica del ricercatore estende la considerazione del precedente giudiziale a fonti argomentative eccentriche, ampliando la cultura del giudice a fattispecie discontinue ed innovative nella prassi comune della giurisprudenza, che generalmente è orientata dagli indirizzi delle Corti Supreme, come le sentenze di giudici stranieri o sovranazionali, le decisioni di commissioni giudicanti anche disciplinari, i lodi di collegi arbitrali anche internazionali.

Dall'altro lato, l'uso argomentativo di tali fonti eccentriche stimola le parti nelle rispettive difese e il giudice nella redazione della motivazione ad individuare quali validi precedenti le ulteriori decisioni degli organi giudicanti che non appartengono alla tradizionale stesura del discorso forense, come accaduto nell'ordinamento europeo con il fenomeno del cosiddetto «dialogo» tra le Corti Supreme nazionali e sovranazionali.

Nel motivare la propria decisione, che deve essere accettabile dalle parti litiganti, il giudice è chiamato ad esercitare la propria cultura topica, mostrando di individuare non semplicemente il precedente valido per giustificare la sentenza, ma di conoscere i valori della tradizione, la storia della civiltà, la metodologia del proprio ragionamen-

to giuridico e le conseguenze sociali ed economiche della propria presa di posizione, valutando l'equità del proprio provvedimento nel singolo caso particolare<sup>59</sup>.

b) La funzione organizzativa della ricerca topica del precedente si rileva nel reperimento da parte del giudice del dato utile per deliberare la decisione attraverso la costruzione di uno schema dialogico e critico.

Questo schema dipende essenzialmente dal filtro del dibattito giudiziario, poiché il giudice si trova in una condizione adeguata per decidere quando esamina le tesi contrarie sostenute dalle parti e, dunque, segue il paradigma del contraddittorio processuale, mediando i contrasti interpretativi che spesso intaccano il precedente giudiziale, come accade in presenza di giurisprudenza contrastante sulla medesima questione giuridica che deve essere applicata al caso in esame.

Il vaglio critico delle domande e delle eccezioni delle parti, spesso supportate da ragioni giuridiche fondate su precedenti giudiziali di Corti Supreme o autorevoli, consente al giudice di citare il precedente per discostarsene giustificatamente in uno spazio dialettico di dissenso ragionevole, simile a quello del contraddittorio processuale.

Tale dissenso ragionevole, che tiene conto delle opposizioni relative alla controversia in esame, può essere manifestato nella motivazione del provvedimento dal giudicante di *civil law* con argomentazioni simili a quelle della prassi di *common law*, attraverso la spiegazione (*explaining*), la distinzione (*distinguishing*) e la revoca (*overruling*) del precedente<sup>60</sup>.

c) La preparazione di un repertorio ragionato e concreto, che costituisca un catalogo di precedenti su questioni giuridiche di maggiore contenzioso e che si presenti aperto alla discussione critica che inevitabilmente connota il dibattito processuale, realizza la funzione pratica della topica giudiziale e consente alle parti e al giudice di sostenere tesi difficilmente attaccabili.

Questa funzione empirica, che talvolta porta al «topicismo» della giurisprudenza, si ritrova oggi in nella formalizzazione di sistemi esperti di intelligenza artificiale applicata al diritto con modelli argomentativi fondati su conoscenze sempre obiettabili o invalidabili, da considerare certe fino al prevalere di punti di vista contrari<sup>61</sup>.

Pertanto, la triplice funzione topica del precedente giudiziale permette una determinazione teleologica del medesimo, distinguendone gli aspetti essenziali in base al fine che l'interpretazione del precedente medesimo si prefigge di realizzare.

a) La funzione euristica dell'antecedente giudiziale, che si espone alla ricerca critica per giustificare la decisione di un caso analogo, consente di ammettere la più diffusa definizione del precedente come *ratio decidendi*, ossia come formulazione

<sup>59</sup> Cfr. C. Perelman, *Logique juridique nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris 1976.

<sup>60</sup> Cfr. Sartor, *Il precedente giudiziale*, cit., pp. 1100-ss.

<sup>61</sup> Cfr. G. Sartor, *Intelligenza artificiale e diritto: un'introduzione*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 116-117; H. Prakken, *Logical Tools for Modelling Legal Argument: a Study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer, Dordrecht 1997.

della *regula juris* in base alla quale viene risolto il caso controverso e giustificata la decisione.

Più specificamente, la *ratio decidendi* diventa precedente quando costituisce l'argomentazione giuridica che è a fondamento della decisione sui fatti di causa<sup>62</sup> e, quindi, quando si presenta come la statuizione generale che risolve una questione giuridica controversa tra le parti e che appare necessaria per la decisione del giudice, il quale non avrebbe deciso in tal senso in assenza di tale statuizione<sup>63</sup>.

Come è noto, la statuizione che, pur essendo generale, non appare necessaria per la risoluzione giuridica del caso costituisce un *obiter dictum* che non è vincolante, sebbene possa diventare persuasivo, come accade con le decisioni delle Corti Supreme.

Per esempio, con ordinanza 30 ottobre 2010, il Giudice Tribunale di Belluno ha precisato che «l'affermazione contenuta nella sentenza della Corte di cassazione a Sezioni Unite n. 19246 del 9 settembre 2010 – secondo cui “non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma tale effetto automatico è conseguenza del solo fatto che l'opposizione sia stata proposta, in quanto l'art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti a metà” – non individua la *ratio decidendi*, intesa come regola di diritto connessa alla fattispecie concreta, che costituisce il fondamento logico-giuridico necessario per risolvere la controversia (dato che, nel caso esaminato dalla Corte, l'opponente aveva effettivamente assegnato un termine di comparizione inferiore a quello ordinario), ed è quindi priva dell'efficacia di precedente, costituendo un mero *obiter dictum*, che non può essere invocata nella soluzione dei casi successivi, non avendo determinato la decisione del caso concreto».

Questa ricerca del precedente giudiziale come *ratio decidendi*, ossia come regola giuridica adeguata alla composizione di casi controversi simili, rinnova nell'età contemporanea la rilevanza topica dei brocardi, che sin dall'elaborazione della giurisprudenza medievale costituiscono luoghi comuni dotati di concisione e incisività coi quali il giurista si deve ancor oggi misurare onde valutare la possibilità di appoggiarvi premesse di discorso relative al caso concreto<sup>64</sup>.

b) Lo schema organizzativo del precedente giudiziale può consentire di individuare come precedente il principio di diritto che è contenuto nella motivazione della sentenza e che può anche coincidere con la *ratio decidendi*.

Nell'ordinamento processuale italiano, il principio di diritto è enunciato dalla sentenza della Corte di Cassazione che accoglie il ricorso in sede civile e risolve la questione litigiosa, come prescritto dall'art. 384 c.p.c., costituendo una regola del

<sup>62</sup> Cfr. N. Picardi, *Appunti sul precedente giudiziale*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile» 1985, pp. 201-ss.

<sup>63</sup> Cfr. G. Sartor, *Il precedente giudiziale*, in «Contratto e impresa», 11, 1996, pp. 1100-ss.

<sup>64</sup> Cfr. D. Velo Dalbrenta, Brocardica. *Una introduzione allo studio e all'uso dei brocardi*, FrancoAngeli, Milano 2007.

caso formatasi attraverso la discussione della specifica controversia. Esso è vincolante per il giudice di rinvio del medesimo processo, ma spesso è esteso dalla prassi della giurisprudenza di merito a casi analoghi e, quindi, diventa precedente persuasivo in ragione del diffuso utilizzo delle decisioni della Corte di Cassazione nell'argomentazione difensiva e nella motivazione giudiziale.

In quanto precedente persuasivo, il principio di diritto è anche un principio d'ordine dialettico che organizza l'esito della discussione quando appare luogo comune utilizzato nell'argomentazione delle parti o nella motivazione del giudice per inibire le ragioni contrarie che risolvono la questione giuridica in modo opposto.

Per definire il principio di diritto, enunciato dalla Corte di Cassazione ma non definito precisamente dal codice processuale, è utile riesaminare la giurisprudenza del Supremo Collegio formatasi sul quesito di diritto, che doveva essere formulato nei motivi del ricorso in base al previgente art. 366-bis c.p.c., inserito dall'art. 6 d.l.gs. 2 febbraio 2006, n. 40, a far data dal 2 marzo 2006, e successivamente abrogato dall'art. 47, comma 1, lett. d), della l. 18 giugno 2009, n. 69.

Infatti, il quesito di diritto formulato dal ricorrente appariva analogo al principio di diritto stabilito dalla Corte ed era designato in vario modo dalle varie decisioni della giurisprudenza di legittimità in merito all'ammissibilità del medesimo, che è possibile quivi classificare in base alla capacità del quesito di superare quattro obiezioni attraverso altrettanti usi della retorica<sup>65</sup>.

In base a tale giurisprudenza, il quesito di diritto era considerato ammissibile se era collocato in una posizione specifica ed espressa nel ricorso (S.U. n. 7258/2007), vincendo così l'obiezione d'indifferenza attraverso la retorica estetica; se indicava la chiave di lettura delle ragioni esposte e sintesi logico-giuridica della questione (S.U. n. 3519/2008), superando così l'obiezione d'ignoranza attraverso la retorica didascalica; se mostrava uno specifico collegamento alla fattispecie (S.U. n. 36/2007) e un'imprescindibile attinenza al *decisum* (S.U. n. 14385/2007), inibendo così l'obiezione di dubbio generico attraverso la retorica argomentativa; se presentava un'esponezione motivata del principio di diritto in alternativa confutante alla sentenza impugnata oppure uno schema secondo il quale si domandasse sinteticamente alla Corte se alla fattispecie concreta si applicasse la regola di diritto auspicata dal ricorrente in luogo di quella diversa adottata nella sentenza impugnata (S.U. n. 2658/2008), sconfiggendo così l'obiezione di dubbio specifico attraverso la retorica confutatoria.

Dunque, similmente al quesito di diritto del ricorrente, il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione può diventare realmente precedente, applicabile a casi analoghi, qualora sia in grado di superare le quattro obiezioni retoriche sopra esaminate<sup>66</sup> e, in definitiva di diventare effettivamente un *éndoxon*.

<sup>65</sup> Cfr. F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in Id., *Retorica, processo, verità*, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 17-ss.

<sup>66</sup> Cfr. *Ibidem*.

c) Infine, la funzione empirica della topica giudiziale, che si identifica con la costituzione di un repertorio di argomenti già pronti per la discussione e tratti dagli orientamenti della giurisprudenza, consente di determinare il precedente come massima.

La massima della sentenza è la sintesi della decisione nonché della ragione giuridica che la sorregge e, identificandosi spesso con la *ratio decidendi* e con il principio di diritto, costituisce una regola concreta e paradigmatica, da tenere presente in occasione della decisione di casi simili o analoghi, essendo il *topos* che orienta l'interpretazione giuridica del caso<sup>67</sup>.

Quanto appena illustrato riprende i criteri di costruzione ragionata del repertorio che è opera dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, istituito in Italia dall'art. 68 dell'ordinamento giudiziario del 1941 presso la Corte Suprema di Cassazione, cui è stato tradizionalmente affidato il compito di favorire la formazione della giurisprudenza di legittimità (mediante le ricerche e le relazioni preliminari) e la sua documentazione e diffusione nella comunità dei giuristi (mediante le massime).

Tali criteri sono stabiliti dal primo presidente della Corte di Cassazione con proprio decreto ex art. 26 del d.m. 30 settembre 1989, n. 334, regol. esec. cod. proc. pen., e segnano la strutturale differenza fra la massimazione ufficiale italiana, che tende alla produzione nomofilattica di regole astratte, e le raccolte di giurisprudenza di *common law* (*reports*), le quali presuppongono una specifica analisi del fatto controverso.

La massima è veramente precedente quando fornisce una regola universalizzabile che può essere applicata come criterio di decisione nel caso successivo in funzione dell'analogia delle fattispecie concrete che sono sottoposte a valutazione comparativa dal giudice, ma non vi è dubbio che spesso costituisce fonte argomentativa citata dal giudice o dalle parti in forma indipendente dai fatti di causa: in ogni ipotesi, la capacità della massima-precedente di inibire ogni opposizione nel processo rimarca il carattere qualitativo del luogo comune citato, giacché anche un solo precedente è sufficiente a fondare la decisione del caso successivo.

Comunque, la valorizzazione da parte dell'Ufficio del Massimario delle relazioni e delle rassegne della giurisprudenza di legittimità, soprattutto riferite alle sentenze delle sezioni unite che compongono i contrasti di giurisprudenza delle sezioni semplici, mira all'obiettivo pratico di consentire l'identificazione delle ragioni che sorreggono opposti orientamenti e dei modelli di soluzione di fattispecie paradigmatiche: in tal modo, dalla redazione della «massima/precedente» s'intende giungere ad un «sistema di precedenti» per l'applicazione, la condivisione e la valutazione critica della giurisprudenza della Corte di Cassazione da parte della comunità dei giuristi<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. Canzio, *Il ruolo delle Corti. il ruolo della Corte di Cassazione nella formazione dei precedenti giurisprudenziali*, cit.

<sup>68</sup> *Ibidem*.



In dottrina, vista l'inevitabile importanza delle massime e il loro uso come precedenti vincolanti nello stesso stile espositivo delle decisioni giudiziarie, è stato anche suggerito di inserire le medesime a pieno titolo tra gli elementi della sentenza, con conseguente miglioramento della qualità sia delle massime che delle motivazioni, perché obbligando l'estensore a massimare si porterebbe il giudice a individuare il nocciolo delle ragioni del decidere<sup>69</sup>.

### 7. Il processo come luogo tipico di determinazione del precedente.

L'analisi finora condotta ha tentato di dimostrare che, nell'orizzonte del diritto vivente elaborato continuamente dalla giurisprudenza, il processo si presenta come autentico luogo tipico di determinazione del precedente giudiziale<sup>70</sup>.

Assumendo che l'interpretazione del rapporto tra fattispecie astratta normativa e fattispecie concreta descrittiva del fatto è un rapporto di «determinazione», si è osservato che, quando il giudice qualifica giuridicamente una certa condotta non vige la disposizione legislativa, ma una sua «determinazione», cioè «una norma altra e diversa rispetto alla legge», che non è mai scontata e che si presenta come plurale ed opponibile nel contesto del processo<sup>71</sup>, ove si attua il progetto del diritto sostanziale nell'inesauribile e dinamico formarsi dell'ordinamento giuridico<sup>72</sup>.

Questa tesi può essere fecondamente collegata alla formazione giurisdizionale della positività giuridica, tenendo conto della circostanza che il dato normativo è profondamente manipolabile dal dibattito processuale<sup>73</sup>, all'esito del quale la norma positiva risulta non solo trasformata ma addirittura creata quale determinazione di altra e diversa positività<sup>74</sup>.

La positività giudiziale si forma non soltanto quando la disciplina legale è vaga e lacunosa e la giurisprudenza agisce quale supplente del legislatore, ma si realizza soprattutto nella costituzione di veri e propri progetti di norma che, nell'ordinamento giuridico globale, non costituiscono applicazione pedissequa e stereotipata di un precedente giudiziario stabile, ma ne divengono una nuova determinazione e, dunque, un precedente «altro e diverso», a sua volta suscettibile di ulteriore ed opponibile determinazione.

<sup>69</sup> Cfr. M. Bin, *Il precedente giudiziario. Valore ed interpretazione*, CEDAM, Padova 1995.

<sup>70</sup> Questa riflessione è approfondita da Nicola Giordani nella tesi di laurea magistrale in Giurisprudenza su «Il valore del precedente nella giurisprudenza contemporanea. Metodo e limiti dell'argomentazione giudiziale», discussa nell'Università degli Studi di Padova nell'anno accademico 2012/2013.

<sup>71</sup> Cfr. F. Cavalla, *Sull'attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo*, in «Rivista di Filosofia del diritto», 2012, 1, pp. 107-ss.

<sup>72</sup> Cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Tomo I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, CEDAM, Padova 2008, p. 96.

<sup>73</sup> Cfr. U. Vincenti, *Metodologia giuridica*, CEDAM, Padova 2008, p. 99.

<sup>74</sup> Cfr. Moro, Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza*, cit.

Infatti, è sempre il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi «crea» il precedente, ma nell'interpretare il caso concreto propone una rinnovata esegesi progettuale della *ratio decidendi* (o del principio di diritto o della massima) e, dunque, ne produce una diversa determinazione legata alle specifiche ragioni di fatto e di diritto che caratterizzano la singola controversia giudicata.

Le peculiarità dei fatti specifici di ogni controversia, l'impossibilità di un'esegesi meccanica ed algoritmica della norma positiva<sup>75</sup> e, infine, il valore topico del precedente giudiziale confermano che nel ragionamento del giudice si intrecciano molteplici dimensioni culturali e si impiegano formanti disparati ed eterogenei con linguaggio tecnico e comune, come schemi argomentativi e figure retoriche, modelli inferenziali e logiche combinatorie, giudizi di valore e regole deontologiche, conoscenze scientifiche e massime di esperienza<sup>76</sup>.

È questo lo spazio ampio e globalizzato della topica forense, nell'ambito della quale assume evidente rilevanza l'azione di determinazione del precedente come autentico *éndoxon*, indubbiamente creativa di sempre nuova positività giuridica, operata dalla giurisprudenza delle Corti Supreme nazionali e sovranazionali dell'epoca contemporanea. In questo sconfinato orizzonte della topica giudiziale, i precedenti (purché dotati di rarità, autorità e universalizzabilità) potrebbero operare come «strutture dissipative», ossia come «momenti di formazione di aree di ordine all'interno del disordinato fluire del *caos* della giurisprudenza»<sup>77</sup>.

#### 8. *Uso eccentrico del precedente nella giurisprudenza contemporanea.*

È sempre più diffuso, nella giurisprudenza contemporanea, l'uso eccentrico del precedente giudiziario: con tale aggettivo s'intende indicare l'innesto nella motivazione delle sentenze di fonti argomentative che non appartengono alla concezione pandettistica ottocentesca, fondata sulla mentalità sillogistica e sistematica del ragionamento giuridico, come la legge o la decisione di una Corte Suprema nazionale.

Alcuni esempi paradigmatici, che saranno riassunti qui di seguito, intendono documentare questa eccentricità delle fonti citate in alcuni importanti arresti di Corti autorevoli, a riprova che l'elaborazione logica della giurisprudenza e il relativo utilizzo dei precedenti giudiziali si svolgono costantemente in forma topica<sup>78</sup>.

##### a) Corte di Cassazione

Con sentenza 11 marzo 2004, n. 5044, le sezioni unite della Corte di Cassazione civile hanno affermato il principio della giurisdizione universale in materia di

<sup>75</sup> Cfr. Cossutta, *Dieci riflessioni intorno al processo come algoritmo*, cit., pp. 51-ss.

<sup>76</sup> Cfr. Taruffo, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, cit., pp. 665-ss.

<sup>77</sup> Cfr. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, cit., pp. 709-ss.

<sup>78</sup> Chi scrive ha attinto alla ricerca svolta dagli studenti durante il corso di Metodologia e informatica giuridica, tenutosi nel secondo semestre dell'anno accademico 2012/2013 nella sede di Treviso dell'Università degli Studi di Padova.

violazione dei diritti fondamentali dell'uomo, affermando la giurisdizione italiana in relazione alla domanda risarcitoria promossa, nei confronti della Repubblica federale di Germania, da un cittadino italiano che lamentava di essere stato catturato a seguito dell'occupazione nazista in Italia durante la seconda guerra mondiale e deportato in Germania per essere utilizzato quale mano d'opera non volontaria al servizio di imprese tedesche, atteso che sia la deportazione che l'assoggettamento ai lavori forzati devono essere annoverati tra i crimini di guerra e, quindi, tra i crimini di diritto internazionale, essendosi formata al riguardo una norma di diritto consuetudinario di portata generale per tutti i componenti della comunità internazionale.

La Corte Suprema italiana ha precisato che il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto il valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale, riducendo la portata e l'ambito di altri principi ai quali tale ordinamento si è tradizionalmente ispirato, quale quello sulla «sovrana uguaglianza» degli Stati, cui si collega il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera.

Per conseguenza, la Corte di Cassazione ha aggiunto che la norma consuetudinaria di diritto internazionale generalmente riconosciuta che impone agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri, non ha carattere assoluto, nel senso che essa non accorda allo Stato straniero un'immunità totale dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale, tale immunità non potendo essere invocata in presenza di comportamenti dello Stato straniero di tale gravità da configurare, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, crimini internazionali, in quanto lesivi, appunto, di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali.

Nella motivazione della sentenza, in mancanza di un immediato appiglio legislativo, la Corte ha dovuto utilizzare una molteplice congerie di riferimenti al diritto straniero e sovranazionale, con peculiare attenzione ai precedenti giudiziari, citando gli orientamenti della Corte Suprema d'Irlanda, della Corte suprema di Grecia, della Corte costituzionale di Ungheria, del Tribunale penale per la ex-Jugoslavia, della Corte europea dei diritti dell'uomo, della Superior Court of Justice dell'Ontario (Canada), della Corte Internazionale di Giustizia, della House of Lords inglese, della Corte distrettuale di New York, della Corte d'appello federale del secondo Circuito e della Corte distrettuale del Massachusetts.

In questa articolata decisione, le citazioni della prassi giudiziaria internazionale sono palesemente accumulate dalla Corte quali proprietà topiche della motivazione, dirette a vincere l'obiezione della regola generale dell'immunità della giurisdizione dello Stato estero convenuto in un giudizio risarcitorio e, dunque, presentano un'evidente natura endossale, corrispondendo all'uso dialettico del diritto straniero in forma comparata<sup>79</sup>.

<sup>79</sup> Cfr. Sarra, *Dialoghi con se stesso. Sul c.d. «uso dialettico» del precedente giudiziario*, cit., pp. 251-ss.

In un altro caso noto e molto discusso, che ha inaugurato un innovativo e criticato orientamento e che è stato deciso con sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748, la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha ritenuto essenziale rintracciare in ogni caso la volontà del paziente che, in caso di stato d'incoscienza del medesimo, può essere desunta espressamente da dichiarazioni anticipate di trattamento o anche tacitamente dalla personalità o dallo stile di vita dell'interessato e manifestata da un rappresentante terapeutico che possa esternarla.

Enunciando il principio di diritto, la Suprema Corte ha detto che: «Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

Nella motivazione, che costituisce un evidente esempio di autentica «osmosi tra ordinamenti giuridici»<sup>80</sup> e di costituzione topica di un'opinione notevole destinata intenzionalmente ad esporsi al dibattito bioetico e giuridico, la Corte ha espressamente citato la dottrina, elaborata dalle Corti statunitensi, del giudizio sostitutivo (*substituted judgement*), indicando esplicitamente profili e requisiti del procedimento con cui addivenire alla lecita interruzione di idratazione e alimentazione artificiali, qualificate come trattamenti sanitari rifiutabili e giustificando implicitamente un evidente assillo volontaristico, in ossequio al quale si ritiene indispensabile ricercare e scoprire l'approvazione o la disapprovazione delle cure, espressa in forma anche

<sup>80</sup> Cfr. L. Mingardo, *Osmosi tra ordinamenti giuridici. Un caso per il biodiritto: il giudizio sostitutivo*, in Moro, Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza*, cit., pp. 253-ss.

tacita o presunta ma inequivoca, ed anche in stato d'incoscienza, per legittimare l'intervento sanitario<sup>81</sup>.

b) Corte costituzionale

Nella sentenza 15 aprile 2010 n. 138, la Corte costituzionale ha negato la possibilità che le unioni omosessuali possano essere ritenute omogenee al matrimonio, riferendosi a orientamenti della giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo, nonché al diritto comunitario e agli indirizzi della dottrina.

La Corte ha spiegato che l'art. 9 della Carta di Nizza, come recepita dal trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009, nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio e ha aggiunto che detto articolo non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso.

La Corte ha precisato che, nonostante nella nozione di «formazione sociale» di cui all'art. 2 Cost. si debba annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, il relativo riconoscimento giuridico necessariamente postula una disciplina di carattere generale che non può essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio, spettando, infatti, al Parlamento individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette.

Nella decisione in esame, si raccolgono varie ragioni giuridiche per sostenere in forma topica l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale di varie norme del codice civile: il risalente orientamento della Corte di Cassazione, pur citato in alcuni *obiter dicta*, secondo cui la diversità di sesso dei coniugi deve considerarsi tra i requisiti minimi indispensabili per ravvisare l'esistenza del matrimonio (*ex plurimis*, cfr. Cassazione civile, sez. I, 9 giugno 2000 n. 7877); le posizioni ampie e contrastanti della dottrina; l'inapplicabilità al caso di specie di un indirizzo della Corte europea dei diritti dell'uomo.

c) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Un altro esempio dell'uso topico nella motivazione giudiziale di fonti argomentative culturali e, dunque, eccentriche rispetto al diffuso modo di citare la legislazione e la giurisprudenza, riguarda la vicenda processuale dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche italiane, giunta fino alla Corte di Strasburgo e conclusasi con la sentenza 18 marzo 2011 della Grande Camera.

Una cittadina italiana di origine finlandese aveva impugnato avanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto con ricorso 23 luglio 2002, nel quale asseriva la violazione del principio di laicità, il provvedimento con il quale la direzione della scuola statale, frequentata dai propri figli minori, aveva deliberato di lasciare il croci-

<sup>81</sup> Cfr. P. Moro, *Dignità umana e consenso all'atto medico*, in F. Zanuso, (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, FrancoAngeli, Milano 2009, pp. 131-ss., p. 139.

fisso esposto nelle aule, nonostante la richiesta in senso contrario formulata da parte della medesima ricorrente.

Con sentenza 17 marzo 2005 n. 1110, il Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto rigettava il ricorso con motivazione ricca non solo di riferimenti a precedenti giudiziari e a norme positive, ma anche ad argomenti espressamente culturali, giudicando che il crocifisso fosse il simbolo della storia e della cultura italiane, e di conseguenza dell'identità italiana, nonché dei principi di libertà, tolleranza e laicità dello Stato. L'appello al Consiglio di Stato era successivamente respinto con sentenza 13 febbraio 2006, nella quale il Supremo Collegio affermava parimenti che la croce era diventata uno dei valori laici della Costituzione italiana e rappresentava i valori della vita civile.

Invece, veniva accolto il ricorso della signora alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la cui sezione seconda stabiliva con sentenza 3 novembre 2009 il principio secondo cui viola il diritto dei genitori di istruire i figli secondo le proprie convinzioni religiose e filosofiche ed il diritto dei bambini scolarizzati di credere o di non credere l'esposizione obbligatoria di un simbolo confessionale (nella specie, crocifisso) nelle aule scolastiche, stante il dovere dello Stato di rispettare la neutralità nell'esercizio del settore pubblico ed in particolare di quello dell'istruzione.

Infine, con sentenza d'appello 18 marzo 2011 n. 30814, la Grande Camera della Corte di Strasburgo riformava la decisione di prime cure con ampia motivazione, fondata soprattutto sul rapporto tra situazione di fatto e i principi generali di neutralità dello Stato e libertà religiosa, ritenendo tra l'altro che: «la presenza del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche [...] non è di per sé sufficiente a denotare un processo di indottrinamento da parte dello Stato convenuto» (paragrafo 71); «il crocifisso appeso al muro è un simbolo essenzialmente passivo» e «non gli si può attribuire una influenza sugli allievi paragonabile a quella che può avere un discorso didattico o la partecipazione ad attività religiose» (paragrafo 72); la presenza del crocifisso [...] non è associata ad un insegnamento obbligatorio del cristianesimo» (paragrafo 74); «la ricorrente, nella sua qualità di genitore, ha conservato pienamente il suo diritto di illuminare e consigliare i suoi figli, di esercitare nei loro confronti le sue funzioni naturali di educatore e di orientarli in una direzione in linea con le sue convinzioni filosofiche» (paragrafo 75).

### *9. Conclusioni. Topica, giurisprudenza e informatica giuridica.*

L'individuazione del precedente giudiziale si manifesta in epoca contemporanea nella tecnica informatizzata di ricerca, formazione e interpretazione della giurisprudenza.

Questa tecnica ha natura topica e costituisce la più rilevante applicazione dell'informatica giuridica documentaria nella ricerca delle premesse del discorso forense,

tra le quali assume precipua rilevanza il precedente giudiziale che, come si è illustrato nel presente lavoro, presenta una triplice determinazione funzionale che, sul piano pratico, orienta l'attività di ricerca euristica, organizzativa e pragmatica del precedente.

Applicando il modello dialettico dell'informatica forense, è indubbio che la topica giudiziale informatizzata non possa esprimersi in uno schema ripetibile, obnubilando l'esercizio pratico del contraddittorio e, quindi, l'essenza della logica processuale di risoluzione del caso giudiziale che, per sua stessa natura, è imprevedibile e spesso difficilmente omologabile ai precedenti<sup>82</sup>.

Infatti, testimoniando la necessità di ripensare la logica puramente formale e automatica nell'uso del precedente giudiziario, i sistemi giuridici esperti, fondati sull'intelligenza artificiale ed utilizzati per prevedere con metodo puramente statistico i comportamenti dei giudici e, quindi, l'efficacia e la stabilità della giurisprudenza, sono stati giustamente tacciati di «stupidità artificiale» da un'autorevole orientamento della filosofia analitica del diritto<sup>83</sup>.

La costituzione topica del precedente giudiziale nell'informatica documentaria, che non è un sistema meccanico né tantomeno una banca dati, dimostra la rilevanza metodologica del contributo del giurista nell'azione di ricerca degli argomenti notevoli da utilizzare nella costruzione retorica del discorso forense.

La specifica abilità soggettiva del giurista nell'interrogazione degli archivi informatici o telematici prevale sull'azione cibernetica del *software* quando si comprende la natura dialettica della ricerca del precedente, riflettendo sul ritrovamento automatico e casuale di argomenti obiettivamente rilevanti sul piano quantitativo, ma necessariamente collegati allo sforzo euristico che si manifesta sul piano qualitativo soprattutto nella funzione selettiva della topica che, come accade nel processo, esige di individuare le premesse inammissibili nel discorso perché contraddittorie o insignificanti, distinguendole così da quelle accettabili perché difendibili e resistenti alla confutazione.

Peraltro, nella topica dialettica, l'organizzazione della ricerca informatizzata del precedente non obbedisce ad uno schema rigidamente prefissato o puramente ragionevole, ma ad un modello critico in cui la scelta degli argomenti giurisprudenziali, che costituisce quotidiana attività del giurista nell'età contemporanea, si fonda sul confronto obbligato tra le reciproche contestazioni che le parti e il giudice possono validamente opporsi nel contraddittorio processuale.

La storia culturale della topica giudiziale, che risale in epoca classica ad Aristotele e Cicerone, conferma che, pur nella diversità delle concezioni, gli odierni repertori di giurisprudenza appaiono come sempre più ampi «magazzini» di argomenti memoriz-

<sup>82</sup> Cfr. Sartor, *Intelligenza artificiale e diritto*, cit.

<sup>83</sup> Cfr. M. Jori, A. Pintore, *Giuriscibernetica*, in M. Jori, A. Pintore, *Manuale di Teoria Generale del Diritto*, Giappichelli, Torino 1995, p. 171.

zati nella rete telematica e aperti al necessario impegno metodologico del ricercatore.

Dunque, le basi di dati e, più in generale, le disorganizzate informazioni presenti nella rete telematica sono il territorio comune della ricerca elettronica del precedente che, qualora si tenga conto della sua natura topica e dialettica, non è reperibile esclusivamente per la capacità automatica del *software* o dell'*hardware*, ma richiede l'interazione del navigatore dello spazio cibernetico e, quindi, impone una rinnovata riflessione sulla relazione tra metodologia e informatica giuridica.





## Auctoritas cum veritate pugnare non potest? *Riflessioni su positività giuridica e diritto vivente a confronto con il pensiero di Giambattista Vico*

FEDERICO REGGIO

*Sommario:* 1. Crisi del diritto astratto ed emergere del diritto vivente: *verum ipsum factum?* 2. *Verum-factum* o *factum-verum?* Luci e ombre della positività contemporanea. 3. *Non leges sed monstra legum*. Idealità e storicità nella filosofia del diritto vichiana. 4. Una lettura contestualizzata del *verum-factum*. 5. Una proposta interpretativa. 6. Alcune conferme a partire riflessione di Vico intorno al diritto. 7. Fra ideale e storico: l'*aequitas* come principio generatore della positività. 8. *Auctoritas cum veritate pugnare non potest*. Positivizzazione del diritto e responsabilità del giurista.

### *1. Crisi del diritto astratto ed emergere del diritto vivente: verum ipsum factum?*

In un momento nel quale una visione statica e normo-centrica dell'ordinamento giuridico sembra lasciare il posto a concezioni incentrate su un «diritto vivente», in cui la regola giuridica si plasma nella prassi, per lo più di formazione giurisprudenziale (talora permeata da categorie esogene rispetto a quelle del contesto normativo nazionale), il confronto con l'originale pensiero di Giambattista Vico può rivelare spunti di sicuro interesse anche per il giurista contemporaneo<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr., sulla nozione di *diritto vivente*, E. Resta, *Diritto Vivente*, Laterza, Roma-Bari 2008. Sulle sue origini, e sull'uso di tale categoria anche in funzione critica del normativismo formalistico, cfr. E. Ehrlich, *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, (a cura di Manfred Rehbinder), Duncker & Humblot, Berlin 1967 e Id., *I fondamenti della sociologia del diritto*, Giuffrè, Milano 1975 e, per una lettura alla luce di una prospettiva sociologico-giuridica, A. Febbrajo, *E. Ehrlich: dal diritto libero al diritto vivente*, in «Sociologia del diritto», 9/1982, pp. 137-159; R. Treves, *Sociologia del diritto*, Einaudi, Torino 1989. Sul ruolo della giurisprudenza nella formazione del diritto, e quindi nella estrinsecazione del diritto vivente, cfr. P. Moro, C. Sarra, *Introduzione*, in P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Milano, FrancoAngeli 2012, pp. 7-14. In particolare, sull'influenza di Corti extra-nazionali, e di criteri giuridici extra-ordinamentali nella costruzione del formante giurisprudenziale, cfr. C. Sarra, *Quando i fatti sono discorsi. L'interpretazione conforme nella delimitazione del «reale in quanto opposto al chimerico»*, in Moro, Sarra, *Positività e Giurisprudenza*, cit., pp. 85-115. La categoria del diritto vivente ha esercitato un'influenza sempre crescente proprio con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, e agli studi ad essa dedicati: si registra, a questo proposito, un ricorso a tale nozione già in studi

Nella visione vichiana, infatti, persino il diritto naturale – tradizionalmente emblema di contenuti immutabili e destinati a trascendere il fluire storico – «corre in tempo» e quindi si apre ad una positivizzazione storica, non risultando immune al mutare della mentalità umana e dei costumi in cui essa si forma ed esprime<sup>2</sup>.

Tanto nelle sue opere giuridiche quanto nella più nota *Scienza Nuova*, Vico si allontana con decisione da un approccio filosofico che possa pensare al diritto come ad un «insieme di norme», e propende per converso per un modello di pensiero per il quale diritto – nelle sue varie manifestazioni storiche – esprime anzitutto una socialità vissuta<sup>3</sup>.

Allontanandosi dalle concezioni giusnaturalistiche dominanti nel suo tempo, Vico concepisce e studia il diritto, dunque, come un «farsi storico», che sorge dalle relazioni umane e in esse si manifesta: un diritto contestualmente flessibile, e che perciò mal si presta a «finire impigliato» tra le «rigide maglie» delle astrazioni legali o entro teorie politiche fondate su premesse considerabili alla stregua di ipotesi non

relativamente risalenti, per cui cfr., a titolo esemplificativo, D. Nocilla, *A proposito di 'diritto vivente'*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 1981, p. 1876 e G. Zagrebelsky, *La dottrina costituzionale e il diritto vivente*, «Giurisprudenza Costituzionale», 1986, p. 1148.

<sup>2</sup> Le riflessioni che Vico dedica al Diritto Naturale sono ampie e molteplici, e trovano spazio non solo nelle sue opere giuridiche, ovvero il *De Uno* e il *De Constantia Jurisprudentis*, per cui cfr. G. B. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno* (1720), Id., *De constantia jurisprudentis* (1721), ora in G.B. Vico: *Opere Giuridiche, Il Diritto Universale*, Sansoni, Firenze 1974. Tali riflessioni sono tuttavia un tema portante anche nelle due più note edizioni della *Scienza Nuova* (ossia la prima e la definitiva), per cui cfr. G.B. Vico, *Principi di una Scienza Nuova dintorno alla comune natura delle Nazioni* (1725); G. B. Vico, *La Scienza Nuova* (1744), ora in G.B. Vico, *Opere*, Mondadori, Milano 2005. Non è possibile dare conto della vasta bibliografia che si è occupata del pensiero giuridico vichiano, tuttavia, per una prima disamina di autori che ne hanno in particolare evidenziato la dinamicità e l'apertura alla storia, sottolineando tale punto di distanza del pensiero di Vico rispetto al giusnaturalismo sei-settecentesco, cfr. G. Capograssi, *Dominio, libertà, tutela nel De Uno*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 3/1925, III, pp. 437-451; C. Cantone, *Il concetto filosofico di diritto in Giambattista Vico*, Società Editrice Siciliana, Mazara 1952; L. Bellofiore, *La dottrina del diritto naturale in G.B. Vico*, Giuffrè, Milano, 1954 e Id., *Morale e Storia in G. B. Vico*, Giuffrè, Milano 1972; D. Pasini, *Diritto, società e Stato in Vico*, Jovene, Napoli 1970; G. Ambrosetti, *Idea ed esperienza del diritto in Vico*, in E. Riviero (a cura di), *Leggere Vico*, Spirali, Milano 1982; U. Galeazzi, *Ermeneutica e Storia in Vico. Morale, diritto e società nella 'Scienza Nuova'*, Japadre, Roma-L'Aquila 1993.

<sup>3</sup> Scrive August 't Hart: «Ciò che Vico contesta, e con energia, è la visione razionalistica che stava alla base dei tentativi di codificazione, e secondo la quale la ragione poteva mettere l'uomo in grado di formulare un sistema coerente di norme astratte ed universali, che il giurista avrebbe potuto applicare in modo meramente deduttivo alla varietà multiforme ed irregolare della realtà sociale» (A. 't Hart: *La metodologia giuridica vichiana*, in «Bollettino del centro di Studi Vichiani», XII-XIII, 1982-1983, p. 27). Non a caso, nella sua ricerca di una connessione fra studio teorico del diritto ed attenzione alla concretezza storica, Vico individua una relazione stretta fra diritto e costume, come appare chiaramente nella centocinquesima *Degnità* della *Scienza Nuova Prima*: «Il diritto naturale delle genti è uscito con i costumi delle nazioni, tra loro conformi in un senso comune umano, senza alcuna riflessione e senza prender esempio l'una dall'altra» (G.B. Vico, *Principi di una Scienza Nuova dintorno alla comune natura delle Nazioni*, cit., *Degnità* CV).

verificabili (come Vico reputa, appunto, le categorie dello stato di natura e del contratto sociale tipiche delle dottrine giusnaturalistiche dei suoi contemporanei)<sup>4</sup>.

Se, come è stato autorevolmente evidenziato, le radici di una visione statica e normocentrica dell'ordinamento giuridico, della quale oggi si manifesta con evidenza una crisi tanto teorica quanto pratica, andrebbero appunto fatte risalire al giusnaturalismo moderno, risulta interessante misurarsi con il pensiero di un autore, come Vico, che del giusnaturalismo moderno fu un acuto critico, ancorché per lo più inascoltato<sup>5</sup>.

Soprattutto in un momento nel quale, come accade nella temperie contemporanea, si constatano con lucidità – e talora con profondo senso di disillusione – molti dei fallimenti teoretici e pratici intorno ai quali la *Weltanschauung* moderna aveva costruito ed alimentato le sue aspirazioni di «magnifiche sorti e progressive», non si può non provare curiosità per il pensiero di un filosofo, come Giambattista Vico, che per molti versi si pose controcorrente rispetto ai tratti salienti della riflessione giuridica moderna<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Vico infatti accusa molti dei suoi contemporanei – tra i quali i «principi del diritto naturale», Grozio, Selden e Pufendorf – di tre gravissimi errori, «de' quali il primo è che quel diritto naturale che essi stabilirono per massime ragionate di morali filosofi e teologi e, in parte, di giureconsulti, come egli è in verità eterno nella sua idea, così stimano che mai fosse stato praticato coi costumi delle nazioni» (G. B. Vico, *Principi di una Scienza Nuova*, cit., V, p. 19).

<sup>5</sup> Scrive Jean Jacques Chevallier: «Vico «morì pressoché ignoto, votato al destino ingrato dei genii passati inosservati o misconosciuti» (J.J. Chevallier, *Storia del pensiero politico*, vol. II, Il Mulino, Bologna 1990, p. 556). Sulla difesa della tradizione umanistica da parte di Vico, e sul suo andare controcorrente rispetto al mainstream dei suoi contemporanei, cfr., per una prima lettura, F. J. Mootz, *Vico and Imagination: An Ingenious Approach to Educating Lawyers with Semiotic Sensibility*, «International Journal of Semiotic and Law», 22/2009, pp. 11-22.

<sup>6</sup> Sulla nozione di modernità e sui suoi elementi salienti nel contesto della teoria filosofico-politica, il mio riferimento va a J. Habermas, *Il discorso filosofico della modernità*, Laterza, Roma-Bari 1997; F. Zanuso, *Conflitto e Controllo sociale nel pensiero politico-giuridico moderno*, Cleup, Padova 1993; F. Cavalla (a cura di), *Cultura moderna ed interpretazione classica*, CEDAM, Padova 1997. Sulla posizione critica assunta da Vico nei confronti dei capisaldi dell'emergente *Weltanschauung* moderna cfr. M. Lilla, G. B. Vico, *the Making of an anti-modern*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1993; E. Voegelin, *la Scienza Nuova nella storia del pensiero politico*, Napoli, Guida 1996. Sulla continuità e discontinuità del pensiero vichiano rispetto ai capisaldi della modernità filosofica, cfr. R. Caporali, *Vico: quale modernità?*, in «Rivista di Filosofia», 1/ 1996, pp. 357-378; G. Cacciatore, S. Caianiello, *Vico anti-moderno*, in «Bollettino del Centro di Studi Vichiani», XXVI-XXVII, 1996/1997, pp. 205-218; A. Battistini, *Vico tra antichi e moderni*, Il Mulino, Bologna 2004; Su continuità e discontinuità fra moderno e postmoderno il mio riferimento va a: F. Cavalla, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, CEDAM, Padova 1996 e Id., *Appunti intorno al concetto di secolarizzazione*, in L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del Diritto e Secolarizzazione. Percorsi, profili, itinerari*, Edizioni Studium, Roma 2011, pp. 11-38; F. Zanuso, *A ciascuno il suo. Da Immanuel Kant a Norval Morris. Oltre la concezione moderna della retribuzione*, CEDAM, Padova 2000, A. Vendemiati, *Universalismo e relativismo nell'etica contemporanea*, Marietti, Genova 2007. Sul concetto di modernità, e sul suo legame con istanze ordinarie di matrice razionalistica si rinvia a M. Manzin, *Ordo Juris. Alle origini del pensiero sistematico*, FrancoAngeli, Milano 2008. Sull'ordine infranto della modernità e sull'emergere di un orizzonte nel quale l'ampliarsi apparente di spazi di possibilità privi di autentici criteri orientativi e di controllo si traduce in una «possibilità impazzita», il mio riferimento va a B. Montanari (a cura di), *La*

Invero il progetto ordinatore della modernità giuridica – in cui spiccavano ambiziose aspirazioni di realizzare ordinamenti giuridici caratterizzati da completezza, chiarezza ed efficacia regolativa – ha visto l'infrangersi dei propri sogni, e l'appalesarsi di profili fallaci, se non addirittura illusori, sui quali si conta ormai una vastissima quanto variegata bibliografia<sup>7</sup>.

Nella progressiva riscoperta di fattori come la contestualità, la complessità, la dimensione sociale del «praticato», si fa strada una concezione dinamica del diritto, emblematicamente riassunta dalla nozione di «diritto vivente», nella quale il farsi storico e contestuale del diritto nella prassi sembra confermare quella esigenza, già evidenziata da Vico in tempi non sospetti, di immergere le categorie astratte «nella feccia di Romolo», e di studiare il diritto nella sua fattualità sociale e nel suo essere prassi contestuale<sup>8</sup>.

La stessa idea di positivizzazione del diritto assume oggi una connotazione «processuale», mostrando come il *positum* rappresenti – più che una norma in senso compiuto – un «progetto di norma» che attende molteplici e complesse operazioni di «attualizzazione» per «farsi» diritto vivente ed autenticamente esistente<sup>9</sup>.

Riecheggia allora da un passato lontano – ma con singolare attualità – quello che oggi potrebbe sembrare un vero e proprio monito: «*Verum ipsum factum*»! Questo sembra appunto obiettare Vico alle teorie giuridiche fondate su costruzioni concettuali che tendono a prescindere dall'emergere del diritto nei comportamenti sociali, e dal suo alimentarsi continuo di «fatti» umani<sup>10</sup>. Senza pretese di esaustività, il pre-

*possibilità impazzita. Esodo dalla modernità*, Giappichelli, Torino 2005.

<sup>7</sup> Appare alquanto emblematico quanto osservava, con gravi toni, Giuseppe Capograssi: «quella lunga illusione del mondo moderno di poter costruire e aver costruito una realtà che preservasse e custodisse l'azione umana, cade; cade la lunga illusione di chiudere in un perpetuo sistema di garanzie il temporaneo e di incorniciare in un quadro di istituzioni perpetue il continuo passare della storia» (G. Capograssi, *Il significato dello Stato contemporaneo*, 1942, ora in Id., *Opere*, IV vol, Giuffrè, Milano 1959, p. 391). Per una riflessione recente, si veda anche F. Zanuso, *La fragile zattera di Ulisse. Alcune riflessioni sul ruolo della norma positiva nella composizione del conflitto inter-soggettivo*, in Moro, Sarra, *Positività e Giurisprudenza*, cit, pp. 49-84.

<sup>8</sup> Ricorda infatti, icasticamente, Vico – nella V *Degnità* della *Scienza Nuova Prima* – che può fruttare a pochissimi, che vogliono vivere nella Repubblica di Platone (ossia in un mondo ideale, ma anche astratto), «non rovesciarsi nella feccia di Romolo» (G.B. Vico, *Principi di una Scienza Nuova dintorno alla comune natura delle Nazioni, Degnità V*).

<sup>9</sup> Sulla norma come «progetto di norma» cfr. le interessanti riflessioni proposte in C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Cedam, Padova 2008, p. 919. Sulla positivizzazione come struttura concettuale dinamica e complessa si vedano i recenti studi di Francesco Cavalla, per cui cfr. F. Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Jovene, Napoli 2011 e Id., *Sull'attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo*, in «Rivista di Filosofia del Diritto», 1/2012, pp. 107-122. Non si può non menzionare, a questo proposito, anche l'importante contributo della prospettiva ermeneutica, per cui cfr. G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, CEDAM, Padova 1990; F. Viola – G. Zaccaria, *Diritto e Interpretazione*. Laterza, Roma-Bari 1999. Sul concetto (e sul pericolo) di «diritto inesistente» cfr. M. Jori, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Pisa 2010.

<sup>10</sup> Sul principio del *verum-factum* nel pensiero di Vico esiste una vastissima bibliografia, specchio della

sente scritto desidera ascoltare – come un vero e proprio invito alla riflessione – il monito vichiano, e proporre, in dialogo con il pensiero di questo singolare autore, alcune riflessioni, nell’auspicio che possano risultare utili nel contesto del dibattito contemporaneo sul fenomeno della positivizzazione giuridica<sup>11</sup>. Forse infatti, proprio da quella «immagine scartata» che fu – nel ‘700 – il modello giuridico vichiano possono giungere spunti ancor oggi ricchi di interesse ed attualità<sup>12</sup>.

## 2. *Verum-factum o factum-verum? Luci e ombre della positività contemporanea.*

La categoria del diritto vivente pone il giurista nella condizione di osservare con attenzione gli sviluppi interpretativi del diritto e il suo plasmarsi all’interno dei differenti contesti operativi<sup>13</sup>. Ciò assume particolare rilievo, come si è accennato, in un contesto, come quello contemporaneo, nel quale la legge positiva, intesa «come norma emanata secondo determinate procedure formali dagli organi dello Stato», perde centralità nel ruolo di orientare l’esperienza intersoggettiva, venendo affiancata

rilevanza di tale tema per gli interpreti vichiani. In questa sede ci si limiterà ad indicare alcuni studi specifici dedicati a tale argomento, fra i quali: K. Löwith, *‘Verum et factum convertuntur’: Le premesse teologiche del pensiero di Vico e le loro conseguenze secolari*, in P. Piovani (a cura), di *Omaggio a Vico*, Morano, Napoli 1968, pp. 73-112; J. Barnouw, *The Relation between the Certain and the True in Vico’s Pragmatist Construction of Human History*, in «Comparative Literature Studies», 2/1978, pp. 242-264; S. Otto, *Die transzendentalphilosophische Relevanz des Axioms ‘verum et factum convertuntur’*, in «Philosophisches Jahrbuch», 1/1977, pp. 32-54; J. C. Morrison, *Vico’s Principle of ‘Verum’ is ‘Factum’ and the Problem of Historicism*, in «Journal of Political Ideas», 4/1978, pp. 579-595; J. Moreau, *Le vrai e le fait. Principes métaphisiques de l’épistémologie de Vico*, in «Studi Filosofici» 4/1981, pp. 157-210; M. Martirano, *Vero-Fatto*, Guida, Napoli 2007. Alcuni dei riferimenti sopra citati sono indicati anche nella ancor più ampia bibliografia individuata su questo tema da Gianfrancesco Zanetti, a cui si rinvia. Cfr. G. Zanetti, *Vico eversivo*, Il Mulino, Bologna 2011, p. 74, nota 71.

<sup>11</sup> Sull’attualità di Vico per la riflessione sul fenomeno della positività, visto in particolare come monito contro la pretesa autosufficienza del diritto positivo o la sua indifferenza contenutistica, cfr. G. Ambrosetti, *Il perenne monito di Vico per la filosofia del diritto positivo*, in «Archivio giuridico», 1974, 1-2, pp. 47-58.

<sup>12</sup> Sulla filosofia giuridica vichiana come «immagine scartata» mi permetto di rinviare ad un mio recente scritto che ha avuto la sua genesi nel contesto di un periodo di studi svolto negli Stati Uniti nel 2011, presso la *Eastern Mennonite University*, e che è maturato proprio dalla riflessione sui «sogni infranti» della modernità, di cui Vico fu in realtà acuto e critico osservatore. Cfr. F. Reggio, *A ‘Discarded Image’*, F. Reggio, *A ‘Discarded Image’. Rediscovering Vico’s Lesson as a topical Heritage for the contemporary Reflection on Law and Justice*, in “L’Ircocervo” 1/2012, pp. 1-29. Sulle alterne fortune di Vico nel pensiero moderno e contemporaneo cfr. A. M. Iacobelli Isoldi, *I limiti della fortuna di Vico nel pensiero contemporaneo*, in «Bollettino del Centro di Studi Vichiani», XXII-XXIII, 1992-93, pp. 377-384.

<sup>13</sup> Cfr., per una breve disamina, Zaccaria, *L’arte dell’interpretazione*, cit., passim; V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2012; E. Pariotti, *La comunità interpretativa nell’applicazione del diritto*, Giappichelli, Torino 1999; V. Velluzzi, *Interpretazione sistematica e giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 2002; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999.

oggi da «altre direttive giuridiche, come le decisioni giudiziarie ma anche le regole degli organismi internazionali, i contratti commerciali o la prassi amministrativa»<sup>14</sup>.

Senza lasciarsi andare a parallelismi che potrebbero risultare forzati, non sfugge al lettore di Vico una certa assonanza fra quanto poc'anzi considerato e il paradigma giuridico vichiano, nel quale la legge positiva – nell'accezione sopra indicata – non costituisce né figura unica né principale della normatività giuridica: basti pensare, ad esempio, come Vico abbia individuato – fra le figure «originarie» del fenomeno giuridico – la dimensione dell'accordo (tra cui spicca, ad esempio, il *pactum* matrimoniale) e quella del processo quale luogo e strumento nel quale il conflitto intersoggettivo trova una composizione non violenta<sup>15</sup>. Il diritto, secondo Vico, accompagna l'uomo in parallelo con il suo stesso vivere in società, e ciò avviene – per utilizzare una nota espressione di Foscolo ne *I Sepolcri* - «dal dì che nozze, tribunali ed are diero all'umane belve esser pietose»: la dimensione della regolarità non si esaurisce nell'aspetto del *positum*, bensì si attua, si rende «vivente», già nel costume umano (ossia nel *factum*), e quindi appare strutturalmente polimorfa e caratterizzata da una pluralità di fonti produttive e cognitive<sup>16</sup>.

Sia pur in un contesto marcatamente differente da quello nel quale Vico collocava le sue riflessioni, anche il giurista contemporaneo si trova a riflettere su un diritto che si rivela sempre più polimorfo e irriducibile alla mera dimensione della legge posta, con la conseguente urgenza di affrontare «un ripensamento della concezione della legge, e, dunque, un riesame critico della teoria della positività giuridica», dal quale non è esente una riflessione critica sulle stesse fonti del diritto<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> P. Moro, *Quis custodiet ipsos custodes? Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, in Moro, Sarra *Positività e Giurisprudenza*, cit., pp. 16-48, p. 20.

<sup>15</sup> Sulla proiezione «processuale» del *pactum*, e sulla possibilità di leggere la positivizzazione del diritto anche entro le varie forme di composizione conciliativa della lite, mi permetto di rinviare ad un mio recente scritto. Cfr. F. Reggio, «Norma del caso» e soluzioni concordate della controversia in ambito civile. Alcune riflessioni su una «zona limite» della positività giuridica, in Moro, Sarra, *Positività e giurisprudenza*, cit., pp. 217-251, qui p. 227.

<sup>16</sup> Su nozze e sepoltura quali fatti sociali e giuridici che caratterizzano il sorgere (o il risveglio) della *humanitas*, e sulla loro dimensione di regole costitutive, cfr. Zanetti, *Vico eversivo*, cit., pp. 81-83. Non si può non notare come già da alcuni anni, nel dibattito filosofico-giuridico contemporaneo, sia stata posta in evidenza l'importanza di una lettura che studi il diritto nella sua dimensione di comportamento, di pratica sociale. Cfr., per una prima disamina, F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990; M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Giappichelli, Torino 1990. Sulla pluralità di fonti giuridiche, disordinata e deformalizzata al punto da apparire «frattale», cfr. M. Pedrazza Gorlero, *L'ordine frattale delle fonti del diritto*, CEDAM, Padova 2012. Moro rimarca la differenza fra questa pluralità di fonti e quella tipica del diritto romano o medievale, osservando come il fattore di distinzione principale risieda, nel contesto odierno, nell'assenza di valori stabili di riferimento (Moro, *Quis custodiet ipsos custodes? Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, cit., p. 31).

<sup>17</sup> Moro, *Quis custodiet ipsos custodes?*, cit., pp. 19-20. Si può dunque ben comprendere come la promessa ordinatrice del normativismo si sia oggi rivelata – alla luce degli sviluppi della prassi stessa – come una «incauta illusione». Così si esprime, corredando questa affermazione con articolate considerazioni, Francesca Zanuso, per cui cfr. F. Zanuso, *L'ordine oltre alle norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico*, in F. Zanuso, S. Fuselli (a cura), *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed*

Quanto osservato aiuta a comprendere come, accanto all'evidente pregio di una maggiore flessibilità, un diritto siffatto presenti anche profili critici, sui quali il recente dibattito dedicato al tema della positivizzazione giuridica sta aiutando ad evidenziare possibili scenari problematici, verosimilmente destinati a costituire lo spunto per sempre più approfondite riflessioni filosofico-giuridiche<sup>18</sup>.

Tra gli aspetti che in questa sede appare opportuno brevemente evidenziare, si segnala come la premazia del diritto vivente – sempre più sovente rivendicata tanto in ambito dottrinale quanto nella prassi – e il conseguente rafforzamento dell'esigenza di «un'interpretazione evolutiva e adeguatrice della legge» comportino un rafforzamento del ruolo del giudice, il quale «assume sempre più frequentemente il ruolo di supplenza del legislatore», sino ad essere ricondotto al ruolo di vera e propria fonte del diritto<sup>19</sup>. Oltre alla messa in discussione di capisaldi del sistema di *checks and balances* tipico degli stati di diritto contemporanei – si pensi alla separazione delle funzioni legislativa e giudiziaria, alla soggezione del giudice alla legge, al controllo democratico esercitato sul legislatore attraverso il voto – un diritto di matrice sempre più giurisprudenziale si espone al rischio di collocare al centro della formazione della norma la dimensione «aggiudicativa» del processo, con il pericolo di veicolare in questo modo una visione decisionistica del diritto stesso, della quale non sfuggono profili di aleatorietà<sup>20</sup>.

*esiti della controversia giuridica*, FrancoAngeli, Milano 2011, pp. 39-70.

<sup>18</sup> Cfr., per un volume nato dal confronto di studiosi di diverse discipline intorno al tema della positivizzazione del diritto, Moro, Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, cit. Si veda altresì, sul tema della positività e sulla sua chiara caratterizzazione problematica, e quindi sulla necessità di una riflessione filosofica che ne indaghi a fondo i presupposti, F. Cavalla, *Sull'attualità del dibattito fra giusnaturalismo e giuspositivismo*, cit., *passim*.

<sup>19</sup> Moro, *Quis custodiet ipsos custodes?* cit., p. 17. Cfr., sul punto, anche Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, cit., G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto*, EST, Napoli 2007. Un emblematico 'luogo sperimentale' nel quale la svolta «legislativa» della giurisprudenza, e la sua «contaminazione» con categorie filosofiche e giuridiche elaborate in tradizioni extra-nazionali appare l'ambito bio-giuridico. Rinvio sul punto, per una breve quanto efficace esemplificazione, a L. Mingardo, *Osmosi tra ordinamenti giuridico. Un caso per il biodiritto: il giudizio sostitutivo*, in Moro, Sarra (a cura di), *Positività e Giurisprudenza*, cit., pp. 218-253.

<sup>20</sup> Osserva, pertanto, Moro: «dunque, il valore apodittico del precedente giurisprudenziale porta anche all'arbitrarietà. L'obbligo per il giudice di riferirsi coerentemente al «diritto vivente» non fa che assegnare al precedente il carattere di premessa ipotetica, sottratta ad una discussione critica e mutabile con un atto autoritativo della volontà, priva di un controllo che non sia quello della razionalità autosufficiente e autoreferenziale del giudice medesimo» (Moro, *Quis custodiet ipsos custodes? Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, cit., p. 29). La struttura decisionistica rimane costante nel passaggio dal moderno al postmoderno: ne cambiano piuttosto il fulcro e il centro di imputazione, che dal legislatore passano al giudice. Rimane dunque costante quanto osserva Francesca Zanuso come caratteristica tipica della norma intesa come comando ordinatore: «non è la qualità del comando che legittima la sovranità; al contrario, l'esser sovrano rende lecito, giuridico, ogni contenuto di volontà debitamente espresso da chi detiene il potere: *stat pro ratione voluntas*» (Zanuso, *La fragile zattera di Ulisse*, cit., pp. 49-84). Non va dimenticato che l'emergere di paradigmi di soluzione del conflitto fondati sul *consensus inter partes* e che si pretendono alternativi al processo tradizionalmente inteso nasce anche da una



Questa struttura, del resto, costituisce un fulcro concettuale della scienza giuridica moderna e contemporanea, «per la quale il diritto è decisione produttiva di una norma [...] il cui fondamento si riconduce all'efficacia dell'imposizione prescrittiva: da tale visione si sviluppa la concezione relativistica del diritto giudiziario, secondo la quale la decisione del giudice è svincolata da qualunque criterio di verità, in base la noto detto *auctoritas non veritas facit legem*»<sup>21</sup>.

Accanto al noto detto fatto proprio da Thomas Hobbes, ci si può ora chiedere se una visione giuridica che concepisca la norma come «prodotto» di una decisione non possa trovarsi legittimata anche nel *verum ipsum factum* vichiano, sopra citato. Quand'anche si volesse sottolineare che l'espressione vichiana non contrappone *veritas* ed *auctoritas*, considerare il *verum* «convertibile» con il *factum* non significa, in fin dei conti, concepire la verità come un prodotto, o addirittura un costruito umano?

Trasposta una simile opzione interpretativa all'ambito giuridico, potremmo ipotizzare che l'unica *veritas* che il giurista può e deve riscontrare – se di verità si può ancora parlare – è quella che si è manifestata come *factum*. E quale *factum* dovrebbe rilevare se non ciò che si estrinseca come norma concreta, valida perché efficace, ed efficace perché (sia pur mediatamente) produttiva di conseguenze sul piano empirico?

Sorge a questo punto spontaneo interrogarsi sulla possibilità di intendere la filosofia di Vico come un realismo giuridico *ante litteram*, e considerare quindi che in tale prospettiva il positivizzarsi del diritto corrisponda ad un mero fare produttivo di cui lo studioso di diritto deve prendere atto, in ciò sostanzandosi l'unica *veritas* che gli è dato di accertare. Se questa ipotesi risultasse confermata dovremmo ritenere che

insoddisfazione profonda nei confronti della struttura agiudicativa del processo stesso, che produce un senso di «alienazione» e di «perdita di fiducia» nei confronti del sistema-giustizia. Cfr., per una disamina di questa situazione con riferimento alla giustizia civile, Reggio, *'Norma del caso' e soluzioni concordate della controversia in ambito civile*, cit., p. 217-251. Non va dimenticato come in ambito penale tale «diffuso malessere» si sia tradotto – con l'emergere della *Restorative Justice* – nella proposta di un paradigma alternativo di giustizia pensato come tentativo di «rimettere al centro» la persona umana, di cui si contesta il ruolo periferico rispetto ad un'amministrazione della giustizia dimentica dei bisogni delle persone (*in primis*, vittima e offensore) e delle comunità. Cfr., sul punto, F. Reggio, *Giustizia Dialogica. Luci e Ombre della Restorative Justice*, FrancoAngeli, Milano 2010.

<sup>21</sup> Moro, *Quis custodiet ipsos custodes? Ripensare la legge nell'epoca del diritto giudiziario*, cit., pp. 28-29. Sull'attualità della massima hobbesiana è d'obbligo il riferimento all'ormai classico U. Scarpelli, *Auctoritas non veritas facit legem*, in «Rivista di Filosofia», 1984, LXXV. Sulla possibilità di un esito relativistico del decisionismo contemporaneo, cfr. E. Pattaro, *Opinio Iuris. Il diritto è una opinione. Chi ne ha i mezzi ce la impone. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2011, e sul legame fra questo sviluppo e il fenomeno della secolarizzazione, cfr. Palazzani, *Filosofia del Diritto e Secolarizzazione*, cit. Sull'esito relativistico quale possibile sviluppo di una «rassegnata accettazione», conseguente all'«infrangersi di illusioni» ordinatrici maturate nel corso della modernità, e del razionalismo che la ha contrassegnata, cfr. Zanuso, *La fragile zattera di Ulisse*, cit., *passim*. Sullo sganciamento – nel pensiero contemporaneo – del diritto da un criterio di verità, con la conseguente individuazione della volontà (sia essa del singolo o diffusa, in forma di consenso) quale criterio portante nella creazione del diritto e nella delimitazione dei suoi contenuti, una importante ed influente voce critica va individuata nel pensiero di Joseph Ratzinger, per cui cfr., a titolo esemplificativo, J. Ratzinger, *Lectio doctoralis*, in *Per il diritto. Omaggio a Joseph Ratzinger e Sergio Cotta*, Giappichelli, Torino 2000.

il compito più proprio dello studioso si attui entro una prospettiva descrittiva - recettiva del diritto che si afferma nella prassi - mentre al giurista pratico non resterebbe altro che un uso pragmatico e contestualizzato del dato normativo, in vista appunto della sua efficace applicazione.

In termini vichiani ci chiediamo dunque: *verum ipsum factum* significa anche, nel contempo, *factum ipsum verum*? E con il termine *factum* dobbiamo necessariamente (ed unicamente) intendere l'esito di un agire produttivo? Non solo: vi è ancora spazio, entro questa linea interpretativa, per una riflessione critica sui contenuti della norma, oppure ciò che rileva di quest'ultima è l'essere stata effettivamente prodotta? Ne risulterebbe un'interpretazione che avvicina Vico ad un empirismo pragmatistico entro il quale l'*auctoritas* che *facit legem* è quella che fattualmente si rivela capace di effettività sul piano operativo.

### 3. *Non leges sed monstra legum. Idealità e storicità nella filosofia del diritto vichiana*

In realtà, da una lettura più sistematica dalla filosofia giuridica vichiana sembrano emergere indicazioni che non consentono agevolmente di optare per la linea interpretativa sopra proposta: fra tutte, si pensi al monito con cui, nel *De Uno*, Vico ricorda che la «*auctoritas*» non può «*cum ratione pugnare*», altrimenti non produrrebbe «*leges*», ma «*monstra legum*»<sup>22</sup>.

Senza ora addentrarci a indagare il significato e le implicazioni del termine *veritas*, possiamo evidenziare che in questo passo Vico prende posizione contro una riduzione del diritto a prodotto di autorità. Del resto, sia nelle opere giuridiche che nelle successive redazioni della *Scienza Nuova*, Vico attacca in modo esplicito le visioni «scettiche», «epicuree», che riducono il diritto ad un fatto di forza, e quindi ad un prodotto di un'*auctoritas* efficace, come può emblematicamente verificarsi esaminando le molteplici critiche che Vico rivolge al pensiero, ad esempio, di Thomas Hobbes<sup>23</sup>.

Parimenti, vi sono ragioni per dubitare che Vico abbia ridotto il diritto ad un mero fatto sociale contenutisticamente irrilevante, e che quindi la sua apertura all'elemento storico si traduca in una forma di contestualismo che riduca il diritto a mero costume da rilevare in termini, diremmo oggi, sociologici<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Scrive Vico nel *De Uno*: «auctoritatem cum ratione omnino pugnare non potest; nam ita non leges essent, sed monstra legum» (G. B. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno*, p. 102). Questa *ratio* ha subito un legame con la *veritas*, giacché, come chiarisce Vico nel capo precedente: «La ragione della legge è quella che la fa essere vera. Il vero è proprio e perpetuo carattere del diritto necessario» (G. B. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno*, cit., p. 101).

<sup>23</sup> Cfr., per una prima lettura esemplificativa, Galeazzi, *Ermeneutica e storia in Vico*, cit., pp. 89-110; A. M. Damiani, *Die Wiederlegung des metaphysischen und politischen Skeptizismus: Vico gegenueber Descartes und Grotius*, in «Archiv für Rechts und Sozialphilosophie», 2/2000, pp. 207-214.

<sup>24</sup> Non mancano, come si vedrà, interpretazioni «positiviste» di Vico. Si veda, per una prima disamina

Non mancano passi, in varie parti delle opere vichiane, in cui l'autore mostra di non ritenere accettabile ogni sviluppo storico - e con esso, pare lecito dedurre, ogni manifestazione e positivizzazione giuridica<sup>25</sup>. Se da un lato, infatti, Vico concede al diritto un mutare all'evolversi della mente e dei costumi umani, ciò non significa che ogni manifestazione di costumi umani costituisca un fatto eticamente o giuridicamente giustificato: ciò emerge, ad esempio, con riferimento alle narrazioni vichiane circa l'umanità «assopita» dopo la «caduta» di Adamo, ma è rinvenibile anche nella *conchiusione* stessa della *Scienza Nuova*. In questa parte della grande opera vichiana, l'autore evidenzia l'importanza di vigilare contro il pericolo di ulteriori «cadute», dal quale l'umanità non appare mai immune: una «rinnovata barbarie» può nascere tanto dall'ottundimento della ragione quanto dal suo insuperarsi sino a divenire «riflessiva malizia», ma in entrambi i casi si verifica la rottura di un equilibrio dal quale possono scaturire conseguenze catastrofiche<sup>26</sup>. Non ogni sviluppo storico, dunque, appare in sé giustificato dal - e nel - fluire della storia stessa: esistono deragliamenti, cadute, ma anche continue possibilità di recupero e redenzione, quand'anche talora eterodirette, come sembrano mostrare la vichiana teoria dell'*eterogenesi dei fini* e il ruolo da Vico attribuito alla Provvidenza<sup>27</sup>.

Come conciliare, dunque, queste parti salienti della riflessione vichiana con il principio, sopra brevemente richiamato, del *verum-factum*? Se il vero è prodotto del fare umano, e la fattualità è il *verum* a cui può accedere l'uomo, sembra mancare un

con specifico riferimento all'ambito giuridico, L. Pompa, *La funcion del legislador en Giambattista Vico*, in «Quadernos sobre Vico», 5-6/1996, pp. 139-153. Cfr. altresì, per una più ampia panoramica sulla prospettiva interpretativa di questo autore, L. Pompa, *Giambattista Vico: studio sulla 'Scienza Nuova'*, Armando, Roma 1977.

<sup>25</sup> Per una lettura ragionata della prospettiva giuridica vichiana dalla quale emerge come Vico non legittimi ogni costume umano in quanto tale, bensì anzi sia in più punti della propria opera preoccupato per le possibili cadute e ricadute dell'uomo in antiche e «rinnovate barbarie», il mio riferimento va alla preziosa opera ermeneutica di Umberto Galeazzi, per cui cfr. Galeazzi, *Ermeneutica e storia in Vico*, cit., pp. 57-64 e 92-117.

<sup>26</sup> Vico ravvisa infatti la possibilità di un cammino di profonda decadenza, lungo il quale gli uomini «finiscono col fare selve delle città [...] e 'n cotal guisa, dentro lunghi secoli di barbarie vadano ad arrugginire le malnate sottigliezze degl'ingegni maliziosi, che avevano resi fiere più immani con la barbarie della riflessione che non era stata prima la barbarie del senso» (G. B. Vico, *La Scienza Nuova*, cit., p. 1106). Come nota Umberto Galeazzi, proprio a causa di tale «boria, si annida il pericolo, additato come tale dal Vico, di una nuova Babele, peggiore della prima», la cui logica risiede in ogni caso in un'erronea e superba centralità che l'uomo attribuisce a se stesso, rendendolo ab-solutus, e, come tale, irrelato e privo della coscienza dei propri limiti (Galeazzi, *Ermeneutica e storia in Vico*, cit., p. 599). A commento della relazione fra «rinnovate barbarie» e «riflessiva malizia», osserva Francesco Botturi: «Solo una «riflessiva malizia», che strappa l'agire dal terreno dei criteri del senso comune, fa precipitare nell'individualismo assoluto, in cui la negatività etica non può essere recuperata entro la più fondamentale comunicazione di giustizia e diviene così distruttiva della *humanitas*» (F. Botturi, *L'etica ermeneutica di G.B. Vico*, pubblicato online il 18/02/2005 su: <http://www.ccdc.it/DettaglioDocumento.asp?IdDocumento=76&IdCategoria=13&IdAutore=&IdArgomento=&testo=&Id=3>, p. 10).

<sup>27</sup> Sulla (almeno parziale) trascendenza della storia, anche con riferimento alla dottrina vichiana della eterogenesi dei fini, cfr. E. Voegelin, *La «Scienza Nuova» nella storia del pensiero politico*, Guida, Napoli 1996, pp. 43-49.

autentico motivo per distinguere fra «leges» e «monstra legum» – o parimenti fra forme storiche, ivi comprese quelle giuridiche, che esprimono appieno ciò che è il *proprium* dell'uomo, e altre che invece ne rappresentano un ottundimento o una «perversione», e quindi espongono l'umanità al rischio di cadere, appunto, in «rinnovate barbarie».

L'interrogativo sopra esposto pone il lettore di Vico dinnanzi ad un dubbio: prendere atto di un'antinomia – o comunque di una difficoltà concettuale – all'interno del pensiero dell'autore, nel quale pare difficile trovare una sintesi coerente fra aspetti empiristico-storicistici e riferimenti ad essi esogeni, oppure vagliare la possibilità di interpretare diversamente il *verum-factum* alla luce di una lettura più sistematica del pensiero vichiano, dal quale si riesca a comprendere i tratti di distinzione fra il «giusnaturalismo storico» vichiano e un'assimilazione del pensiero di Vico ad un paradigma di stampo essenzialmente giusrealista.

Si intravedono, a questo punto, alcuni possibili scenari: un primo nel quale si prende atto di una irrisolta tensione fra elementi ideali ed attenzione alla fattualità storica, evidenziando la difficoltà del pensiero vichiano di armonizzare tali referenti concettuali; un secondo nel quale si mostra come questi ultimi rappresentino tensioni opposte che, senza però un principio generatore comune, ritrovano equilibri differenziati a seconda dei diversi contesti in cui tali spinte opposte si vengono a comporre storicamente; un terzo nel quale si intravedono possibili fattori – o forse anche un principio generatore – che consentano di «tenere insieme» idealità e storicità entro una sintesi concettuale ulteriore, conformemente all'aspirazione vichiana di «porre in sintesi» filosofia e filologia in un sistema, appunto, di *diritto natural delle genti*<sup>28</sup>.

Di qui potrebbero emergere utili indicazioni sul problema del rapporto fra la positivizzazione storica del diritto nella prassi e la possibilità stessa di considerare criticamente i contenuti della norma positiva, e con ciò interrogarsi se esistano contenuti cogenti (e precedenti) alla determinazione positiva della norma, o se invece quest'ultima debba essere concepita come mero prodotto di un'*auctoritas* efficace, sia essa un vero e proprio legislatore, un giudice, o un semplice fatto di costume da rilevare e descrivere.

Si presenta a questo punto necessaria una breve digressione sul principio del *verum-factum*, colto dapprima nel suo contesto e poi messo in relazione con altri aspetti dell'ampia e complessa riflessione filosofica di Vico.

#### 4. Una lettura contestualizzata del *verum-factum*.

<sup>28</sup> Aspirazione che, come narra Vico stesso nella sua Autobiografia, nasce dalla lettura del *De Jure Belli ac Pacis* di Grozio, «autore» a cui il Nostro «riconosce il merito di avere non soltanto compreso la necessità di unire filosofia e filologia ma di averle poste in un *sistema di dritto universale*: cioè di essere pervenuto, mediante la connessione della ragione e della storia, della conoscenza universale e di quella empirica, ad una considerazione filosofica del diritto» (G. Fassò, *Vico e Grozio*, Guida, Napoli 1970, p. 67).

Il principio del *verum factum* ha la sua formulazione in una delle prime opere vichiane, il *De Antiquissima Italarum Sapientia* (1710), ed è utilizzato senza un riferimento diretto al tema giuridico, dal momento che la riflessione di Vico ha, in tale contesto, un carattere prevalentemente gnoseologico<sup>29</sup>. Il *De Antiquissima* – di cui è stato pubblicato esclusivamente il *Liber Metaphysicus* – ha come principale obiettivo, infatti, una riflessione epistemologica, nella quale Vico assume una posizione critica sia nei confronti dello scetticismo che del razionalismo, in particolare di stampo cartesiano<sup>30</sup>.

E' con riferimento appunto all'ambito della gnoseologia che Vico invoca – proprio nell'incipit dell'opera – il *verum-factum*:

«Per i Latini *verum* e *factum* sono usati come sinonimi o, per dirla come comunemente fa la scolastica, si convertono l'uno con l'altro: per essi è indifferente dire *intelligere* al posto di *leggere perfettamente* o *conoscere distintamente*. Mentre dicevano *cogitare* quel che noi, nella nostra lingua volgare, diciamo *pensare* ed andare *raccogliendo*. E inoltre *ratio* per loro significava sia il calcolo matematico che la facoltà dell'uomo per la quale differiamo e siamo superiori di fronte alle bestie; scrivevano di solito l'uomo come una creatura partecipe di ragione, ma non padrona di essa»<sup>31</sup>.

Prosegue, inoltre, Vico:

«Questo ci permette di pensare che gli antichi sapienti d'Italia condividessero questi principi riguardanti il vero: che il vero ed il fatto sono la stessa cosa e che, di conseguenza, il primo vero è in Dio, dal momento che è Dio il creatore primo; che il primo vero è infinito, dal momento che è Dio il creatore delle cose tutte; e che esattamente, poiché rappresenta gli elementi delle cose, esterni quanto interni, appunto perché li contiene tutti»<sup>32</sup>.

La totalità, leggiamo in questa prima formulazione, esorbita dalle capacità conoscitive dell'uomo, e qui il discorso di Vico si apre alla trascendenza, dal momento che il «punto di vista» sulla totalità, per l'Autore, spetta solo a Dio<sup>33</sup>. In sintonia con una

<sup>29</sup> Cfr. G.B. Vico, *De antiquissima Italarum sapientia* (1710), ora in G.B. Vico, *Metafisica e Metodo*, Bompiani, Milano 2008, pp. 195-207.

<sup>30</sup> Cfr., sul punto, A. M. Damiani, *Die Wiederlegung des metaphysischen und politischen Skeptizismus*, cit., pp. 207-214. Per un ulteriore approfondimento della «battaglia» di Vico contro scetticismo e razionalismo insiti nel pensiero moderno, cfr. M. Sanna, *Vico e lo «scandalo della metafisica alla moda» lockiana*, in «Bollettino del Centro di Studi Vichiani», XXX, 2000, pp. 31-50, in particolare pp. 42-45.

<sup>31</sup> G.B. Vico, *De antiquissima Italarum sapientia*, p. 195.

<sup>32</sup> Ivi, pp. 195-197.

<sup>33</sup> Osserva Vico, «la mente umana è finita e creata e dunque non può comprendere le cose illimitate e prive di forma; può pensarle o, diremmo in linguaggio comune «può andarle raccogliendo, ma non già raccorle tutte» (G.B. Vico, *De antiquissima Italarum sapientia*, cit., p. 249). Fedele alla tradizione della filosofia classica, Vico ricorda come l'intero non sia oggetto del pensiero umano (sulle origini e la possibile dimenticanza di questo principio fondamentale della filosofia cfr. F. Cavalla, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Novene, Napoli 2011): «Ma questo stesso pensare è ammissione che le cose che stai pensando non hanno forma né confini. Conoscere distinguendo è più in difetto che un pregio della mente umana, dato che significa conoscere i confini delle cose. La mente Divina le vede nel sole della sua verità, ovvero, nel guardare a una cosa, conosce insieme a questa infinite altre cose;

prospettiva classica, per la quale pertiene esclusivamente al *Logos* divino la qualità di essere nel Principio di tutte le cose, Vico afferma che una conoscenza assoluta – e con essa una verità in senso assoluto – non rientra nel novero delle possibilità umane<sup>34</sup>.

Se «*intelligere* vuol dire collegare tutti gli elementi di una cosa», e «conoscere vuol dire comporre gli elementi delle cose», afferma Vico, «Il vero esattamente è solo in Dio»<sup>35</sup>. Scrive infatti: «Dio legge tutti gli elementi delle cose, sia esterni che interni, perché li contiene e li dispone, ma la mente umana, che è finita, che ha fuori di sé tutte le altre cose che non sono essa stessa, è costretta a muoversi fra gli elementi esterni delle cose, ma non può intenderle in quanto è partecipe della ragione ma non è padrona di essa»<sup>36</sup>.

Solo in Dio, per Vico, dire equivale a pensare e pensare equivale a raccogliere. In questo senso, la «conversione del vero con il fatto» è una possibilità che spetta unicamente a Dio creatore, in quanto in Lui Pensiero e Parola si traducono in atto creativo. Solo Dio – in quanto *Logos* – conosce gli elementi intrinseci ed estrinseci delle cose e pertanto per lui conoscere e fare possono coincidere e «convertirsi» l'uno nell'altro<sup>37</sup>.

Se in quest'ultimo caso il «fare» a cui ci si riferisce è anche un fare creativo, non pare lecito da ciò trarre come conseguenza la conclusione per la quale Vico identifichi in ogni caso il conoscere al fare produttivo. Leggendo con più attenzione il prosieguo del discorso vichiano, si può infatti notare come il «fare» abbia un significato di «composizione» degli elementi intorno ad un principio generatore, e quindi che non si tratti puramente di una «*poiesis*» (in senso materiale).

Sia il conoscere umano, sia quello divino, sono un *legere*, ossia un raccogliere. Per Vico, però, vi è un particolare *legere*: l'*intelligere*, che appartiene unicamente alla conoscenza divina. Come è stato chiarito, però, per Vico *intelligere* non deriva da *intus-legere*, ossia «leggere dentro», ma da *inter-legere*: «*inter* non andrebbe qui inteso nel senso di frammezzamento come dunque se si trattasse di trascegliere tra le molte migliori cose, ma nel senso piuttosto di accrescimento o di perfezione, indicando così la raccolta di tutti gli elementi»<sup>38</sup>.

la mente umana, quando conosce distintamente una cosa, è come se la vedesse di notte al lume di una lucerna, e mentre vede questa, perde di vista quelle circostanti» (G.B. Vico, *De antiquissima Italorum sapientia*, cit., p. 249).

<sup>34</sup> Cfr. G.F. Dalmasso, *La verità in effetti. La salvezza dell'esperienza nel neo-platonismo*, Jaca Book, Milano 1996, p. 131. Sulla classicità di questa prospettiva, così come sull'impossibilità logica e filosofica di considerare l'intero oggetto del pensiero, il mio riferimento va al magistero di Francesco Cavalla, per cui F. Cavalla, *La verità dimenticata*, cit., *passim*; Id., *All'origine del diritto al tramonto della legge*, cit., *passim*.

<sup>35</sup> G.B. Vico, *De antiquissima Italorum sapientia*, cit., p. 197.

<sup>36</sup> Ivi, p. 195.

<sup>37</sup> Con un'immagine ardita ed efficace Vico paragona il conoscere dell'uomo ad una prospettiva bidimensionale, piana, mentre la conoscenza divina è simile ad una prospettiva tridimensionale.

<sup>38</sup> D. Di Cesare, *Parola, Logos, Dabar: linguaggio e verità nella filosofia di Vico*, in «Bollettino del Centro di Studi Vichiani», XXII-XXIII, 1992-1993, pp. 251-292, qui p. 264. Sui concetti vichiani di *intelligere* e *minuere* cfr. anche Dalmasso, *La verità in effetti*, cit., pp. 128-135.

*Intelligere* significa dunque *perfecte legere, e aperte cognoscere*<sup>39</sup>.

In Dio solo risiede il Principio di ogni cosa. Se ciò può apparire un'affermazione dogmatica, o comunque un'indebita infiltrazione teologica entro un discorso filosofico, per ora appare sufficiente rilevare come il principio divino, che Vico identifica con Dio, rappresenti anzitutto un argomento con il quale l'autore afferma che la conoscenza piena sulla totalità trascende le capacità umane<sup>40</sup>.

In ogni caso, preme rilevare che già a partire da questa opera iniziale Vico assume una concezione antropologica caratterizzata da un'idea di finitudine strutturale dell'uomo, che si troverà ribadita anche in altre e successive opere, venendo a costituire un tratto caratterizzante della concezione antropologica, e non solo gnoseologica, del filosofo<sup>41</sup>. L'uomo dunque – si ribadisce – per la limitatezza della sua mente non ha accesso ad una conoscenza definitiva, perciò il suo non è *intelligere*, ma un *cogitare*, per il suo raccogliere solo gli elementi estrinseci delle cose<sup>42</sup>. «Il raccogliere, in Dio e nell'uomo, non è solo quantitativamente, ma anche qualitativamente diverso. Nel primo caso esso si rivela immediatamente un comporre, nel secondo appare anzitutto un dividere»<sup>43</sup>. Si tratta, tuttavia, di un dividere – un analizzare – che scompone, appunto, ma proprio per questo opera una «*minutio*» dell'oggetto conosciuto: «*scientia humana naturae operum anatome quaedam videtur*»<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Cfr. G.B. Vico, *De antiquissima Italorum sapientia*, cit., p. 213.

<sup>40</sup> Vico sembra affermare che in Dio sussiste il Principio. Esso può essere inteso come «ciò che è comune a tutte le cose, che permette di considerarle come un insieme e che, oltre a non coincidere con alcuna di esse, non coincide neppure con la loro somma, essendo, infatti, già ora pensabile sebbene non si sia raggiunta la conoscenza di ognuna delle possibili realtà particolari. In questo modo, allora, si concepisce un principio che è universale, che è il principio di ogni principio particolare e che è nominabile, semplicemente come *il Principio*, definibile anche come *ciò che tiene in uno tutte le cose*» (Cavalla, *La verità dimenticata*, cit., p.18).

<sup>41</sup> «Omne quod homini scire datur, ut et ipse homo, finitum et imperfectum» (G. B. Vico, *De nostri temporis studiorum ratione*, in G.B. Vico, *Metafisica e Metodo*, Bompiani, Milano 2008, p.58) Rileva Massimo Cacciari: «La Metafisica di Vico è «humana imbecillitate digna»: degna, e cioè all'altezza, della finitezza e debolezza della mente umana. Finitezza non è impotenza. La Metafisica che sappia esserne degna svolgerà l'impresa di farci comprendere che cosa effettivamente possiamo sapere, di che cosa essere certi, in quali limiti, e anche che cosa, invece, non possiamo semplicemente che pensare» (M. Cacciari, *Ricorsi Vichiani*, in G.B. Vico, *Metafisica e Metodo*, Bompiani, Milano 2008, p. 558).

<sup>42</sup> Come nota infatti Vico, «l'uomo, intento ad indagare la natura delle cose, alla fine si avvede di non potere a nessuna condizione comprenderla, poiché non possiede in sé quegli elementi che compongono le cose esistenti, e che ciò sorge dalla sua brevità di mente, tanto che tutte le cose sono fuori di lui» (G.B. Vico, *De antiquissima Italorum sapientia*, cit., p. 203). Ecco allora che il suo non è un *intelligere* bensì un *cogitare*, che «indica l'instancabile lavoro della mente nel *raccogliere* le cose, distinguendole, definendone i confini «alla luce» della verità; ma soltanto il suo Autore può, nel guardare ad una, comprenderle tutte nella loro infinità. E' «cognitio indefinita», la nostra, e perciò si accompagna a *dolore*» (Cacciari, *Ricorsi Vichiani*, cit., p. 558). Cfr., sulle differenze tra *intelligere* e *cogitare*, anche D. Di Cesare, *Parola, Logos, Dabar: linguaggio e verità nella filosofia di Vico*, in «Bollettino del Centro di Studi Vichiani», XXII-XXIII, 1992-1993, pp. 251-292, p. 254.

<sup>43</sup> Di Cesare, *Parola, Logos, Dabar*, cit., p. 254. Analogamente, Galeazzi, *Ermeneutica e storia in Vico*, cit., p. 24-25.

<sup>44</sup> G.B. Vico, *De antiquissima Italorum sapientia*, cit., p. 210.

Sembra qui agevole un parallelo con il modello hobbesiano, emblema della modernità, per il quale la conoscenza delle cose – naturalistiche, umane, sociali – altro non è se non smontare un meccanismo in ogni sua parte, studiarne gli ingranaggi, come se fosse un automa, o un orologio<sup>45</sup>. Orbene, «questo dividere, analizzare, anatomizzare, che risulta dalla limitatezza della mente umana, non va giudicato, secondo Vico, positivamente»<sup>46</sup>, soprattutto laddove si perda di vista che si tratta di un'attività dalla quale non possono promanare verità in senso pieno e stabile, bensì meramente conoscenze puntuali, rivedibili, contestuali. Non a caso Vico designa questa conoscenza con il verbo *minuere*, il quale, nella propria matrice semantica, contiene tanto il concetto di dividere quanto quello di diminuire<sup>47</sup>. Ciò sottende l'idea che «le cose divise vengano in un certo senso anche ridotte, alterate, mutate»<sup>48</sup>.

*«Mens divina in suae veritatis sole res videt; hoc est, dum rem videt, infinitas res cum re, quam videt, cognoscit: mens humana, cum distincte rem cognoscit, eam noctu cum lucerna videt, quam dum videt, adsita aspectu amittit suo»*<sup>49</sup>.

Rinsaldando questa gnoseologia attenta al limite della conoscenza umana con una visione teologica fortemente connessa con il pensiero cristiano, Vico ricorda che solo Dio ha conoscenza piena sulle cose, perché ne conosce la genesi, la guisa cioè in cui sono state fatte, perché in lui ne risiede il Principio. Ne consegue che alla conoscenza umana non è concesso un atteggiamento di preteso dominio del *logos* che è in ogni cosa, ma, più propriamente, di ascolto e di ricerca<sup>50</sup>.

Se l'idea di una finitudine strutturale dell'uomo permane, come si è detto, anche in altre parti della speculazione vichiana, ivi comprese le opere giuridiche, il principio del *verum-factum* torna apertamente nella *Scienza Nuova*, in cui l'Autore – tenendo fermo che la conoscenza piena del mondo (in senso fisico) appartiene solo a «Dio ottimo massimo» – afferma che due conoscenze sembrano proprie dell'uomo (almeno sul piano della *scientia*): quella tipica del sapere geometrico (che però si basa su astrazioni convenzionali, e dunque istituisce la sua certezza sulla coerenza), e quella della storia, che, appunto è «fatta dagli uomini» e trova nel modo di essere dell'uomo i suoi «moventi» (dal che si può «ritruovare nella mente umana i principi della storia civil delle nazioni»)<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> Cfr. T. Hobbes, *On the Citizen*, Cambridge University Press, Cambridge 1998.

<sup>46</sup> Di Cesare, *Parola, Logos, Dabar*, cit., p. 254.

<sup>47</sup> G.B. Vico, *De Antiquissima Italorum Sapientia*, cit., p. 203.

<sup>48</sup> Di Cesare, *Parola, Logos, Dabar*, cit., pp. 254-255.

<sup>49</sup> G.B. Vico, *De antiquissima Italorum sapientia*, cit., p. 248 (Si riporta nuovamente la traduzione dell'espressione vichiana: «La mente Divina le vede nel sole della sua verità, ovvero, nel guardare a una cosa, conosce insieme a questa infinite altre cose; la mente umana, quando conosce distintamente una cosa, è come se la vedesse di notte al lume di una lucerna, e mentre vede questa, perde di vista quelle circostanti»).

<sup>50</sup> Cfr. Cavalla, *La verità dimenticata*, cit., p. 157.

<sup>51</sup> Il *verum-factum* si arricchisce qui di un riferimento ad una categoria «debole» di accesso alla conoscenza, ma che sembra per l'autore rivestire un'importanza per lo meno di carattere «topico»: il



Troviamo qui ribadito da Vico un richiamo al limite della conoscenza umana, ma con un ulteriore elemento di specificazione: l'Autore sembra rimarcare come la conoscenza umana risulti limitata e provvisoria soprattutto nell'ambito delle «cose fisiche», mentre sia possibile una più salda forma di sapere qualora si rivolga l'attenzione alle «cose umane», ossia a quelle fatte dagli uomini. Il riferimento si rivolge primariamente alla storia, e alle istituzioni umane che in essa sono state collocate grazie all'agire umano, ma a questo punto si ripresenta nuovamente un quesito: cosa si intende con questo «fare»? E' esso solamente un «produrre» da parte dell'uomo, al quale spetterebbe una conoscenza del mondo umano perché di quest'ultimo egli sarebbe, in definitiva, il «creatore»? Pur nella finitudine della condizione umana il *verum* accessibile all'uomo si concepisce sempre, in definitiva, come un suo prodotto?

### 5. Una proposta interpretativa.

Gli interrogativi pocanzi individuati evidenziano un problema interpretativo che ha impegnato non poco i lettori vichiani, con tesi talora a tal punto divergenti da dirsi opposte<sup>52</sup>. Non è scopo del presente scritto esaminarle dettagliatamente, né ambire a proporre una soluzione definitiva alle contrastanti interpretazioni del pensiero di Vico emerse nel vasto dibattito sorto intorno al *verum-factum*: ci si limiterà pertanto a considerare alcuni aspetti critici legati a due possibili interpretazioni di tale prin-

*sensus communis*, ovvero l'insieme di nozioni, norme etiche e strutture antropologiche che sembrano accomunare l'umanità, a prescindere dalle determinazioni puntuali che ogni cultura e contesto offrono di queste ultime. Si tratta di un complesso aspetto della filosofia vichiana che non è possibile in questa sede approfondire, ma in merito al quale si rinvia, per il momento, ad alcuni specifici studi condotti sul tema: Cfr., sul punto, J. Gebhardt, *Sensus communis: Vico e la tradizione europea antica*, in «Bollettino del Centro di Studi Vichiani», XXII-XXIII, 1992-1993, pp. 43-64; J. D.Schaeffer, *Sensus Communis: Vico, Rhetoric, and the limits of Relativism*, Duke University Press, Durham-London 1990; A. Livi, *Il senso comune tra razionalismo e scetticismo*, Massimo Editore, Milano 1992.

<sup>52</sup> Come è stato infatti osservato, «Molte cose riguardo al principio del *verum factum* sono state osservate nel lungo percorso della critica vichiana del *De Antiquissima*, fin da presentarne letture tanto distanti le une dalle altre da apparire reciprocamente conflittuali. E' chiaro che una tale molteplicità di orientamenti è stata possibile solo sulla scorta di riflessioni che intendessero il percorso del pensiero vichiano nel suo intero sviluppo, con particolare attenzione soprattutto alle conclusioni presentate nella sua opera più matura e completa, la terza edizione della *Scienza Nuova*» (A. Murari, *Introduzione*, in G.B. Vico, *Metafisica e Metodo*, Bompiani, Milano 2008, pp. 7-47, p. 36). Interessanti, su questo punto, anche le considerazioni di un autorevole interprete vichiano, Giuseppe Cacciatore: «Le interpretazioni che di Vico hanno dato la cultura filosofica e quella storica della seconda metà del secolo XX, si sono progressivamente allontanate da uno schema interpretativo ormai superato. Mi riferisco ai tentativi di leggere Vico alla luce della categoria del «precorrimto». Il filosofo napoletano veniva letto e interpretato come colui che aveva pensato e scritto anticipando ora l'illuminismo, ora il romanticismo, ora l'idealismo, ora lo storicismo» (G. Cacciatore, *Vico tra storicismo e historicismus*, relazione tenuta ad Heidelberg in occasione del convegno internazionale 'Vico in Europa zwischen 1800 und 1950', svoltosi il 19 ed il 20 maggio del 2008, p. 1).

cipio, e a proporre una terza, dalla quale si ritiene di poter trarre utili indicazioni anche per la riflessione sul tema della positività giuridica.

Quanto alle prime due possibilità interpretative del *verum-factum*, le possiamo ora brevemente così riassumere:

1. una tesi positivista, che legge il *verum-factum* confinando la possibilità umana di conoscere il vero a ciò che l'uomo effettivamente ha fatto, nel senso produttivo, poetico del termine. Non vi sarebbe dunque alcuno scarto fra *verum* e *factum*, al punto da poter leggere la conversione di *verum* e *factum* anche in termini inversi: *factum ipsum verum*. Il solo fatto di accadere rende tale accadimento «vero» e questa sembra essere l'unica verità accessibile all'uomo, da rilevare empiricamente. Questa prospettiva poetica può giungere a considerare la filosofia della storia vichiana come un'antenata della moderna sociologia. Ne risulta una visione antropologica fortemente radicata in un'idea di *homo faber*, così marcata da ritenere l'uomo produttore della stessa verità storica che lo riguarda, e che gli risulta essere la verità autenticamente accessibile con le forze della sua stessa ragione<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Una simile linea interpretativa sembra essere stata recentemente ribadita anche nella recente lettura del *De Antiquissima* proposta da Ciro Greco: «La sinonimia fra il conoscere e il fare, fra il vero e la creazione stabilisce il carattere produttivo della conoscenza. Il punto intorno a cui tutto ruota è la creazione del vero, l'aspetto poetico della conoscenza: sia che si parli di Dio e della sua potenza creatrice onnipervasiva, sia che si tratti, più in piccolo, dell'uomo, che appare anch'esso come 'categoria operante', come 'forma poetica'. Soltanto il carattere produttivo del vero offerto dal principio di verità vichiano può concederci di pensare all'orizzonte poetico dell'uomo. E' il principio del *verum factum* che garantisce all'uomo la possibilità di essere, a sua volta, creatore del proprio vero, ed è tale possibilità a salvare il *De Antiquissima* da una troppo scontata professione di assoluto scetticismo» (C. Greco, *Dualismo e poiesis in Giambattista Vico*, in G.B. Vico, *Metafisica e Metodo*, cit., pp. 460-553, qui p. 525). Per quanto attiene alla relazione fra Vico e il positivismo, osserva Pietro di Giovanni, «è vero che Vico è stato assunto a modello di altre correnti di pensiero, come nel caso dello stesso idealismo, ma è altrettanto vero che la prima rilettura critica e sistematica in Italia è avvenuta ad opera di quanti possono essere considerati i promotori di un modo di pensare che si colloca nell'alveo della filosofia positiva» (P. Di Giovanni, *Filosofia e Psicologia nel positivismo italiano*, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 6). Il fatto che il Vico avesse abbozzato una dottrina che poteva essere avvicinata alla sociologia, permetteva di raffigurarlo tra i precursori di questa scienza positivista e di ritenere il suo pensiero assimilabile al positivismo, e questo incoraggiò alcuni autori a fondere motivi vichiani e positivistic. Questa tendenza collega pensatori direttamente o indirettamente associati al positivismo, da Carle e Miraglia, fino a Cesare Lombroso, che del positivismo moderno rappresenta un'emblematica *akmé* e, nel contempo, l'inizio di una parabola discendente. Cfr., per una esaustiva rassegna del pensiero lombrosiano e delle matrici filosofiche che ne hanno influenzato la riflessione – inclusa un'interpretazione positivista di Vico, D. Velo Dalbrenta, *La scienza inquieta. Saggio sull'antropologia criminale di Cesare Lombroso*, CEDAM, Padova 2005. Vi sono riflessi di una siffatta lettura del pensiero di Vico anche nella critica di autori che hanno visto nel *verum-factum* vichiano un'esaltazione dell'antropologia moderna dell'*homo faber*, e con essa anche una svolta antimetafisica. Cfr., ad esempio (con un accostamento di Vico a Marx), S. Fontana, *Parola e comunità politica. Saggio su vocazione e attesa*, Cantagalli, Siena 2010, p. 18. Una simile lettura è proposta anche da Joseph Ratzinger, il quale legge come paradigmatica circa la fine dell'antica metafisica e l'inizio del pensiero moderno proprio il *verum-factum* vichiano, che sostituisce lo scolastico *verum est ens*. Ne risulterebbe realmente conoscibile in senso pieno soltanto ciò che l'uomo produce e inventa. Ne consegue allora che non è più la riflessione sull'essere a costituire il compito della

2. una tesi idealista, (rappresentata essenzialmente dalla lettura di Benedetto Croce), per la quale l'identità di fare e pensare nell'uomo fa dello spirito umano stesso il creatore della storia (tesi che, come si vedrà, obbliga a interrogarsi sulla compatibilità sussistente fra questo aspetto del pensiero di Vico e il suo forte e rigoroso riferimento cristiano, che qui ne risulterebbe altamente inficiato nei presupposti filosofico-teologici)<sup>54</sup>.

Entrambe le tesi, in termini diversi, sono accomunate da una prospettiva che tende ad identificare il vero con un prodotto umano, e il vero storico appunto come l'unico *factum* che può essere conoscibile o ri-conoscibile dalla ragione umana. In questo senso il pensiero di Vico rappresenterebbe – in linea con la modernità in cui egli del resto era storicamente immerso – una forte tendenza secolarizzante, per effetto della quale il riferimento a categorie metafisiche risulta – ancorché presente in vari punti dell'opera vichiana – sostanzialmente svuotato di pregnanza sia per la

ragione, ma la produzione-organizzazione del fatto: comincia così ad affermarsi quella che potrebbe essere definita la «signoria del fatto», cioè quella tendenza a considerare reale solo ciò che può essere dominato, ignorando o considerando come forma spuria di conoscenza ogni realtà irriducibile al dominio del pensiero. Cfr. J. Ratzinger, *Introduzione al Cristianesimo. Lezioni sul Simbolo Apostolico*, Queriniana, Brescia 2005, pp. 51-56. Per una breve rassegna sull'influsso dello storicismo tedesco nella lettura di Vico in Germania cfr. G. Cacciatore, G. Cantillo, *Materiali su «Vico in Germania»*, in «Bollettino del Centro di Studi Vichiani», XI, 1981, pp. 19-32.

<sup>54</sup> Un passo significativo dell'interpretazione crociana appare il seguente: «la verità meditata nel mondo umano [...] non è trovata ma prodotta», e ciò alla luce della «persuasione della possibilità di costruire con la mente la scienza della mente». Pertanto, «con metodo analogo a quello sintetico della geometria», la Scienza Nuova ambisce a mostrare che «il sapere umano è, qualitativamente, il medesimo del divino» (B. Croce, *La filosofia di Giambattista Vico*, Laterza, Bari 1933, p. 35). Una lettura neoidealista di Vico è proposta anche nel pensiero di Giovanni Gentile, per cui cfr. G. Gentile, *Studi Vichiani*, Sansoni, Firenze 1927. Nella riflessione di Croce, in particolare, storicismo e idealismo sembrano trovare un punto di confluenza. Come osserva Cacciatore, «Una rilevante presenza della filosofia di Vico si può registrare nelle varie fasi della cultura italiana del secolo XIX. Essa non riguarda soltanto lo storicismo, poiché Vico, pur interpretato diversamente, fu un punto di riferimento anche di altri orientamenti filosofici: quello sociologico di Cattaneo e Ferrari, quello positivistico di Villari, quello idealistico di Spaventa e poi di Gentile. Ma, per restare dentro i limiti del nostro tema, passo ora ad analizzare un momento fondamentale della storia delle interpretazioni storicistiche di Vico (senza dimenticare, però, alcuni significativi contributi inquadrabili nella costellazione storicistica, come De Sanctis e Labriola e come, per molti versi, anche Gramsci). Mi riferisco all'interpretazione di Benedetto Croce. Il filosofo napoletano d'adozione, individuava nelle riflessioni vichiane mature – quelle della *Scienza nuova* – il momento aurorale dello storicismo idealistico» (Cacciatore, *Vico tra storicismo e historicismus*, cit., p. 7). Cfr., per un approfondimento, G. Cacciatore, *Interpretazioni storicistiche della Scienza Nuova*, in F. Rizzo (a cura di), *Filosofia e storiografia. Studi in onore di Girolamo Cotroneo*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005, pp. 53-70. Sulla artificiosità dell'esperimento crociano di leggere Vico al di fuori della sua identità cristiana si è pronunciato con grande durezza Franco Amerio: «E poi Croce pretende di avere scoperto il vero Vico, il grande Vico, il filosofo Vico! quando lo riduce a tal grado di insipienza da non sapere quel che scrive, da non capire quel che dice, da credere insomma di ragionare di Dio mentre ragiona dell'uomo, e di essere cattolico mentre era crociano!» (F. Amerio, *Introduzione allo studio di Vico*, SEI, Torino 1947, p. 274). Un recupero filologico e filosofico di Vico, letto senza cadere vittima di una 'lente' idealista è stato proposto, con l'aperta intenzione di individuare un «Vico senza Hegel», da Pietro Piovani. Cfr. P. Piovani, *La filosofia nuova di Vico*, a cura di F. Tessitore, Morano, Napoli 1990.

conoscenza che per l'agire pratico dell'uomo<sup>55</sup>.

In questa sede, tuttavia, si vuole proporre una differente lettura del *verum-factum*, vista soprattutto in relazione sistematica con il pensiero vichiano, che – laddove risultasse convincente – porterebbe a ritenere non corretta un'opzione interpretativa che restringa la gnoseologia vichiana ad un concetto di verità esclusivamente inteso come prodotto della ragione umana.

Si può anzitutto chiedersi se il principio del *verum-factum* sia assunto da Vico quale unico criterio aleatico: se così non fosse, esso non potrebbe essere considerato quale unico elemento interpretativo del concetto di verità nella riflessione vichiana<sup>56</sup>. A suffragio di questa ultima ipotesi interpretativa si possono portare vari argomenti: (a) Si può notare, in via preliminare, che a tale criterio Vico non giunge applicando il criterio stesso. Diversamente da quanto accade, ad esempio, per il Principio di Non Contraddizione, che offre prova di se stesso, il *verum-factum* viene argomentato da Vico con ragionamenti esogeni allo stesso criterio, il che fa supporre che la sua stessa pretesa aleatica non sia auto-fondante ma derivi da altri criteri ad essa esterni. (b) La tesi con la quale Vico, nel *De Antiquissima*, argomenta che il *verum-factum* trova attuazione, in ambito umano, nella matematica e nella geometria, non designa queste ultime come unico sapere né come sapere privilegiato. Anzi, Vico ne evidenzia, diremmo oggi, la struttura convenzionale e aprioristica, mostrando come la convertibilità di vero e fatto, in tali ambiti del sapere, si costruisca intorno ad un criterio di coerenza rispetto ad assiomi posti<sup>57</sup>. Nuovamente, questa affermazione è possibile perché si dà parimenti la possibilità di un punto di vista esterno che consenta di rilevare questa specifica caratteristica del sapere matematico e geometrico, senza con ciò riprodurre la struttura (l'affermazione con cui tale convenzionalità viene rilevata non

<sup>55</sup> Sui moventi e le direttrici delle tendenze secolarizzanti cfr. F. Cavalla, *Appunti intorno al concetto di secolarizzazione*, in Palazzani (a cura di), *Filosofia del Diritto e Secolarizzazione*, cit., pp. 11-38.

<sup>56</sup> Anche secondo Umberto Galeazzi «è lecito dubitare (...) che per Vico il criterio generale di verità implichi la creazione dell'oggetto», e anche per questo, egli rimarca, contrastando le interpretazioni che leggono nel *verum-factum* vichiano la teoria per la quale la verità è (esclusivamente) prodotto della mente umana: ciò «vuole dire che il criterio di verità effettivamente operante nel suo pensiero non è quello che gli viene attribuito» (Galeazzi, *Ermeneutica e storia in Vico*, cit., p. 24).

<sup>57</sup> Osserva infatti Vico: nella limitatezza della sua mente, l'uomo, con operazione di astrazione, «si finge due cose: il punto che può essere tracciato, e l'uno che può essere moltiplicato. Finzioni entrambe le cose, infatti il punto che si lascia disegnare non è il punto, l'uno che si lascia moltiplicare non è l'uno» (G.B. Vico, *De antiquissima Italorum sapientia*, cit., p. 203). Qui il grado di certezza è dato appunto dalla struttura convenzionale ed assiomatica del sapere geometrico e matematico e del linguaggio che lo sorregge, ma il prezzo di questa «controllabilità» è dato dall'astrattezza dei contenuti. Il *verum-factum* è all'opera, e produce un sapere certo, ma il suo grado di verità è quello di una verità derivata, appunto perché si struttura intorno a premesse convenzionalmente accettate. Come osserva infatti Massimo Cacciari, «Indubitabile è che le scienze matematiche fondano la loro verità sul procedere da definizioni a teoremi che esse stesse producono. Ma altrettanto indubitabile è che questo metodo non permetterà mai di cogliere l'in sé dell'ente (poiché fatto da Altro che l'uomo), tantomeno potrà essere adottato per comprendere la storia civile» (Cacciari, *Ricorsi Vichiani*, cit., p. 558). Cfr., sul punto, anche: Murari, *Introduzione*, cit., p. 33.

risponde ad una dimostrazione matematica o geometrica). (c) La tesi che Vico sostiene nella *Scienza Nuova*, appoggiandosi appunto al *verum-factum*, ossia l'idea per la quale la storia umana, in quanto «fatta dagli uomini» dovrebbe essere oggetto privilegiato di una nuova scienza, è immediatamente legata – come è noto – all'esigenza di ritrovare nella stessa mente umana i principi da indagare per meglio comprendere la storia nelle sue fenditure concettuali<sup>58</sup>. Ciò significa che a Vico non interessa solamente la storia come *factum* – aspetto che in altri punti della speculazione vichiana sembra più afferire alla nozione *certum* che a quella di *verum* – ma principalmente gli aspetti ideali che consentono di leggere dietro agli accadimenti alcune linee portanti, ponendo – coerentemente con il disegno vichiano – filologia e filosofia in sintesi. (d) Per di più, se, come afferma Vico, i principi da lui indagati si possono «ritrovare» nella mente umana, ciò pone tuttavia di fronte al fatto che la mente umana non è un prodotto dell'uomo, ma è scoperta dall'uomo stesso<sup>59</sup>. Eppure essa offre all'uomo stesso criteri veritativi. Ciò sembra mostrare come la verità, in termini vichiani, sia rinvenibile «nel fatto», e a partire dall'esperienza – argomento che egli spende, invece, contro e forme di astratto intellettualismo che tanto ha contrastato nelle sue varie opere – ma ciò non consente di concepire la verità come mero prodotto dell'uomo<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> «Questo mondo civile egli è certamente stato fatto dagli uomini, onde se ne possono, e se ne debbono, ritrovare i principi dentro le modificazioni della nostra medesima mente umana» (G.B. Vico, *La Scienza Nuova*, cit., Libro I, *De' Principii*).

<sup>59</sup> Lo afferma lo stesso Vico: «quando la mente si conosce non è creatrice di sé, e non essendolo, non conosce né la genesi, né il modo di questa conoscenza» (G.B. Vico, *De antiquissima Italorum sapientia*, cit., p. 205). La mente, per così dire, «è de-centrata rispetto a se stessa. Questo de-centramento consiste in uno strutturale sfuggire che è costitutivo per la mente stessa: questo sfuggire precede ed è all'opera nel tentativo della mente di conoscersi e di conoscersi conoscente» (Dalmasso, *La verità in effetti*, cit., p. 134). Ciò, ad ogni modo, non impedisce alla mente stessa di cogliere – entro una dimensione di 'datità' – alcune verità come preesistenti alla sua stessa attività poetica, come leggiamo da un passo della Autobiografia di Vico: «nella nostra mente sono certe eterne verità che non possiamo scorgere o riniegare, e in conseguenza che non sono da noi» (G.B. Vico, *Vita di Giambattista Vico scritta da se medesimo*, 1728, in G.B. Vico, *Opere*, a cura di A. Battistini, Mondadori, Milano 1990, p. 19).

<sup>60</sup> La storia stessa – terreno che Vico, nella *Scienza Nuova*, ritiene luogo privilegiato per il sapere umano – non è un prodotto dell'uomo, perché il suo Principio è trascendente, ed è di natura divina. Se dunque l'uomo è 'causa' della storia, lo è nel senso che 'manifesta' l'ordine dei corsi e ricorsi, senza esserne però il Principio primo. Come osserva infatti Massimo Cacciari, «Se potesse affermarsi come causa in tal senso, la sua storia sarebbe *immediate* quella stessa di Dio. Egli dovrebbe conseguentemente proclamarsi Dio. Che è conseguenza, punto, di ogni autentica *gnosi*» (Cacciari, *Ricorsi Vichiani*, cit., p. 561). In Vico, tuttavia, non sarebbero rilevabili tratti gnostici, bensì anzi un forte movimento di resistenza a tali tendenze, che ne connota, in senso proprio la anti-modernità, non quindi come forma di 'arcaismo', bensì come consapevole opposizione alle spinte gnostiche che egli avrebbe ravvisato nell'evolversi del pensiero moderno. Questa tesi è stata in particolare sostenuta ed argomentata da Eric Voegelin, per cui cfr. Voegelin, *La Scienza Nuova nella storia del pensiero politico*, cit., *passim*. Sulla non-assimilabilità del pensiero di Vico ad una forma di gnosi concorda anche Cacciari, il quale rileva che ciò «è impossibile da trarre dalla metafisica vichiana, e per una ragione essenziale di principio: che il nostro fare corrisponde [...] al *creare* di Dio, attiene ai fatti di Dio e alla Sua Mente esclusivamente per quanto riguarda la Sua attività *ad extra*, ciò che non esaurisce però affatto la Verità. Tale principio è già posto con chiarezza nel *De Antiquissima*. Dio «fa il mondo» attraverso il suo Logos – ma il suo Logos non è «fatto» al modo del

(e) Vico certamente ambisce a proporre una *scientia* nella quale *verum e factum*, vero e certo, filosofia e filologia, trovino un punto d'incontro, ma questo non esclude una *sapientia*, non fondata sul medesimo principio, che consente all'uomo di vedere, di prendere atto – dapprima in modo irriflesso, poi in modo sempre più razionalizzato – di elementi strutturali<sup>61</sup>: l'innegabilità di una trascendenza (si pensi al concetto di *pudor ignorati veri*, legato proprio alla percezione del divino); la finitudine creaturale dell'uomo stesso; la socialità e la ragionevolezza come elementi che costituiscono il *proprium* dell'umano<sup>62</sup>. (f) Non mancano, in altri punti della speculazione vichiana, argomentazioni nelle quali l'Autore punta a confutare l'erroneità di determinate posizioni filosofiche attraverso un ragionamento dialettico: operazione invero difficilmente spiegabile all'interno dell'interpretazione di *verum-factum* che qui si intende criticare<sup>63</sup>.

mondo. Il *verum-factum* del mondo non si adegua alla verità del Logos divino. Il filosofo può intendere il primo perché esso si manifesta nella storia, ma la «creazione» del Logos è incomparabile con quella del mondo: è *verum-genitum* (verità dell'Uni-*genitum*), non *verum-creatum*» (Cacciari, *Ricorsi Vichiani*, cit., p. 561). Non si può non cogliere in ciò la sintonia della filosofia di Vico con il pensiero cristiano, per il quale – come osserva Benedetto XVI – «In ogni processo cognitivo, in effetti, la verità non è prodotta in noi, ma sempre trovata o, meglio, ricevuta» (Benedetto XVI, *Lettera enciclica Caritas in Veritate*, 29 giugno 2009, paragrafo n. 34). Sulla possibilità della dimenticanza della trascendenza del Logos, o sulla possibilità di dimenticare il Logos stesso, quale eventualità sempre presente nella storia del pensiero, ma anche quale elemento del percorso che conduce dalla modernità alla post-modernità, il mio riferimento va a Cavalla, *La verità dimenticata*, cit., *passim*. Sulla trascendenza del Principio della storia rispetto all'uomo, cfr., inoltre: Bellofiore, *Morale e Storia in G. B. Vico*, cit.; Galeazzi, *Ermeneutica e Storia in Vico*, cit.; Murari, *Introduzione*, cit., pp. 37-39.

<sup>61</sup> Filosofia e Filologia sono saperi distinti, e di cui Vico cerca un incontro, ma non una sovrapposizione che ne diluisca le specificità. Come afferma Francesco Botturi, «La verità del sapere storico (ma ogni sapere umano è storico) dipende dalla fedeltà ad una figura epistemologica che tenga in unità il «certo» empirico e il «vero» metafisico. Si pensi alle ripetute polemiche vichiane contro coloro che con le loro scelte teoriche hanno impedito la formulazione di un sapere adeguato dell'accadere storico» (Botturi, *L'etica ermeneutica di G.B. Vico*, cit., p. 1).

<sup>62</sup> Questa *sapientia*, dall'evidente connotazione classica (si pensi, ad esempio, al pensiero di Agostino e alla sua distinzione fra *scientia* e *sapientia*) mostra come Vico non restringa il sapere umano alla sola *scientia* modernamente intesa. Come del resto osserva Habermas – contrapponendo il filosofo napoletano ad Hobbes – Vico «rimane fedele alle determinazioni aristoteliche della differenza fra scienza e saggezza» (J. Habermas, *Dottrina politica classica e filosofia sociale moderna*, in Id., *Prassi politica e teoria critica della società*, Il Mulino, Bologna 1973, p. 82). Ricorda Cavalla – richiamandosi ad Agostino: la *scientia* è l'attività della ragione diretta a determinare realtà particolari», mentre la *sapientia*, più che un'attività in senso proprio, esprime la «consapevolezza, da parte dell'uomo, di un principio universale trascendente il mondo della finitezza e perciò non obiettivabile, non analizzabile» (F. Cavalla, *Sul fondamento delle norme etiche*, in E. Berti (a cura di), *Problemi di etica: fondazione, norme, orientamenti*, Gregoriana, Padova 1990, pp. 142-202, qui 155-156).

<sup>63</sup> Cfr., sul punto, in particolare A. Giuliani, *La filosofia del processo in Vico ed il suo influsso in Germania*, in «Bollettino del Centro di Studi Vichiani», XXII-XXIII, 1992-1993, pp. 345-367; G. Di Nola, *La dialettica in Giambattista Vico*, Longobardi, Castellammare di Stabia (NA) 2000. Afferma Umberto Galeazzi, con riferimento alla *Scienza Nuova* e alla ricerca ivi attuata da Vico di rinvenire fenditure concettuali sottostanti rispetto all'accadere storico: «i principi che vanno emergendo dalla ricerca sono messi alla prova con una verifica, a confronto con i fatti, che può confutarli o corroborarli, attraverso dimostrazioni, per lo più confutative o per assurdo, proprie di chi non dispone di un sapere oggettivante

## 6. Alcune conferme a partire riflessione di Vico intorno al diritto.

Giunti a questo punto, se non si vuole fermarsi a rilevare una semplice antinomia tra il *verum-factum* ed altri aspetti della speculazione vichiana, appare necessario riflettere sulla possibilità di interpretare in modo differente tale relazione, e, soprattutto, i suoi termini. Si può, anzitutto, rilevare come il *factum* cui si riferisce Vico non sia – almeno non esclusivamente – un «fare produttivo», di tipo tecnico-poietico, ma rappresenti piuttosto un fare attuativo, riferibile al concetto aristotelico di *praxis*<sup>64</sup>.

A confermare questa linea interpretativa troviamo diversi punti della riflessione vichiana, non da ultimi quelli che l'Autore – nel *Diritto Universale* e nella *Scienza Nuova* – dedica al tema giuridico. Possiamo notare, ad esempio, come sul fronte della *pars destruens* Vico abbia aspramente criticato le ipotesi – tipiche ad esempio del giusnaturalismo contrattualista – di un'origine artificiale del diritto, dello stato, e delle istituzioni sociali<sup>65</sup>. Se certamente egli contesta che simili ipotesi difettano di un'evidenza storica – anche nel senso più strettamente empirico, fattuale, del termine – la *pars construens* del discorso vichiano suffraga la tesi di una opposizione di Vico ad un'idea tecnico-poietica del diritto. La riflessione del filosofo napoletano, infatti, è volta ad argomentare che la società civile – nelle sue varie articolazioni, a partire dalla famiglia per arrivare allo stato – non viene creata artificialmente dall'uomo, bensì «vissuta», attuata quale modalità di estrinsecazione della naturale socievolezza umana. L'essere e vivere in società è un «fatto» non solo storicamente ed empiricamente rilevabile, bensì costituisce l'attuarsi di una struttura antropologica: l'uomo ha struttura socievole, è dotato di espressiva favella, ed attua pienamente la sua umanità «celebrando la sua natura socievole» attraverso costumi ed istituzioni che la attuino, promuovendo e tutelando nessi intersoggettivi di vario livello. Per questo Vico considera che l'affermazione della naturale socievolezza umana – comprovata dalla storia «da che si ha memoria del mondo» – coincida con il riconoscimento dell'esistenza di un diritto naturale<sup>66</sup>.

ed esaustivo e indaga sul vero, rendendosi conto delle vie senza sbocco cui conducono le sue negazioni» (Galeazzi, *Ermeneutica e storia in Vico*, cit., p. 182).

<sup>64</sup> Cfr., per alcune brevi ma significative indicazioni sul concetto di *praxis*, e sulla sua differenza rispetto all'agire poietico, A. Da Re, *Filosofia morale. Storia, teorie, argomenti*, Bruno Mondadori, Milano 2008, pp. 244-245; F. Chierighin, *Possibilità e limiti dell'agire umano*, Marietti, Genova 1990, in particolare pp. 181-198.

<sup>65</sup> «Gli avvenimenti politici rilevanti per la storia ideale eterna non avvengono mai, in Vico, per l'azione di una regola tecnica. Le famiglie non vengono fondate tecnicamente, come un deliberato artificio volto a lasciarsi consapevolmente lo stato ferino. Gli ordini eroici non vengono istituiti allo scopo di fondare un regime aristocratico. Le religioni non sono un artificio per rinforzare un *imperium*» (Zanetti, *Vico eversivo*, cit., p. 109).

<sup>66</sup> «Le cose fuori dal loro stato naturale né vi si adagiano né vi durano. Questa Dignità sola, poiché 'l genere umano, da che si ha memoria del mondo ha vissuto e vive comportevolmente in società, ella determina la gran disputa della quale i migliori filosofi e morali teologi ancora contendono con Carneade scettico e con epicureo (né Grozio l'ha pur inchiovata): se vi sia diritto in natura e se la natura umana sia socievole, che suonano la medesima cosa» (G.B. Vico, *La Scienza Nuova*, cit., *Dignità VIII*).

Sebbene Vico argomenti sostenendo che la vita sociale fiorisca e si attui in forme molteplici attraverso il costume, ciò non consente di pensare che nell'idea vichiana tale attuazione corrisponda ad una necessità deterministicamente pensata, e pertanto indipendente dal libero arbitrio umano. Il costume può evolversi, astrarsi e raffinarsi sempre di più entro categorie filosofiche, politiche e giuridiche contestualmente all'evolversi del razioicinio umano, ma ciò non significa – lo ribadisce Vico in più punti della sua opera – che l'uomo (vieppiù perché «caduto» dopo il peccato originale) non possa ricadere in forme di barbarie che negano, nell'ottundimento o nella perversione solipsistica di una ragione che si pretende autosufficiente, la socialità umana, anche nelle forme più radicali della violenza<sup>67</sup>.

La riflessione giuridica vichiana – ed è questo un impianto concettuale che dal *De Uno* (1720) si mantiene saldo fino alla ultima edizione della *Scienza Nuova* (1744) – assume come punto nodale un'idea di diritto che, pur nelle diversità dei vari contesti storici e geografici, è caratterizzato dal recepire strutture antropologiche attraverso una progressiva razionalizzazione di comportamenti dapprima ritualizzati e poi astratti in massime giuridiche all'evolversi della mente umana (le epoche degli: dei-eroi-uomini)<sup>68</sup>. Non a caso, come si può evincere da vari e significativi passi dell'opera vichiana, il diritto naturale è sì dotato di una storicità che si attualizza nel suo «correre in tempo», ma è pur sempre caratterizzato da un principio di diritto sottostante alle differenti manifestazioni storiche che rende irriducibile il *nomos* al *nomizomenon*, così come la giustizia alla norma storicamente determinata<sup>69</sup>.

Se dunque il principio giuridico non ha un'unica modalità attuativa e, soprattutto, non si esaurisce nel momento in cui ha assunto una formalizzazione possibile nella norma concreta, storica, ciò sembra confermare che la dimensione giuridica, anche nella sua attualità, venga da Vico ricondotta ad una *praxis*, più che ad una *poiesis* in senso tecnico. Se poietico può essere lo strumento puntuale che storicamente determina un certo principio (il principio del contraddittorio può attuarsi attraverso un duello, un processo formulare o un dibattito articolato retoricamente avan-

<sup>67</sup> Non a caso Vico assume a paradigma del peccato (e persino del reato) il peccato originale, inteso come auto-assolutizzazione. Mi permetto di rinviare, per una analisi di questi elementi, ad un mio scritto, per cui cfr. F. Reggio, *Una riflessione sui concetti vichiani di 'pena' e 'penitenza'*, in F. Zanuso, S. Fuselli (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, CEDAM, Padova 2004, pp. 253-295.

<sup>68</sup> Cfr. Amerio, *Introduzione allo studio di Vico*, cit., pp. 430-442; Galeazzi, *Ermeneutica e storia in Vico*, cit. pp. 162-182.

<sup>69</sup> Sono molteplici i punti nei quali Vico evidenzia la non coincidenza del «vero» e del «certo» legali. Tra questi si può citare, esemplificativamente, un significativo passo del *De Uno*: «Il certo è proprio e perpetuo attributo del diritto volontario»(G. B. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno*, p. 101). Ma tale elemento non va confuso con la verità del diritto stesso, come afferma poco più avanti Vico stesso: «Laonde abbiamo il celebrato detto d'Ulpiano, «la legge è dura ma ella è scritta», il quale altra cosa non significa che «la legge è certa» (ovvero ha autorità legale) «ma non è del tutto vera» per esservi una qualche ragione che non la lasci essere del tutto conforme alla verità»(G. B. Vico, *De uno universi iuris principio et fine uno*, p. 103).



zato), l'attuare di tale principio nella storia costituisce una *praxis*, che non si esaurisce né può esaurirsi in forme puntuali.

Per questo motivo il diritto naturale è eterno (anche nel senso di «mai esauribile») ma corre in tempo (per la medesima ragione)<sup>70</sup>. Lo studio del diritto – luogo di sintesi di filosofia e filologia, e disciplina nella quale Vico per la prima volta (nel *De Constantia Jurisprudentis*) afferma che «*nova scientia tentatur*» – consente di individuare la progressiva estrinsecazione di principi radicati nell'uomo, alla luce di un'antropologia relazionale e di una gnoseologia della finitudine che informano in modo sistematico l'umanesimo vichiano<sup>71</sup>.

Il diritto studiato da Vico è un diritto «umano» non perché «costruito come un orologio» dall'uomo, pezzo per pezzo, ma perché nasce dall'uomo e per l'uomo, non senza vivere della tensione in cui l'umanità stessa è immersa: idealità e storicità<sup>72</sup>. Non a caso, in vari passi dell'opera vichiana si può notare come l'umanità – così come l'uomo singolo – sia in ogni tempo stretta fra la tensione della *vis-veri* e la possibilità di una decadenza; fra l'apertura alla relazione e la ricaduta nel solipsismo autosufficiente in cui si è sostanziato lo stesso peccato originale, e nella quale si dipana anche la linea che divide un atteggiamento di apertura o di chiusura alla trascendenza.

All'interno di questa chiave interpretativa si può comprendere come il diritto, nell'ottica vichiana, si dibatta in una dimensione magmatica e non esente da conflittualità, ma non per questo si appiattisca al puro e semplice *quod principi placuit* o all'utile del più forte, né tanto meno ogni costume in quanto tale possa ritenersi «diritto» in quanto estrinsecazione di principi del diritto naturale (altrimenti non si comprenderebbe in cosa si sostanzino, propriamente, la barbarie o la decadenza, che Vico considera con accezione negativa). Solo all'interno di questa interpretazione le critiche del filosofo napoletano alle visioni scettiche, «epicuree» di Machiavelli, di Hobbes e altri giusnaturalisti sei-settecenteschi risultano non solo comprensibili, ma coerenti con l'impianto gnoseologico delineato dall'Autore anche nelle opere pre-giuridiche.

<sup>70</sup> In questo senso – ancorché occorra avere prudenza nel leggere il pensiero di un autore quale anticipazione di successivi sviluppi filosofici – Vico sembra precorrere i tempi nel notare che «la storicità non è in contraddizione» con l'idea stessa di diritto naturale – «e si è parlato di conseguenza di un *diritto naturale dinamico* o a *contenuto variabile* – e che la ragione, di cui il giusnaturalismo continua a farsi strenuo difensore, non è estrinseca ma intrinseca al diritto positivo stesso» (F. D'Agostino, *Filosofia del Diritto*, Giappichelli, Torino 2000, p. 66).

<sup>71</sup> Finitudine e relazionalità risultano, dunque, cifre di una visione umanistica del diritto. Sul punto il mio riferimento va alla rilevante lezione di Sergio Cotta, per cui rinvio, a titolo esemplificativo, a S. Cotta, *Il diritto nell'esperienza. Linee di ontofenomenologia del diritto*, Giuffrè, Milano 1991. Secondo Mootz, Vico è stato strenuo «difensore della tradizione umanistica» (Mootz, *Vico and Imagination*, cit., p. 12).

<sup>72</sup> Aspetto, quest'ultimo, evidenziato con grande enfasi da Ambrosetti. Cfr., per una rilettura del lascito di questo interprete vichiano, proposta nell'occasione del ventennale dalla sua scomparsa, F. Reggio, *La filosofia giuridica di Vico nella lettura di Giovanni Ambrosetti*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 03/2005, pp. 461-480.

All'interno di questa chiave interpretativa – e a conferma che Vico non ritenga di appiattare il diritto al puro *factum*, e il *factum* in quanto tale a *verum* – risulta coerente e pregnante l'affermazione relativa all'impossibilità di un pugnare dell'*auctoritas* con la *ratio*, e quindi con la *veritas*. Non ogni manifestazione della storia umana è «vera» nel senso che manifesta una verità dell'uomo e sull'uomo. Certamente vi sono «verità fattuali» – che è possibile ed anzi opportuno studiare (con l'apporto, appunto, della filologia) – ma se questo fosse l'unico piano entro il quale Vico colloca la possibilità di parlare di verità, non vi sarebbe ragione di distinguere fra *leges* e *monstra legum*, fra comportamenti che «celebrano» la «natura umana socievole» ed altri che la soffocano nella barbarie. Non sono le sole verità fattuali, le sole «certezze», l'interesse unico e principale di Vico: la sintesi fra questa filologia e la filosofia si realizza, per il Partenopeo, nel meditare le fenditure concettuali che si celano dietro e alla base degli accadimenti umani<sup>73</sup>. Questo costituisce, a nostro avviso, l'obiettivo primario della riflessione vichiana, e soprattutto della *Scienza Nuova*, per cui esiste un *verum* che è «fatto», in quanto «accaduto», ed un *verum* che si scorge *ex facto*, e che attiene ad una verità transituazionale, il cui fulcro è l'antropologia della finitudine umana, e il cui custode, nel tempo, è la Provvidenza divina.

Non risulta casuale che il risveglio dell'umanità venga da Vico collocato – nell'atemporalità di un voluto linguaggio mitologico – entro uno schema che mostra, a partire da una percezione semplice, in cui è preponderante l'aspetto emotivo, la finitudine umana<sup>74</sup>:

«il cielo finalmente folgorò, tuonò con folgori e tuoni spaventosissimi (...) Spaventati ed attoniti dal grande effetto di che non sapevano la cagione, alzarono gli occhi e avvertirono il cielo»<sup>75</sup>.

Il cadere di un fulmine provoca senso di *pudor*, un *pudor ignorati veri*, (*in primis* ignoranza del divino, che impedisce all'uomo di auto-assolutizzarsi), il cui senso si manifesta solo se si intenda questo vero ignorato come preesistente al comportamento umano che ne realizza il riconoscimento<sup>76</sup>. L'emozione del *pudor* si fa generativa

<sup>73</sup> Francesco Botturi, per il quale il *verum-factum* vichiano non è riducibile ad un operazionismo soggettivistico, evidenzia come dietro ad ogni sapere si celi la scoperta di una «struttura eidetica di cui essa è – secondo vari diversi procedimenti – un dispiegamento analitico ovvero una composizione manifestativa» (Botturi, *L'etica ermeneutica di Giambattista Vico*, cit., p. 5).

<sup>74</sup> Sull'emozione del *pudor*, e sulla sua significativa distanza rispetto all'emozione della paura in Hobbes, si veda G. Zanetti, *Il rosso e il bianco. Una nota sul ruolo delle emozioni nella 'Scienza Nuova' di Vico* in «Filosofia Politica», XXI, 3/2007, pp. 477-487. Sul ruolo propulsivo dell'emozione, e sulla sua connessione con aspetti cognitivi, cfr. M.C. Nussbaum, *Upheavals of Thoughts: the Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, Cambridge 2001; F. Chierighin, *Emozione, comprensione e azione nell'opera d'arte*, in «Verifiche» 1-3/2011, pp. 63-121.

<sup>75</sup> G. B. Vico, *La Scienza Nuova* (1744), p. 571.

<sup>76</sup> Nella finitudine come struttura antropologica non opera un concetto puramente contenitivo di limite, dal momento che questa de-limitazione consente all'uomo di cogliere qualcosa di sé, e con ciò anche di avanzare nella propria conoscenza, smascherando l'auto-illusione della propria assolutezza.

di comportamenti atti a promuovere ciò che l'uomo scopre già in sé come elementi strutturali e come possibilità da attuare, ovvero la razionalità e la socievolezza umana<sup>77</sup>: il *conatus* che ne consegue è all'origine di un duplice slancio, cognitivo (*virtus dianoetica*) e morale (*virtus etica*)<sup>78</sup>. In questa cornice si spiega, ad esempio, il dissociarsi da parte dell'uomo di comportamenti precedentemente tenuti (ad esempio, la libidine sfrenata e le unioni sessuali casuali e violente) e il tentativo di ordinarli in forme rispettose della reciprocità intersoggettiva (l'istituzione di legami stabili e di tutela reciproca e verso la prole)<sup>79</sup>. Il matrimonio può esser dunque visto come l'esito di un atto poetico se lo si vede unicamente come assetto normativo puntuale e contestualizzato, ma come istituto – estrinsecazione di una dimensione strutturalmente

Come osserva infatti Capograssi, questo accorgersi produce uno scarto ulteriore nella conoscenza dell'uomo: «io mi vergogno della mia stessa animalità: dunque c'è in me più di quello che appare» (G. Capograssi, *L'attualità di Vico*, in Id., *Opere*, Giuffrè, Milano 1959, p. 400). Risultano a questo proposito particolarmente pregnanti le parole di Stefano Fuselli: «Prestare attenzione all'ulteriorità dischiusa dalla propria finitudine – prestare attenzione a se stessi in quanto uomini – è così, prima ancora che un atto di conoscenza, un atto di libertà, perché è il primo vero e proprio atto etico che a ciascuno è dato di compiere e di cui nessuno è responsabile se non colui che lo compie» (S. Fuselli, *Forme della secolarizzazione. Una esplorazione tra antico e moderno*, in Palazzani (a cura di), *Filosofia del Diritto e Secolarizzazione*, cit., p. 118). Sulla struttura del limite e sulle sue possibili declinazioni il mio riferimento va a L. Illetterati, *Figure del Limite. Esperienze e forme della finitezza*, Verifiche, Trento 1996.

<sup>77</sup> Su socialità e ragionevolezza come dati strutturali dell'umano secondo la visione vichiana, viste anche in relazione con la narrazione vichiana del risveglio dell'umanità al cadere della folgore, cfr. anche G. Zanetti, *Vico eversivo*, cit., pp. 34 e 62-63.

<sup>78</sup> «Il limite agisce come un monito contro l'auto-assolutizzazione da parte dell'uomo (la quale accade sia quando qualcuno pretenda di negare la verità o ne pretenda il possesso), ma non esprime un diniego del dialogo e della ricerca: esso è anzi l'elemento che ne mostra la necessità. Non deve sorprendere, pertanto, che l'attitudine verso la conoscenza – così caratterizzata – supporti una concezione antropologica relazionale: se essere consapevole della limitatezza umana significa intraprendere una inesauribile ricerca di ciò che la verità sia, implichi e richieda da ciascuno di noi, allora dobbiamo anche riconoscere che in questa ricerca nessun essere umano è superfluo, può essere posto in silenzio o liberato dal diritto/dovere di domandare ed offrire ragioni» (Reggio, *A 'discarded Image'*, cit., p. 16, traduzione mia). Emerge qui come la strutturale indigenza dell'uomo vada letta, anche per Vico, entro una concezione teleologica di natura, dal momento che la scoperta di tale caratteristica insita nella propria umanità rappresenta anche un compito, da intendersi non solo come astensione da ciò che neghi tale struttura, come si è detto, nella forma di una auto-assolutizzazione, ma anche come compito di realizzare nell'esperienza la propria umanità, e di farla «fiorire». Essere umani rappresenta, quindi, non solo un dato «essenziale», bensì anche una «vocazione». Come rimarca infatti Aldo Vendemiati, «Questa indigenza strutturale non è un semplice «fatto», è l'indicazione di un compito, è la grammatica di un dovere: il compito e il dovere di colmare l'indigenza. L'indigenza consente di riconoscere l'imperfezione dell'uomo; ma questa rivela, per contrasto, in quale direzione vada cercato la perfezione. Essere uomini, quindi, non è semplicemente un fatto: è un compito» (A. Vendemiati, *Le ragioni della natura*, in «Oikonomia» 3/2009, p. 21-33, qui p. 30).

<sup>79</sup> «Da questa natura di cose umane restò quest'eterna proprietà. Che la vera amicizia naturale egli è 'l matrimonio, nella quale naturalmente si comunicano tutti e tre i fini de' beni, cioè l'onesto, l'utile e il dilettevole; onde il marito e la moglie corrono per natura la stessa sorte in tutte le prosperità e avversità della vita [...] per lo che da Modestino fu il matrimonio definito *omnis vitae consortium*» (G. B. Vico, *La Scienza Nuova*, cit., p. 554).

relazionale dell'uomo – esso viene visto da Vico come una *praxis*, e non certo come un costruito artificiale<sup>80</sup>.

A sostegno di tutto ciò (tesi fondamentale del *De Uno* ma ripresa anche alla fine della *Scienza Nuova* (che si conclude, appunto, con un richiamo alla *pietas*) non si può non scorgere un *Verum* fondante, ovvero quello di un Dio creatore e provvidente, che ha instillato nell'uomo un *semen veri* e che ha impresso nel mondo un ordine, che l'uomo può intuire per «refrazione dei suoi raggi» e non possedere, ma che implica da parte dell'uomo un atto interpretativo che non legittima da parte dell'uomo stesso un arbitrio incondizionato<sup>81</sup>.

Lo scarto qualitativo tra *intelligere* divino e *cogitare* e *minuere* umani è invalicabile, ma non si tratta di un abisso oscuro, perché l'uomo, partecipe di ragione, con il suo *cogitare* giunge a cogliere la presenza di quell'Intelligenza, pur non riuscendone a tratteggiare il confine ed i contenuti<sup>82</sup>. La scorge vedendola operare nella natura e nella storia, anche al di là delle volontà umane (si pensi, ancora una volta, alla teoria dell'eterogenesi dei fini), ma ciò non produce la caduta nel determinismo, giacché uomo è libero di «cadere» e di chiudere gli occhi alla *vis veri*, sia assopendo la ragione sia rendendola surrettiziamente autosufficiente, né tantomeno si traduce in un immanentismo panteistico<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Mi pare qui di scorgere un punto di congiunzione fra il ruolo cognitivo ed etico dell'antropologia del limite e la concezione etico-giuridica incentrata sulla *praxis*, e ritengo che il «principio generatore» di questa congiunzione possa proprio essere individuato nel concetto vichiano di *pudor*. Come del resto è stato osservato, «Il pudore *ha dunque funzione fondativa dell'ethos umano* e come tale è anche la fonte del «senso comune, i cui contenuti ne costituiscono la prima elementare articolazione. Religione della Provvidenza, nozze solenni e sepoltura dei defunti, con i relativi miti e riti, sono i «tre costumi» che danno corpo alla memoria del Vero e che possiedono un'immediata valenza etica. I tre contenuti dell'unico senso comune danno forma, infatti, a un'*etica della relazione e del rispetto*, come risulta dal fatto che il comune fra i tre contenuti è l'idea di relazione con un'alterità che non è semplicemente a propria disposizione, ma che va riconosciuta nel suo valore intrinseco» (Botturi, *L'etica ermeneutica di Giambattista Vico*, cit., p. 11).

<sup>81</sup> Sulle strutture ermeneutiche insite nel pensiero vichiano cfr. F. Botturi, *Hermeneutica del evento. La filosofia e la interpretacion de Giambattista Vico*, in «Quadernos sobre Vico» 9-10/1998, p. 43-56.

<sup>82</sup> Come rileva Francesco Cavalla, non bisogna confondere inobiettività con inesistenza. Cfr. Cavalla, *Sul fondamento delle norme etiche*, cit., *passim*. Con richiamo al pensiero di S. Agostino – riferimento dal quale anche Cavalla, nel sopra citato saggio, muove per proporre le proprie articolate e pregnanti considerazioni – osserva Stefano Fontana: «La verità eccede sempre in nostri mezzi, essa è sempre quanto non ci aspettavamo. Non la possiamo produrre, la possiamo trovare, e mai tutta quanta» (Fontana, *Parola e comunità politica*, cit., p. 31).

<sup>83</sup> Il pensiero di Vico non si tramuta in una forma di determinismo, per la quale l'attuarsi della natura proceda a prescindere dalla libertà umana, e dalla sua – per così dire – collaborazione. Per questo si può vedere nella filosofia vichiana un richiamo alla responsabilità umana, intesa come capacità di rispondere e come farsi carico delle conseguenze delle proprie scelte. Come nota Massimo Cacciari, «Vedere-pensare i fatti può collegarli, chiarirne il corso. Ed è grande *labor* e grande *opus*. Ma che si aprono, alla fine, all'interrogazione ulteriore. E l'interrogazione, a sua volta, all'appello alla responsabilità dell'uomo che fa la storia» (Cacciari, *Ricorsi Vichiani*, cit., p. 574). La *vis veri* rappresenta, quindi, sì, una forza, ma non una forzatura dell'arbitrio umano, che a tale chiamata deve poter rispondere, anzitutto con un «rivolgersi» verso di essa e con un lasciarsi interpellare. Vico parla, in altri punti della sua opera, di

Senza entrare ad indagare approfonditamente il delicato rapporto che nella filosofia di Vico si istituisce fra libertà umana e Provvidenza, si può però qui evidenziare come il tentativo di isolare Vico da una visione sostanzialmente e profondamente immersa nell'umanesimo cristiano risulti difficoltoso, se non addirittura artificioso, perché costringe a «separare» Vico dalle sue stesse dichiarazioni e a frammentarne il pensiero.

Si può però notare come anche il riferimento ad una Provvidenza collocata su un piano superiore rispetto alla dimensione meramente fattuale ed umana dell'accadere storico costituisca nell'architettura filosofica vichiana un antidoto contro il rischio di assolutizzare la pura fattualità ad unica dimensione operante nella storia (e «creatrice» di quest'ultima). Soprattutto, ciò consente a Vico di operare una distinzione – per quanto problematica nelle sue possibilità puntuali di discernimento – fra quali sviluppi storici rappresentano «civiltà» dell'uomo e quali «imbarbarimento», con la conclusione che non ogni equilibrio sociale e storico è, in quanto tale, corrispondente ad una «giustizia» e ad una più alta «verità»: altrimenti non si spiegherebbe perché la Provvidenza debba operare, ogni tanto, dei «correttivi», anche drastici, intervenendo nella storia umana.

Pertanto un determinato sviluppo storico può essere «fattualmente vero» – diremmo allora «certo» – ma non per questo espressione di una verità sul piano antropologico e metafisico: esso può rappresentare anzi un discostarsi dal vero da parte dell'uomo, con il rischio di produrre una nuova «caduta», che nell'idea vichiana rimane sempre una eventualità, come emblematicamente si può leggere nella già richiamata *conclusione* della *Scienza Nuova*<sup>84</sup>.

*semen veri*, e tale immagine è sicuramente pregnante di valenza metaforica, perché, nel momento stesso in cui evoca la potenzialità e la progettualità che il seme ha in sé, richiama anche la necessità che tale seme incontri le condizioni necessarie per potersi sviluppare, e che possa ricevere una «cura» sufficiente a consentirne la conservazione e lo sviluppo. In questo senso la filosofia vichiana – negli aspetti gnoseologici ma anche etico-giuridici – mostra un forte radicamento nella riflessione antropologica. Una simile visione, a nostro parere, appare in sintonia con quanto scrive – pur non riferendosi direttamente a Vico – Stefano Fontana: «la nostra natura umana è un discorso che ci è rivolto, un appello che liberamente possiamo accogliere o rifiutare. In questo senso, essa ci libera dall'arbitrio soggettivistico in quanto ci invita a radicarci nel nostro essere, dall'altro si pone in sintonia con la nostra soggettività e spiritualità perché non ci misura con il metro rigido delle cose. Così intesa, la natura della persona non è una camicia di forza ma una liberazione; dicendomi chi sono, essa mi chiama e così facendo suscita la mia identità e la mia libertà» (Fontana, *Parola e comunità politica*, cit., p. 94).

<sup>84</sup> Giova ricordare quanto affermava Pietro Piovani: «lo stato ferino non è condizione originaria fissata in un dato momento dello sviluppo umano, bensì insidia che sta sotto ogni società storica come incombente frana in cui possa sprofondare se i livelli civili minimi non siano rispettati» (P. Piovani, *La filosofia nuova di Vico*, a cura di F. Tessitore, Morano, Napoli 1990, p. 81). A tali osservazioni chiosa Umberto Galeazzi: «Perché se qualcuno obiettasse che questo stato di decadenza belluina si perde in un passato mitico difficilmente documentabile, si potrebbe sempre rispondere che di esso, purtroppo, abbiamo delle manifestazioni inequivocabili nei fasti della «storia certa», anche più recente, non priva di momenti e di episodi di disumanizzazione» (Galeazzi, *Ermeneutica e storia in Vico*, cit., p. 103). Sulla possibilità della (ri)caduta umana cfr., altresì, Cacciari, *Ricorsi Vichiani*, cit., pp. 270-271.

Vico sembra in effetti ammonire proprio contro la possibilità che alcune manifestazioni storiche – fattualmente verificabili – costituiscano una negazione della verità sull'uomo, e non è difficile scorgere la possibilità che ciò possa operare proprio attraverso un agire tecnico-poietico destinato ad operare una «contraffazione».

Pertanto, se – nei termini sopra previsti – possiamo ammettere un *verum ipsum factum* come criterio gnoseologico vichiano, e come criterio-guida per comprendere l'istanza di un ricongiungimento fra filosofia ed esperienza storica, non possiamo parimenti ritenere, come si è detto, che *factum ipsum verum*, ossia che il fatto, per il solo accadere, sia produttivo di verità, e che questa sia l'unica verità accessibile all'uomo. Che la verità sia «nei fatti», si disveli all'uomo a partire dalla sua esperienza, e che proprio quello sia il terreno di indagine di una scienza umana come quella che la *Scienza Nuova* ambiva ad inaugurare non significa che la verità si esaurisca negli accadimenti o sia addirittura da questi prodotta. *Verum* e *Factum* hanno una area di sovrapposizione parziale, e coincidono totalmente solo nell'atto creativo di Dio, ma, nuovamente, esiste un *Verum* che trascende il *factum* nel senso storico e che si traduce nell'assoluta – per usare termini vichiani – a-seità di Dio: a-seità a-temporale e meta-spaziale.

In sintesi, pur nella consapevolezza della non definitività delle seguenti asserzioni, si formula la seguente ipotesi interpretativa, articolata per punti, affermando che:

1. Il *verum ipsum factum* non rappresenta l'unico criterio aletico che Vico assume;
2. Non vi è proprietà commutativa tra i due termini. Il Vero trascende il fatto<sup>85</sup>;
3. Il *facere* a cui Vico si riferisce non è riducibile al solo fare produttivo bensì afferisce anche (se non soprattutto) all'ambito del *prattein*<sup>86</sup>;
4. Il convertirsi del vero nel fatto è un'operazione di ricostruzione a posteriori nella quale la mente umana scorge un principio meta-storico e meta-situazionale che opera al di là del solo piano degli accadimenti, e pertanto vi sono verità ulteriori e più profonde del semplice piano fattuale-storico<sup>87</sup>;

<sup>85</sup> Cfr. anche Galeazzi, *Ermeneutica e storia in Vico*, cit., pp. 30-31 e 92-93.

<sup>86</sup> Ravviso un'analogia proposta interpretativa anche in Gianfrancesco Zanetti, il quale, confrontando Hobbes con Vico, sembra evidenziare come per il primo il «*facere*» rappresenti una *making* e non un *doing* (e quindi, per converso, deduco che sia l'opposto per Vico, come del resto mi pare di trarre anche da ulteriori considerazioni proposte dall'Autore). Cfr. sul punto, Zanetti, *Vico eversivo*, cit., p. 52.

<sup>87</sup> Come è stato osservato, il rapporto fra verità e fatto – che nell'ambito giuridico si manifesta nella tensione fra *verum* e *certum* – non conduce ad una identità o all'unione dei due concetti: «nel primo caso, infatti, significherebbe sostenere e che Vico era semplicemente interessato a mostrare e a provare la razionalità della storia», interpretazione che «non può non risultare parziale e limitata»; nel secondo caso invece, «significherebbe assumere una posizione filologicamente poco fondata dei testi vichiani, in base alla quale le leggi altro non sarebbero se non il frutto di una unione a-priori della volontà del legislatore (*certum*) e della ragione eterna (*verum*)» (M. M. Marzano Parisoli, *Lo ius naturale gentium in Vico: la fondazione metafisica del diritto universale*, in «Rivista internazionale di Filosofia del Diritto», 2000, pp. 59-87, qui pp. 84-85).

5. Questo accorgersi avviene nel fare dell'uomo e a partire da esso, ma non è esso stesso un fare, bensì un contemplare, un riconoscere;
6. La verità dunque non è prodotta in senso poetico, come un costruito artificiale, ma riconosciuta, e il terreno nel quale essa si disvela all'uomo – pur nella sua strutturale finitudine – è quello dell'esperienza, campo nel quale si colloca la conoscenza umana, ma che non per questo preclude all'uomo di cogliere il profilo del trascendente;
7. In Vico opera anche un criterio aletico di stampo dialettico, individuabile tanto nella confutazioni che propone rispetto alle tesi dei suoi avversari, quanto nella ricerca di un principio comune a prescindere dagli elementi accidentali. Accanto a questo, la gnoseologia vichiana riconosce un ruolo importante anche ad altre dimensioni, come la fantasia e il senso, e la possibilità che l'emozione sia fonte di disvelamento di contenuti successivamente razionalizzabili, a riprova dell'ancoraggio della gnoseologia vichiana all'elemento dell'esperienza;
8. L'intento di immergere Platone nella feccia di Romolo sembra dunque rinviare ad un principio di rinvenimento dell'ideale a partire dallo storico, nella consapevolezza che esso può tradursi in modo mutevole in contesti differenti ma non per ciò è indifferente, da un punto di vista contentutistico, alle sue manifestazioni: non a caso il diritto naturale, come la storia stessa, *corre in tempo* ma si sostanzia entro principi eterni (*neminem laedere; honeste vivere; suum cuique tribuere*), e rispetto ai quali si dà la possibilità (non eticamente indifferente) di realizzare dimenticanze o violazioni.
9. Solo riconoscendo il continuo richiamo ad una Trascendenza, e quindi ad un Vero metafisico riconducibile ad un'idea classico-cristiana di *Logos* si può capire perché la *Scienza Nuova* ambisca a costituire una Teologia Ragionata, perché, nell'atto di riconoscere un Principio sottostante al mero accadere, nel trascendere le pure manifestazioni contingenti della storia, l'uomo attua connessioni che impediscono ai singoli fatti di ridursi a meri oggetti transeunti e finiti, dunque destinati a perire nel nulla. La finitezza storica è immersa in un pensiero umano che è in grado – sia pur parzialmente – di elevarsi al di sopra del contingente in ciò trascendendo la sua stessa finitezza, pur rispettandone i limiti invalicabili (di qui la concezione antropologica di un uomo inteso come *finitum quod tendit ad infinitum*). Da questa capacità di trascendenza e nel contempo dalla percezione di tali limiti emerge la necessità di individuare un Principio trascendente di cui l'uomo è partecipe ma non misura: *mens non est mensura*<sup>88</sup>.

<sup>88</sup> Afferma, icasticamente, Vico, «La mente umana, per sua indiffinita natura, ove si rovesci nell'ignoranza, essa fa sé regola dell'universo intorno a tutto quello che ignora» (G.B. Vico, *La Scienza Nuova*, 1744, cit., p. 181). La pretesa di fare della propria *mens* una *mensura* è, insomma, una forma di autoinganno.

7. Fra ideale e storico: *l'aequitas come principio generatore della positività*

Le riflessioni pocanzi proposte suggeriscono di tornare al tema filosofico-giuridico con ulteriori criteri chiavi di lettura che consentano di trarre dalla speculazione giuridica vichiana alcuni spunti utili per riflettere sul tema della positivizzazione del diritto.

La lettura del *factum* come *praxis* e la tensione dialettica tra *finitum* ed *infinitem*, tra slancio verso il vero e rispetto della propria limitatezza umana – cifra dell'antropologia vichiana – aiutano a chiarire sotto quale luce Vico abbia inteso lo stesso diritto naturale come qualcosa di «eterno» ma che «corre in tempo», e come egli abbia ritenuto di potere, in tale categoria, ricercare un punto di incontro fra fluire storico e principi trans-situazionali, fra effettività fattuale e validità assiologia.

Un tratto caratteristico della *praxis*, ad esempio, è che essa, pur lungi dal legittimare come *verum* ogni singolo *factum*, non si realizza entro modalità attuative «preconfezionate», né si può esaurire entro un codice normativo. Gli istituti con i quali l'umanità «attua» suoi tratti strutturali possono variare a seconda dei contesti, ma essi costituiscono un vero *pratein*, e non un artificio destinato a fare scontrare il *factum* con il *verum*, solo qualora risultino non in contrasto con il principio di cui essi sono un tentativo di estrinsecazione. Pertanto non esiste «un» modo definitivo per attuare la socialità umana, sebbene esistano comportamenti che ne costituiscono una violazione: in ogni caso, le forme di volta in volta storicamente individuate dall'uomo per manifestare, tutelare e incentivare tale dimensione antropologica si spiegano e giustificano in ragione della loro effettiva capacità di proteggere e promuovere quest'ultima. In questo modo si spiega anche come mai Vico ritenga che lo Stato non costituisca né la prima né l'unica forma possibile di attuazione sociale e giuridica della naturale socievolezza umana, e che ne rigetti l'idea di un'origine artificiale. In quest'ottica si può comprendere anche come per Vico la prima *societas* si manifesti partire dalla famiglia e si sviluppi in un reticolo delle relazioni intersoggettive e comunitarie mutevole nelle forme ma permanente nel manifestare l'attitudine e l'aspirazione umana ad una socievolezza organizzata, ma nel contempo libera e pacifica.

Certamente il «realismo» vichiano mostrerà come a tale spinta verso relazioni orientate a reciprocità e dialogo si oppongano tensioni verso forme di sopraffazione attuate da singoli o da gruppi, ma questa «dialettica» costituisce un cammino per l'Adamo caduto, nel quale l'umanità di ogni tempo è chiamata ad una attività responsabile, non immune – come si è detto – dal pericolo di cadute e ricadute, nei corsi e ricorsi della storia.

Il quadro sopra delineato risulta del resto coerente con l'antropologia vichiana, incentrata su una idea di finitudine strutturale che caratterizza l'uomo. Finitudine

Si comprende, dunque, come osserva Gebhardt, che Vico «contro una metafisica del *cogito* pone il suo rinnovamento – metodicamente fondato – della metafisica dell'uomo come *partecips rationis*» (J. Gebhardt, *Sensus communis: Vico e la tradizione europea antica*, cit., p. 51).



che, in quanto comune ad ogni uomo, pone l'altro non come «alieno» ma come «reciproco»<sup>89</sup>. Non a caso il risveglio dell'umanità assopita, ridestata dal fulmine nella già citata immagine narrata nella *Scienza Nuova* produce subito un effetto orientato al riconoscimento sia del limite umano che della reciprocità intersoggettiva in cui l'umano è immerso per struttura antropologica. Il *pudor* nei confronti del divino porta gli uomini ad abbandonare unioni incerte e dettate da pura istintualità, dando stabilità ai propri legami e certezza alla prole. L'embrione del matrimonio e delle relazioni familiari qui istituito mostra già un «salto di qualità» nel *prattein* destinato ad attuare, in forme sociali, ma anche giuridiche, una dimensione per Vico essenziale all'interno della natura umana sociale: è nella struttura familiare, infatti, che l'uomo inizia a sperimentare una riflessione sul bene comune, un'esigenza di tutela dei singoli e del gruppo e di conguaglio delle utilità, in un quadro nel quale le individualità non si dissolvono nella comunità ma in essa trovano protezione e specificazione<sup>90</sup>.

Tuttavia, proprio la finitudine umana fa sì che non risulti mai legittimo – sia per un singolo che per un'istituzione o un popolo – auto-assolutizzare la propria posizione o il proprio ordine (ciò che Vico probabilmente farebbe rientrare nelle categorie di «boria dei dotti» o di «boria delle nazioni»). Ne emerge una visione nella quale – diremmo in altri termini – un ordine, per mantenere la propria validità, deve prevedere la possibilità del proprio superamento: se eterni possono essere certi principi, il «correre in tempo» mostra la impossibilità di ritenere definitivamente incarnati in una determinata forma storica tali principi<sup>91</sup>.

Ne emerge una condizione di diritto non scettica – giacché non indifferente ai contenuti – ma nel contempo distante dalla pretesa di cristallizzarsi, dogmaticamente, in un insieme di precetti stabili. Gli stessi tre principi del diritto naturale – *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* – pur cogenti e inviolabili, non si attuano fissandoli entro norme o assetti di condotta standardizzabili, ma richiedono piuttosto una continua individuazione delle condizioni e dei contenuti che, contestualmente, rispettino tali principi e vengano anzi a promuoverli: ciò richiede che,

<sup>89</sup> Secondo Folchieri, questo costituisce un aspetto fondante del diritto nella prospettiva vichiana: «il rispetto dell'altro come realtà pari a sé, dando all'altro pari utilità a quella che si pretende per sé, dando a ciascuno l'utilità necessaria alla sua vita e dovuta alla sua potenzialità. Il che significa riconoscere i propri termini, porsi come limitato ed assoggettarsi al rapporto stabile e sostanziale che la ragione riconosce tra noi e le cose, tra noi e gli altri esseri» (G. Folchieri, *Bene comune e legislazione nella dottrina di Vico*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1925, pp. 494-516).

<sup>90</sup> «Questo superamento della solitudine egoistica si ha in primo luogo nel matrimonio, caratterizzato, tra l'altro, dall'elemento della «certezza», su cui insiste il Vico. Questo elemento è peculiare del rifiorire dei rapporti umani, in quanto rapporti duraturi, ordinati, sicuri, tutelati anche normativamente. L'ordine morale e l'ordine giuridico (e quest'ultimo in quanto subordinato a quello morale) garantiscono che i rapporti siano umani perché solo in essi si ha un rispetto non semplicemente casuale della persona, della sua dignità e dei suoi diritti» (Galeazzi, *Ermeneutica e storia in Vico*, cit., p. 129). Cfr., anche, sul medesimo punto, le considerazioni analogamente proposte da Gianfrancesco Zanetti in Zanetti, *Vico eversivo*, cit., pp. 87-93.

<sup>91</sup> Cfr. nuovamente, sul punto, Cavalla, *Sul fondamento delle norme etiche*, cit., *passim*.

nella loro attuazione concreta, l'interprete del diritto si ponga nella condizione di domandarsi come possano essere tali principi meglio rispettati ed attuati nella norma puntuale, argomentando in tal senso<sup>92</sup>.

Coerentemente, la visione filosofico-giuridica vichiana riabilita il ruolo dell'eloquenza non tanto come strumento esornativo bensì come modalità di riflessione e di argomentazione necessaria alla stessa applicazione del diritto al caso concreto, ed evidenza – sin dalle riflessioni giovanili contenute nel *De Nostri Temporis Studiorum Ratione* (1710) – l'importanza di non dimenticare valori come *prudentia*, *sapientia* ed *aequitas* alla base dell'agire del giurista teorico e pratico<sup>93</sup>. Valori che non possono ritenersi «tradotti» entro protocolli, procedure, *standards*, ma che richiedono un costante e problematico sforzo di domanda ed argomentazione, a partire dal caso concreto, ma senza rimanere confinati in esso<sup>94</sup>.

La dimensione ideale, incarnata appunto dal diritto naturale, richiede dunque di potersi calare nella storia, ma tale «discesa» non si realizza con modalità precostituite, e non prescinde dalla responsabilità delle persone chiamate ad attuare scelte rilevanti nel contesto specifico in cui la norma viene a concretizzarsi. La stessa *Konkretisierung* della norma, dunque, è collocata entro una visione relazionale e di ragionevolezza argomentativa che non pare confinabile in una visione puramente tecnica del diritto.

Accanto ad un movimento «discensionale» verso il caso concreto non si deve dimenticare quello «ascensionale», ossia quello della «sintesi» fra certo e vero, filologia e filosofia, con cui Vico invita il giurista di ogni tempo a riferire le manifestazioni storiche del diritto a principi che elevino quest'ultimo al di sopra del piano della mera *auctoritas*, della mera certezza ed effettività.

<sup>92</sup> Come è stato rimarcato, «da quanto afferma il Vico risulta evidente che fra il *verum* e il *certum*, cioè tra i valori giuridici e la norma imperativa, posta dalla volontà dell'autorità, anziché esserci una intellettualistica frattura incolmabile, un astratto dualismo insuperabile, cioè una separazione, c'è in vece antinomia, ossia una profonda unità ed una reale distinzione ed opposizione. C'è, insomma, un rapporto di correlazione e di interdipendenza, in una parola un rapporto dialettico, è il rapporto, appunto, tra la ragione, fonte della giustizia, e la volontà, fonte dell'autorità, del potere, e quindi della certezza giuridica» (Pasini, *Società e stato in Vico*, cit., pp. 56-57).

<sup>93</sup> Del resto, come osserva Mootz, secondo Vico «il metodo critico mina la capacità di coltivare il senso comune che sottende sia l'eloquenza che il giudizio pratico, e così facendo restringe la conoscenza ad un arido ed astratto intellettualismo» (Mootz, *Vico and Imagination*, cit., p. 13, traduzione mia). Per questo, soprattutto nell'ambito delle scienze umane, egli riabilitava il ruolo della dialettica e della retorica, e nel contesto del sapere e della prassi giuridica, egli rivalutava antiche virtù, tipiche dei giureconsulti romani, come appunto, *sapientia*, *prudentia* ed *aequitas*. Cfr. D. P. Verene, *Vichian Moral Philosophy: Prudence as Jurisprudence*, in «Chicago-Kent Law Review» 83/2008, pp. 1107-1130; G. Giarrizzo, *Aequitas e Prudentia: storia di un topos vichiano*, in *Bollettino del Centro di Studi Vichiani*, VII, 1977, pp. 5-30.

<sup>94</sup> Del resto, l'insofferenza di Vico nei confronti di una prospettiva giuridica incentrata sul mero studio di decisioni e massime, e noncurante dei principi ad essi sottostante, emerge già in tenera età, come il Nostro ricorda già nell'Autobiografia, quando rammenta i propri studi presso il giurista Verde, trattenuto «in lezioni tutte ripiene di casi della pratica più minuto dell'uno e dell'altro foro, de' quali il giovinetto non vedeva i principii» (G.B. Vico, *Vita di Giambattista Vico*, cit., p. 8).

Non è parimenti casuale che – nella tensione fra le polarità ideali e storiche del diritto – Vico riservi un ruolo centrale proprio all'*aequitas*, che a nostro avviso rappresenta il vero punto di sintesi fra la polarità dell'ideale e dello storico, del trans-situazionale e del concreto<sup>95</sup>. Anzi, a ben vedere, è proprio l'*aequitas* a fornire un punto di equilibrio fra gli opposti rischi del massimamente astratto (pericolo che Vico vede già nel diritto naturale «dei filosofi») e del massimamente arbitrario (quale è, a ben vedere, un diritto che tragga la propria validità dalla sola effettività), e fra le opposte tendenze della serialità (la norma 'disincarnata' dal caso concreto) e della aleatorietà (la norma priva di comparabilità con casi analoghi)<sup>96</sup>.

La necessità del *regolo lesbio* – richiamato da Vico – di adattare le norme puntuali alla dura pietra del caso concreto, senza pretendere di infrangerlo spezzandolo con rigida squadra, allontana il giurista vichiano dal sogno illuministico di un giudice *bouche de la lois*, ed anzi sembra – pur nel solco della grande lezione della giurisprudenza romana – anticipare con grande attualità gli sviluppi della contemporanea teoria giuridica, così attenti alla dimensione «vivente» del diritto e alla sua flessibile attuazione giurisprudenziale<sup>97</sup>. In questo senso l'*aequitas* vichiana sembra avvicinare la visione dell'autore ad una prospettiva processuale del diritto, giacché essa necessita della concretezza della controversia e del suo svolgimento contestualizzato e dialogico per potersi 'calare' nell'esperienza del caso concreto<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> Cfr., sul ruolo dell'*aequitas* nel pensiero giuridico vichiano, Giarrizzo, *Aequitas e Prudentia: storia di un topos vichiano*, cit., passim; Bellofiore, *La dottrina del diritto naturale in G.B. Vico*, cit., passim; T Hart, *La metodologia giuridica vichiana*, cit., passim; Giuliani, *La filosofia del processo in Vico*, cit., passim.

<sup>96</sup> Contro il pericolo del massimamente astratto appare significativo quanto osserva Vico nel *De Ratione*, rilevando che «I dotti avventati, che dai veri universali scendono direttamente ai veri particolari, restano impigliati nelle contingenze della vita» (G.B. Vico, *De nostri temporis studiorum ratione* (1709), ora in G.B. Vico, *Opere*, Mondadori, Milano 2005, p. 133). Nella medesima opera, si trova anche un riferimento all'opposto pericolo dell'aleatorietà, giacché Vico riconosce che l'umano arbitrio è «per sua natura incertissimo», e ribadisce, provocatoriamente, come nell'ambito dell'agire umano non si possano misurare i fatti secondo la retta ragione, «mentre gli uomini, per essere in gran parte stolti, non si regolano secondo decisioni razionali, ma anche secondo il capriccio ed il caso» (G.B. Vico, *De nostri temporis studiorum ratione*, cit., p. 133).

<sup>97</sup> I fatti umani – ricorda Vico – «occorre considerarli [...] con quella misura flessibile di Lesbo che, lungi dal voler conformare i corpi a sé, si snodava in tutti i sensi per adattare se stessa alle diverse forme dei corpi» (G.B. Vico, *De nostri temporis studiorum ratione*, cit., p. 131).

<sup>98</sup> Alessandro Giuliani nota che Vico si oppone all'idea di processo prevalente presso i suoi contemporanei, figlia «di una ragione calcolante che – in opposizione a quella dialettica – potremmo definire burocratica» (Giuliani, *La filosofia del processo in Vico*, cit., p. 247). Anzi, a detta dell'autore, Vico preferisce un modello di processo strutturato intorno al contraddittorio, quale estrinsecazione della logica dialettica, rigettando un'idea di applicazione sillogistica della norma nel giudizio. Cfr., sulla prospettiva processuale del diritto, E. Opocher, *Il diritto nell'esperienza pratica: la processualità del diritto*, in E. Opocher, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Cedam, Padova 1983, pp. 285-ss., e le elaborazioni successivamente sviluppate, nel contesto dell'Università di Padova, dagli allievi di Opocher, per cui cfr., ad esempio: F. Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, CEDAM, Padova 1991; G. Zaccaria, *Omaggio ad un Maestro. Ricordo di Enrico Opocher*, CEDAM, Padova 2006.

Nel contempo, tuttavia, proprio per l'impossibilità di costituire un automatismo, l'*aequitas* chiede all'interprete del diritto, in ogni momento in cui è chiamato a svolgere la propria attività, di interrogarsi su cosa effettivamente risulti «equo», e a rendere argomentabile la sua risposta, in omaggio ad una visione relazionale che, mal sopportando solipsismi, sembra invitare anche il giurista a non rifugiarsi nella *turris eburnea* dell'autorità, o della sua competenza specialistica. Ne consegue che se da un lato Vico rifugge da un diritto inteso come insieme di norme astratte, dall'altro lato egli non cade nell'opposta conclusione di collocare nella decisione puntuale *tout court* – come quella giudiziale – il compito di «creare» un contenuto giuridico.

Leggendo Vico ci pare dunque di scorgere l'invito, per l'uomo di ogni tempo, di rendersi ascoltatore ed interprete della «*vis-veri*» che lo esorta a ricercare la giustizia nelle proprie azioni e decisioni. Non a caso l'Autore colloca quest'ultima entro una virtù (la *virtus etica*), a rimarcare che la giustizia non si esaurisce entro una visione precettistica, ma richiede un continuo interrogarsi su come essa possa essere estrinsecata nell'agire pratico, anzitutto come attitudine e *modus operandi*.

#### 8. *Auctoritas cum veritate pugnare non potest. Positivizzazione del diritto e responsabilità del giurista.*

Dalle riflessioni sinora svolte, dapprima in raffronto con la complessa questione interpretativa del criterio del *verum-factum*, poi con la visione giuridica vichiana, emerge – dal lascito del pensiero di questo originale autore – un'idea di diritto non indifferente ai contenuti ma nel contempo non «fissabile» entro forme definitive e che possano essere ritenute esaustive.

Può forse sembrare che il difficile equilibrio fra tensioni opposte, sopra ribadito, evochi una visione paradossale, quasi un gioco fra irrisolte esigenze di idealità e di concretezza. In parte un «irrisolto», in effetti, ci pare di scorgerlo, proprio nella strutturale non definitività che, nella visione vichiana, assume il diritto storico, che appunto non può «risolvere» i principi a cui deve potersi ispirare. Ma questa apparente sconfitta della forma storica, questa difettività, risulta proprio, a nostro avviso, essere anche la forza della prospettiva giuridica vichiana: non solo per la flessibilità che essa strutturalmente assegna al diritto, ma anche per la problematicità che gli riconosce, dal momento che reca al suo interprete – in ogni momento dell'esperienza giuridica – una domanda su cosa sia giusto, nel contesto del caso concreto, su cosa richiedano al giurista *prudentia*, *sapientia* ed *aequitas*, ricordando che non esiste una cifra preconstituita che ne serializzi la realizzazione.

Ciò può forse spaventare il giurista pratico, sottraendolo al rassicurante dominio della tecnica, e al cercare rifugio nella norma, o nel protocollo, o nell'apparente «ava-

lutatività» di una presa d'atto di ciò che si è manifestato come «*factum*», che il giurista potrebbe solo descrivere<sup>99</sup>.

Vico invita, anzi, a riscoprire la dimensione della scelta etica e della responsabilità. È qui, nel contesto specifico, che la positivizzazione si rivela non un mero fatto né la corrispondenza ad un automatismo o ad una qualche procedura, bensì un «processo» in sé complesso e problematico, e nel quale le scelte operate debbono poter fornire le «migliori ragioni» a proprio suffragio.

È vero: Vico non dice cosa impedisca ad una *lex* di divenire un *monstrum*, ma dice che prescindere dalla *veritas*, o violarla, comporta il rischio di creare delle *monstruose legalità*.

Certamente si può obiettare che però non si sia ancora definito che cosa si intenda, esattamente, per verità, e che anzi le riflessioni sinora proposte abbiano mostrato una certa «polimorfia» della nozione vichiana di *veritas*, sfruttandone da un lato la forza evocativa ma rifugiandosi nella sua vaghezza.

A noi pare, tuttavia, che l'evocazione vichiana costituisca una ricchezza anche nel contorno di vago che la accompagna, e non un impoverimento per la riflessione; un'apertura di scenario, non un mero espediente retorico. Collocandosi nel solco della tradizione socratica, la riflessione giuridica vichiana sembra infatti alludere ad una inesauribile ed ineludibile attività di ricerca – in un contesto dialogico – del vero e del bene<sup>100</sup>. Si tratta di una prospettiva problematica ma non proiettata verso lo «scacco» bensì verso uno slancio a cui Vico sembra invitare anche il giurista contemporaneo: a quest'ultimo, infatti, il filosofo partenopeo sembra ricordare che la non definitività e la contestualità delle norme puntuali non comportano necessariamente uno scivolamento nell'arbitrarietà, bensì richiedono una rafforzata assunzione di responsabilità delle proprie scelte, dalle quali non si può disgiungere l'invito ad una solida attività argomentativa a giustificazione di queste ultime.

Se si volesse insistere ulteriormente sulla vaghezza della nozione di verità più volte richiamata da Vico, e della quale si è sinora evidenziata la complessità, si potrebbe ora chiedere: «*quid est veritas?*» Si può probabilmente concedere che la domanda in sé risulti problematica e che non consenta risposte esaustive ma nel contempo si può anche rilevare che una simile domanda, se radicalmente elusa o risposta in modo superficiale o preconetto, può produrre conseguenze particolarmente gravi, in un

<sup>99</sup> «È proprio degli scrivani stare attaccati alla lettera delle leggi, è proprio del giurista, invece, coglierne il significato profondo» (G. B. Vico, *Institutiones Oratoriae*, Istituto Suor Orsola Benincasa, Napoli 1989, p. 128).

<sup>100</sup> La mente umana «è sempre in tensione, sempre in cammino, alla ricerca di quegli elementi delle cose il cui totale possesso è, per definizione, negato. Essa è filosofia nel senso del termine inaugurato da Platone nell'Apologia di Socrate, in cui alla figura del dio, nel quale risplende la piena luce della sapienza, è contrapposto il filosofo, il veramente pio, colui che riconoscendo la sapienza come possesso unicamente del dio, va per strada confessando la propria ignoranza alla ricerca della saggezza umana, che è filosofia, amore e tendenza continua alla sapienza» (Murari, *Introduzione*, cit., p. 31).

singolo processo, o anche nella storia, come insegna la domanda posta da Ponzio Pilato in una nota vicenda processuale<sup>101</sup>.

Vico dunque ricorda al giurista che, anche qualora a tale domanda non si possa rispondere esaustivamente – forse perché è impossibile, o probabilmente proprio per questo – evitare di porsi, per lo meno per lo stretto ambito di applicazione del caso concreto, può davvero comportare il rischio che da una decisione o, comunque, da un atto interpretativo, non promanino leggi, ma – per richiamare ancora una volta la pregnante espressione vichiana – *monstra legum*<sup>102</sup>.

A questo punto tentare di ribattere dicendo «*quod scripsi scripsi*» può risultare una risposta insufficiente, quando non anche la certificazione di un'ingiustizia.

<sup>101</sup> «Cos'è la verità? Non soltanto Pilato ha accantonato questa domanda come irrisolvibile e, per il suo compito, impraticabile. Anche oggi, nella disputa politica, come nella discussione circa la formazione del diritto, per lo più si prova fastidio per essa. Ma senza la verità l'uomo non coglie il senso della sua vita, lascia, in fin dei conti, il campo ai più forti» (Benedetto XVI, *Gesù di Nazaret. Seconda parte. Dall'ingresso in Gerusalemme fino alla Risurrezione*, Bur, Milano 2012, p. 215).

<sup>102</sup> «La pace si fonda sulla giustizia. La forza di Roma era il suo sistema giuridico, l'ordine giuridico, sul quale gli uomini potevano contare. Pilato [...] conosceva la verità di cui si trattava in questo caso» – per lo meno circa l'innocenza dell'accusato che veniva presentato dinnanzi a lui – «e sapeva quindi che cosa la giustizia richiedeva da lui. Ma alla fine vinse in lui l'interpretazione pragmatica del diritto: più importante della verità del caso è la forza pacificante del diritto, questo fu forse il suo pensiero, e così si giustificò davanti a se stesso» (Benedetto XVI, *Gesù di Nazaret*, cit. p. 222).



Obiter posita. *A margine di un caso esemplare di giurisprudenza normativa.*

CLAUDIO SARRA

*Sommario:* 1. Introduzione. 2. Tre parole di un giudice e 36.500 giudizi rischiano di andare al macero: ancora su Corte di Cassazione SS.UU. 9 settembre 2010, n. 19246. 3. (segue) Le reazioni di merito alla pretesa normativa generale ed astratta della Corte di Cassazione. 4. (segue) La prospettiva processuale del diritto si fa “vivente”. 5. Giudici sovrani e sudditi legislatori. 6. Conclusioni.

### 1. Introduzione

In un passo contenuto nel c.d. Codice H conservato all'*Institut de France* a Parigi, Leonardo scrive, a proposito dell'ermellino, che esso, quasi orgoglioso della propria bianca pelliccia<sup>1</sup>,

«prima si lascia pigliare a' cacciatori che volere fuggire nella infangata tana. Per non maculare la sua gentilezza [...] L'ermellino prima vol morire che 'mbrattarsi»<sup>2</sup>.

Il passo allude ad un comportamento dell'animale sfruttato dai suoi cacciatori, che per acciuffarlo senza rovinare il suo prezioso manto, erano soliti tracciare con del fango o del letame una sorta di circolo al di fuori della sua tana, aperto da un lato e chiuso non appena l'ermellino, uscito dal suo rifugio, si fosse trovato dentro. Sembra infatti, che a quel punto esso – che di per sé non si direbbe per nulla un animale docile – piuttosto che oltrepassare l'ostacolo, si lasciasse prendere, e pare che questo fenomeno abbia colpito a tal punto l'immaginazione da nobilitare l'animale ancor di più di quanto una tradizione, già lunga ai tempi di Leonardo, non avesse fatto.

La sua immagine insieme al motto *malo mori quam foedari* divennero così assai presenti in araldica negli stemmi di diverse famiglie nobili, e utilizzati in particolare

<sup>1</sup> La pelliccia dell'ermellino è bianca in inverno mentre assume colorazione marrone in estate. Anche questo fenomeno è divenuto fonte di interessanti simbolismi.

<sup>2</sup> L. Da Vinci, *Scritti letterari*, Bur, Milano 1997, p. 102.



dal c.d. “Ordine dell’Ermellino” di cui era membro quel Ludovico il Moro, per diverso tempo mecenate di Leonardo stesso<sup>3</sup>.

L’ermellino è, dunque, un simbolo, importante e risalente, di purezza, prima di tutto, e in un senso eminentemente morale. Esso è il bianco simbolo di una virtù piena, pura, che non si piega a compromessi a nessun costo, eretta orgogliosamente a stemma e, quindi, ostentata nell’immagine pubblica di sé. Nel motto araldico, essa esprime una dimensione deontologica assoluta tale per cui la stessa vita attuale è degna di persistere se ed in quanto è in grado di mantenersi su tale altezza etica. In questo universo, il dover essere non solo esiste, ma anche prevale decisamente sull’essere.

Ma la storia dell’elevazione a simbolo del bianco manto di questo infelice animale, è essa stessa ricca di evocazioni, se è vero che fu proprio Carlo Magno, costruttore di quel modello giuridico e politico universale grazie al quale l’Occidente – dopo il tracollo dell’Impero Romano d’Occidente – ha inteso continuare a pensarsi come *unum*, ad aver introdotto l’uso di foderare o bordare mantelli di ermellino come segno di distinzione dell’aristocrazia. Con lui, l’almuzia (o mozzetta, abito che copre la testa e le spalle)<sup>4</sup>, sulla quale veniva posta la corona si foderò per la prima volta,

<sup>3</sup> A Leonardo è attribuito un enigmatico quadro intitolato, appunto, *Dama con ermellino*, che, secondo la critica tradizionale, sarebbe stato commissionato proprio da Ludovico il Moro Sforza. Il dipinto ritrae una donna che, secondo questa stessa interpretazione, sarebbe da identificarsi con Cecilia Gallarate, amante di Ludovico, che tiene in braccio, appunto, un ermellino, richiamando così l’onorificenza di Cavaliere dell’Ordine dell’Ermellino ricevuta da Ludovico nel 1488. Alcuni elementi del quadro, tuttavia, sembrano suggerire a qualcuno un’altra interpretazione: sotto l’omaggio a Cecilia, si troverebbe in realtà il ricordo dell’uccisione di Galeazzo Sforza per mano di Giovanni Andrea da Lampugnano. Nello stemma araldico della famiglia di quest’ultimo, infatti, si trova, di nuovo, l’ermellino. Ora, la dama porta al collo una collana di perle nere, simbolo di lutto, e volge lo sguardo nella medesima direzione di quello dell’animale, verso cui punta anche la mano che apparentemente sembra carezzarlo. Le dimensioni della mano sono, in effetti, un po’ sproporzionate, tant’è che hanno fatto perfino dubitare della attribuibilità del dipinto al genio di Leonardo, oppure, hanno suggerito ad altri, appunto, che sia stata con ciò aggiunta enfasi all’indicare un punto, di una scena fuori dal dipinto: scena di lutto, di morte, e di martirio come suggerito anche dalle cuciture dell’abito sulla spalla destra che sembrano richiamare la croce di s. Andrea.

<sup>4</sup> Nel dire che la fondazione del Sacro Romano Impero sia stato evento decisivo nella costruzione politica dell’Occidente si dice un’ovvia banalità. Ma la vicenda della divisione dell’Impero dopo la morte di Carlo con il Trattato di Verdun (843) ha molto da insegnare sulla storia giuridica dell’Occidente e, direi di più, sulla storia del metodo giuridico. Infatti, la divisione dell’Impero, che pose fine alla lotta tra i fratelli Lotario I, Ludovico II e Carlo il Calvo, determinò una vera e propria crisi di legittimazione del potere con l’attribuzione puramente nominale del titolo imperiale a Lotario I, costretto a trattare in condizioni di parità con i fratelli. Non è un caso quindi che in questo contesto si rese urgente una rifondazione delle categorie del potere che garantisse quell’*ordinatio ad unum* di principio inseparabile dall’idea imperiale. E non è quindi un caso che in questo contesto si compì quella delicatissima operazione culturale ma anche immediatamente di valore politico e giuridico della traduzione in latino del *Corpus Dionysianum* con cui entrerà nella cultura occidentale il termine stesso (oltre che un ben determinato concetto) di *gerarchia*, destinato, almeno fino a Kelsen incluso, a rappresentare il principio ordinatore per eccellenza. Su tutto ciò cfr. C. Sarra, *Diritto e Ordine. Riflessioni sul sistema delle fonti e sulla sua crisi*, CLEUP, Padova 2012, pp. 117-ss.

appunto, d'ermellino, facendo del bianco vello tutt'uno con il più antico simbolo di consacrazione regale<sup>5</sup>.

Ora, le simbolizzazioni contano, non foss'altro per il fatto che sono un linguaggio, un modo per trasformare alquanto in un significante; e più il simbolo, ancora correntemente impiegato, è antico, più le sue possibilità evocative e di rimando ad altro aumentano, valgono e si solidificano.

Nella cultura attuale, la pelliccia d'ermellino, con tutto il suo portato evocativo, tuttora connota l'abito cerimoniale di varie figure pubbliche ed istituzionali, ma, significativamente, soltanto con riferimento ad una categoria di esse questo fatto è noto largamente financo al *quavis e populo*, e viene utilizzato in senso figurato per indicare gli stessi suoi membri. Gli "ermellini" sono, financo nell'uso comune e massmediatico della contemporaneità, i magistrati della Corte di Cassazione, e a riflettere bene sulla simbologia, fa una certa impressione vedere oggi, milleduecento anni dopo quel Natale dell'anno 800, come i simboli della regalità (addirittura imperiale), e della assoluta purezza morale tornino congiunti ad esprimere visivamente l'identità di soggetti istituzionali le cui azioni, sempre più spesso, sembrano assumere l'aspetto di autentiche determinazioni di un potere "sovrano", per lo meno se si pensa, come un tempo, che il tratto eminente della sovranità sia il *condere legum*<sup>6</sup>.

Il fenomeno della giurisprudenza normativa è oggi più che mai all'attenzione di giuristi e pratici del diritto<sup>7</sup>, e, come altrove rilevato<sup>8</sup>, sembra aver raggiunto una "massa critica" tale da determinare il legittimo ripensamento di molte categorie della tradizione giuridica, prima fra tutte quella di "positività".

Nei sempre più frequenti casi di decisioni patentemente creative ed innovative, emerge una dinamica e un modo di concepire l'attività posta in essere che, dovremo concludere, non è possibile identificare semplicemente come "decisoria", perché tale non è, né, soprattutto, intende esserlo. Senza pretendere di fissare in una definizione complessiva il giudizio su questo *trend* giurisprudenziale, possiamo però inquadrarlo genericamente parlando di una sempre più consaputa e, diremmo, ricercata attività regolativa di tipo generale ed astratto, e ciò anche a prescindere, in certi casi totalmente e volutamente, dalla necessità decisorie del caso in discussione.

A questo proposito, in questo lavoro discuteremo in particolare della notissima vicenda giudiziaria innescata dalla sentenza delle SS.UU. num. 19246 del 9 settembre 2010, che molto ha fatto discutere, ma non tanto per proporre un'ennesima ana-

<sup>5</sup> Così è ricordato nel *Dizionario delle Origini*, edito a Milano da Bonfanti nel 1833, p. 1096.

<sup>6</sup> Const. 1,14: «Definimus autem omnem imperatoris legum interpretationem sive in precibus sive in iudiciis sive alio quocumque modo factam ratam et indubitam haberi. Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum digno imperio esse oportet».

<sup>7</sup> Di «giurisprudenza normativa», annoverandola esplicitamente tra le fonti del diritto, parla Cass. 11 maggio 2009, num. 10741. Si vedrà *infra* come questo concetto sia applicato in alcuni Tribunali che muovono dal presupposto di una equiparazione esplicita tra *overruling* e *ius superveniens*.

<sup>8</sup> Cfr. P. Moro, C. Sarra, *Introduzione*, in P. Moro, C. Sarra (a cura di), *Positività e giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 7-14.

lisi critico-dogmatica della pronuncia, ch  molte volte   stato fatto, ed egregiamen-  
te<sup>9</sup>. Vorremmo mostrare, invece, come la particolarit  della vicenda abbia rivelato  
chiaramente nella prassi l'esistenza di profondissime divergenze di vedute sul valore  
da attribuire alle pretese appunto di «giurisprudenza normativa» delle corti supreme.  
Riteniamo, infatti, assai istruttivo notare che, nonostante (e per fortuna) ci sia stato  
un quasi unanime riconoscimento della necessit  di trovare «antidoti» alle negative  
ricadute pratiche sui processi in corso della pronuncia in esame<sup>10</sup>, ci  nondimeno tali  
rimedi si siano posti molto spesso come una conferma della legittimit  di questo tipo  
di pronunce, conducendo a rafforzare, anzich  scoraggiare, per il futuro l'espandersi  
di un preoccupante «normoprotagonismo» della giurisprudenza superiore<sup>11</sup>.

Con qualche luminosa eccezione.

## 2. Tre parole di un giudice e 36.500 giudizi rischiano di andare al macero: ancora su Corte di Cassazione SS.UU. 9 settembre 2010, n. 19246

Per la precisione, i giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo pendenti al 31  
dicembre 2010 erano 36.514<sup>12</sup>, ed   presumibilmente sulla stragrande maggioran-  
za dei quali – tutti quelli radicati e non conclusi prima della pubblicazione della  
sentenza – che si   abbattuta come fulmine a ciel sereno la pronuncia delle Sezioni  
Unite indicata nel titolo. Quest'ultima, ed   cosa nota,   intervenuta con alcune  
affermazioni con le quali ha criticato un'interpretazione tradizionale ampiamente

<sup>9</sup> Per avere una panoramica delle discussioni dottrinali, in generale piuttosto critiche nei confronti  
di questa infelice uscita delle Sezioni Unite, si vedano almeno: P. Comoglio, *La "puntualizzazione"  
delle Sezioni Unite sui termini di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo: nomofilachia o  
normoprotagonismo*, in «Nuova Giurisprudenza Civile», 3, 2011, pp. 257-263; F. Cordopatri, *Il  
dimezzamento dei termini di costituzione di cui all'art. 645, comma 2, c.p.c., effetto automatico della  
proposizione dell'opposizione?*, in «Giustizia Civile», 9, 2011, pp. 2101-2106; L. D'Angelo, *Opposizione  
a decreto ingiuntivo tra overruling e applicazione sistematica dell'improcedibilit *, in «Giustizia Civile»,  
2, 2011, pp. 399-402; M. Negri, *Il «giro di vite» delle Sezioni Unite sui termini di comparizione e  
costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo: onere di costituzione quasi istantanea per il  
debitore opponente*, in «Responsabilit  civile e Previdenza», 12, 2010, pp. 2491-2504; P. Pirruccio,  
*Overruling: dalle Sezioni Unite n. 19246 del 2010 alla L. 218 del 2011. Quale lezione per il futuro?*,  
in «Giurisprudenza di merito», 2, 2012, pp. 304-323; F. Tedioli, *Opposizione a decreto ingiuntivo e  
costituzione: antidoti alla retroattivit  del dictum delle Sezioni Unite*, in «Obbligazioni e contratti», 1,  
2011, pp. 51-57; A. Tedoldi, *La modifica dell'art. 645, secondo comma, c.p.c.: i termini dell'opposizione  
a decreto ingiuntivo non si dimezzano pi *, in «Rivista di Diritto Processuale», 2, 2012, pp. 375-385; A.  
Tedoldi, *Un discutibile obiter dictum delle Sezioni Unite: nell'opposizione a decreto ingiuntivo il termine  
di costituzione   sempre dimezzato, a pena di improcedibilit *, in «Il Corriere giuridico», 11, 2010, pp.  
1447-1465; G. Travaglino, *Termini di comparizione e di costituzione nel giudizio di opposizione a decreto  
ingiuntivo*, in «Il Corriere di Merito», 12, 2010, pp. 1190-1196.

<sup>10</sup> Cfr. Tedioli, *Opposizione a decreto ingiuntivo e costituzione: antidoti alla retroattivit  del dictum delle  
Sezioni Unite*, cit.

<sup>11</sup> Di «normoprotagonismo» parla Comoglio, *La "puntualizzazione" delle Sezioni Unite sui termini di  
costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo: nomofilachia o normoprotagonismo*, cit.

<sup>12</sup> Il dato   tratto dalle statistiche del Ministero della Giustizia, accessibile online.

radicata di alcune norme processuali in materia, sostenendo invece, inopinatamente, doversene accogliere un'altra assai diversa. La cosa detta così sembrerebbe "normale amministrazione" giudiziaria del diritto, se non fosse per le seguenti caratteristiche di questa pronuncia.

Innanzitutto, quella "interpretazione tradizionale" era in realtà un orientamento sostanzialmente unanime (a parte un solo precedente di moltissimi lustri prima) che durava da qualcosa come cinquantacinque anni. Va da sé che la pratica del foro era pressoché completamente regolata secondo questa stessa impostazione.

In secondo luogo, va detto che dal punto di vista del diritto di difesa, le norme processuali oggetto del supposto *revirement* sono, invero, assai delicate. Siamo nell'ambito del procedimento di opposizione al decreto di ingiunzione emesso ai sensi degli art. 630 c.p.c. e ss., e in particolare in materia di termini per la costituzione in giudizio dell'attore opponente, laddove, come è a tutti noto, la sua tardiva costituzione in giudizio comporta, al pari della mancata costituzione<sup>13</sup>, delle conseguenze radicali: l'improcedibilità dell'azione e l'irrevocabilità di un provvedimento di ingiunzione, che, è bene ricordarlo, è stato emesso *inaudita altera parte*.

Ora, poiché le affermazioni "nuove" della Corte vanno nel senso di una drastica riduzione dei termini suddetti (per la precisione un dimezzamento), esse hanno di fatto determinato un pericolo per la procedibilità di moltissimi giudizi di opposizione radicati fino a quel momento<sup>14</sup>, con il rischio – e in alcuni casi, purtroppo, non solo questo<sup>15</sup> – per migliaia di presunti debitori di subire la perdita di un rimedio processuale a causa di un cambio di interpretazione arrivato, è il caso di dire, *dans l'espace d'un matin*<sup>16</sup>.

In terzo luogo, le specifiche affermazioni di cui si discute hanno avuto per oggetto quella normativa in quanto applicabile a fattispecie tutt'affatto diverse da quella su

<sup>13</sup> Almeno secondo l'orientamento tradizionale, sul punto non rimesso in discussione nemmeno dalla sentenza in commento.

<sup>14</sup> Per la precisione di tutti quelli nei quali l'attore opponente avesse assegnato al convenuto opposto un termine di comparizione "lungo", vale a dire pari o superiore a quello ordinario, e si fosse, poi, costituito oltre il quinto giorno dalla notificazione dell'atto di citazione.

<sup>15</sup> Trib. Salerno ordinanza 18 febbraio 2011, con la quale il giudice ha accolto l'eccezione di improcedibilità sollevata dal convenuto opposto sulla base del mutato orientamento interpretativo e con l'argomento che l'intervento delle Sezioni Unite avrebbe rivelato il significato più autentico delle disposizioni interpretate, e pertanto, poiché l'interpretazione è dichiarativa di un significato da sempre racchiuso nelle disposizioni, essa non può che valere anche per i casi radicati prima della sentenza della suprema corte. D'altronde, aggiunge il Tribunale, ritenere diversamente, e quindi ammettere efficacia solo *de futuro*, alla pronuncia significherebbe un'inammissibile equiparazione dell'interpretazione con il fenomeno dello *ius superveniens*, ed implicherebbe quindi il riconoscimento del valore di "fonte del diritto" alle pronunce della Corte di Cassazione.

<sup>16</sup> Sull'importanza di giudicare il fenomeno del c.d. *overruling* alla luce di un'impostazione rimediabile del diritto processuale, nonché su altri importanti esempi di questo fenomeno e sulle criticità delle posizioni della giurisprudenza superiore sui tipi di *overruling* stesso, cfr. F. Cavalla, C. Consolo, M. De Cristofaro, *Le SS.UU aprono (ma non troppo) all'errore scusabile. Funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in «Corriere Giuridico», 2011, 10, pp. 1397–1409.

cui la Corte era stata chiamata a giudicare, quasi a voler “annunciare” pretoriamente le linee della propria futura giurisprudenza, come è stato notato<sup>17</sup>.

Date queste caratteristiche, è bene rappresentare, sia pur brevemente e senza troppi tecnicismi, il caso un po' più in dettaglio nonché l'incauta dinamica secondo cui la Corte si è mossa.

Innanzitutto, quanto alla decisione sul caso portato alla cognizione della Corte di Cassazione, essa è stata assolutamente in linea con la giurisprudenza consolidata e priva di qualunque sorpresa: su questo punto specifico, anzi, si direbbe di essere stati di fronte ad un caso di scuola. Infatti, l'attore opponente aveva assegnato nell'atto di citazione in opposizione un termine a comparire leggermente inferiore a quello ordinario con ciò “facendo scattare”, secondo l'unanime e consolidatissima interpretazione, l'automatica riduzione anche del termine da rispettarsi per la sua costituzione in giudizio. Costituitosi fuori detto termine, aveva subito la non inattesa pronuncia di improcedibilità da parte del Tribunale dinanzi al quale era stata radicata l'opposizione, decisione naturalmente confermata in appello e giunta – per certi versi sorprendentemente – alla Corte di Cassazione. Rimessa la questione alle Sezioni Unite dalla I Sezione civile<sup>18</sup>, anche la Suprema Corte, sul punto specifico, ha adottato pienamente, l'orientamento tradizionale, già alla base delle impugnate pronunce di merito, rigettando quindi il ricorso, confermando le decisioni dei gradi precedenti e dichiarando che:

«le ragioni addotte dal ricorrente, in parte recepite e sviluppate nell'ordinanza interlocutoria della prima sezione civile, non sono idonee a giustificare un mutamento del costante orientamento della corte»<sup>19</sup>.

Con il che la questione avrebbe dovuto essere conclusa.

Senonché le Sezioni Unite hanno ritenuto di dover “cogliere l'occasione” per alcune “puntualizzazioni” sulla disciplina complessiva dei termini di costituzione ed offrirci – non richieste da alcuna delle parti, né dalla Sezione prima civile – il loro più attuale punto di vista sull'interpretazione da ritenersi più corretta della normativa, quando siano in gioco, però, casi diversi da quello deciso.

<sup>17</sup> In B. Zuffi, *La non vincolatività dell'obiter dictum contenuto in Cass. n. 19246/2010 sulla dimidiazione automatica dei termini di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo*, in «Giurisprudenza Italiana», 4, 2011, pp. 893-896.

<sup>18</sup> L'automaticità della riduzione del termine di costituzione una volta optato per un termine di comparizione inferiore all'ordinario (e ciò anche in presenza di un evidente mero errore di calcolo) assieme all'equiparazione tra la tardiva e la mancata costituzione formavano i due punti salienti dell'interpretazione tradizionale, in effetti, spesso contestata in dottrina ed in giurisprudenza (cfr. recentemente Trib. Bari 14 dicembre 2010), e perfino portata più volte all'attenzione della Corte Costituzionale, in ragione, in particolare, della mancanza di una norma esplicita sul punto e delle conseguenze radicalmente preclusive che l'opponente subisce, ma invano, cfr. Tedoldi, *Un discutibile obiter dictum delle Sezioni Unite*, cit., in part. nota num. 7; Negri, *Il «giro di vite» delle Sezioni Unite sui termini di comparizione e costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., p. 2492.

<sup>19</sup> Cass. SS.UU. 19246/2010.

Ed è esattamente con riferimento a questi diversi casi che la sentenza introduce una radicale *reformatio in peius* rispetto all'orientamento consolidato<sup>20</sup>. Secondo la Corte, in un passo largamente citato:

«esigenze di coerenza sistematica, oltre che pratiche, inducono ad affermare che non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale (cosa questa, si ripete, da sempre praticata), ma che tale effetto automatico è conseguenza del solo fatto che l'opposizione sia stata proposta»<sup>21</sup>.

E ciò in ragione del fatto che l'art. 645 c.p.c. al tempo prevedeva che in ogni caso di opposizione i termini a comparire fossero ridotti a metà, ed esisterebbe, a parere della Corte, un nesso essenziale tra i termini di comparizione e quelli di costituzione tale per cui la riduzione dell'uno dovrebbe comportare l'automatica riduzione anche dell'altro.

Traducendo e contestualizzando, ciò vuol dire che in tutti i casi, diversi da quello deciso, nei quali l'opponente avesse assegnato all'opposto un termine a comparire non ridotto (per esempio assegnandone uno pari a quello ordinario o addirittura uno più lungo), ebbene anche in questi e diversi casi, i termini per la sua costituzione in giudizio avrebbero dovuto essere ridotti di metà con tutte le conseguenze sopra citate in caso di tardiva costituzione. Ed è su questo punto, e con riferimento a questo tipo di casi, diversi da quello in decisione (nel quale, invece, come ricordato, il termine assegnato di fatto era inferiore a quello ordinario), che quell'orientamento uniforme tradizionale avrebbe dovuto, secondo la Corte, essere rivisto<sup>22</sup>.

Ora, poiché tutte le opposizioni nelle quali l'opponente aveva assegnato all'opposto un termine lungo, erano state presumibilmente radicate facendo affidamento pure nel termine di costituzione lungo, all'indomani del deposito della sentenza, si è generata una grave incertezza sulla sorte di tutte quelle nelle quali effettivamente l'attore opponente si fosse costituito oltre il quinto giorno, con ciò adempiendo perfettamente alle norme come individuate dall'orientamento tradizionale, sul punto

<sup>20</sup> Di riforma *in peius* parla Tedoldi, *Un discutibile obiter dictum delle Sezioni Unite*, cit., p. 1457.

<sup>21</sup> Cass. SS.UU. 19246/2010.

<sup>22</sup> La soluzione per la dimidiazione dei termini di costituzione in ogni caso di opposizione a decreto ingiuntivo era stata proposta anche nella recente dottrina, in ragione proprio della previsione di cui all'art. 645 c.p.c., II comma, da un lato, e, dall'altro, dell'un tempo vigente art. 163-bis che stabiliva in 60 gg. il termine ordinario da assegnarsi al convenuto in ogni procedimento. Sicché, si diceva, tale termine, dimezzato *ex lege*, si riduceva a 30 gg., e poiché il convenuto deve costituirsi entro 20 gg. prima dell'udienza, a pena di incorrere nelle note decadenze, consentire all'attore di costituirsi a sua volta in 10 gg. significava non lasciare alcuno spazio al convenuto opposto per prendere visione di quanto prodotto e depositato dall'attore in cancelleria. Ma con la modifica del termine ordinario di comparizione e con il suo aumento sino a 90 gg., queste ragioni sono state ritenute superate, cfr. E. Dalmotto, *Sui termini di costituzione dell'attore nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo: non dimidiare mai*, in «Giurisprudenza Italiana», 2011, p. 7, sicché anche questo Autore si mostra infine critico verso la decisione delle Sezioni Unite.

ora sorprendentemente disatteso.

Sicché una pioggia di eccezioni di improcedibilità ha investito i Tribunali d'Italia, eccezioni, semplicemente impensabili soltanto il giorno prima. È accaduto, perciò, che quello stesso comportamento (costituzione in giudizio nei dieci giorni) che fino al giorno prima era da giudicarsi perfettamente corretto, il giorno dopo la sentenza delle SS.UU., avrebbe dovuto essere giudicato così gravemente erroneo da comportare decadenza, improcedibilità dell'azione ed irrevocabilità di un decreto emesso senza contraddittorio. E tutto questo senza il ben che minimo intervento del legislatore ed a perfetta parità dell'assetto delle disposizioni normative di riferimento, da un lato, e senza alcuna richiesta delle parti, dall'altro, comunque impegnate in un caso diverso, per il quale invece, non è stata avvertita alcuna ragione di disattendere l'orientamento tradizionale.

Ma è legittimo tutto ciò<sup>23</sup>? Può cioè la corte di Cassazione sia pure nella sua composizione a Sezioni Unite, nel decidere un caso discutere – non richiesta – di altri casi diversi, in maniera generale, e in tale discussione criticare o dichiarare erronei orientamenti così radicati, introducendone di nuovi e aggravando se non compromettendo le condizioni per l'esercizio del diritto di difesa in giudizi in corso?

Se il discorso della Corte in questa parte non è necessitato dalla decisione puntuale, non è stato richiesto dalle parti del giudizio, ed è diretto a regolare d'ora innanzi casi diversi da quello in decisione, viene da concludere che qui essa manifesti una autentica pretesa normativa: la pretesa di esprimere, fuori da ogni riferimento specifico ed attuale, una vera e propria regola, *de futuro*, generale ed astratta.

Ci si può chiedere se tale pretesa normativa sia legittima e se possa quindi effettivamente conseguire di diritto la forza (normativa) che pretende di fatto. Quale che sia la risposta che la teoria possa dare a questa domanda<sup>24</sup>, due cose sono certe.

<sup>23</sup> Di «strano modo di sentenziare» parla con riferimento assai critico alla pronuncia delle Sezioni Unite, Cordopatri, *Il dimezzamento dei termini di costituzione di cui all'art. 645, comma 2, c.p.c., effetto automatico della proposizione dell'opposizione?*, cit., p. 2106, seppur nell'ambito di un intervento che si concentra sulla debolezza logico-giuridica delle argomentazioni addotte dalla Suprema Corte.

<sup>24</sup> Poiché, tecnicamente, la «norma» è sempre il prodotto o l'esito di una attività di interpretazione, a livello teorico non vi è alcuno scandalo nel dire che con il *revirement* in discussione la Corte abbia individuato una vera e propria norma *nuova*. Chi adotti una teoria formalistica o moderatamente scettica dell'interpretazione, probabilmente potrà criticare la discutibile connessione automatica tra termini di comparizione e di costituzione, in effetti non necessitata da alcuna disposizione specifica, mentre non potrebbe criticare la lettura dell'allora vigente art. 645<sup>2</sup> c.p.c. Chi adotti una teoria radicalmente scettica dovrebbe ritenere l'operazione del tutto legittima. Quanto alla possibilità di critica del peculiare modo di sentenziare, forse questi approcci teorici, ed in particolare i primi due, potrebbero trovare argomenti di critica solo passando per la lettura delle disposizioni sulla funzione nomofilattica della Suprema Corte ed in particolare, l'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario. Questo modo di rappresentare le teorie dell'interpretazione è alquanto diffuso, cfr. *ex plurimis* V. Villa, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2012; F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, CEDAM, Padova 2012; R. Guastini, *Interpretare ed argomentare*, Giuffrè, Milano 2011; V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2010; V. Velluzzi, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in «Criminalia», 2008,

La prima: se guardiamo alle reazioni che i giudici di merito hanno manifestato di fronte alla *flood of litigations* colpevolmente generata con questa sentenza dalle Sezioni Unite, sul punto della procedibilità delle opposizioni radicate dinanzi a loro, dobbiamo concludere che la risposta è stata, almeno tra i giudici, sorprendentemente variegata, e, pertanto, dubbia.

La seconda: una risposta tanto netta non dev'essere facile da dare nemmeno dogmaticamente visto che è dovuto intervenire il legislatore stesso a mettere (forse) fine ai dubbi attraverso un intervento normativo (L. 29/12/2011, n. 218), che da un lato ha eliminato quella parte dell'art. 645 c.p.c alla base delle argomentazioni della Corte, e, dall'altro, ha disposto che con riferimento ai giudizi pendenti al momento di entrata in vigore, le disposizioni processuali in questione vadano interpretate, di fatto, seguendo esattamente l'orientamento tradizionale<sup>25</sup>.

### 3. (segue) Le reazioni di merito alla pretesa normativa generale ed astratta della Corte di Cassazione

In questa vicenda credo sia interessante spendere qualche parola in più sulle reazioni avute dalle corti di merito all'indomani della sentenza delle SS. UU. 19246/2010, perché, come accennato, esse non sono state univoche e tale diversità sottende una diversa risposta ai quesiti posti in chiusura del precedente paragrafo. Se è vero che la quasi totalità di esse ha seguito la linea di "salvare" i giudizi in corso dalle decadenze e quindi di evitare le pronunce di improcedibilità<sup>26</sup>, è altrettanto vero che le modalità con cui ciò è avvenuto, le ragioni portate, e gli istituti utilizzati non sono stati sempre i medesimi, sicché, con riferimento alla questione del valore da attribuire *de futuro* alle affermazioni della Corte, e, quindi, sulla loro concreta idoneità normativa, è rimasto un certo alone di incertezza e potenziale disomogeneità di trattamento possibile a seconda della dislocazione geografica dei giudizi. Ed anche dopo l'intervento del legislatore del 2011, dubbi sono rimasti almeno per le cause radicate dopo la sentenza delle SS.UU. ma prima dell'intervento di interpretazione autentica, la cui

pp. 493–507; P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, il Mulino, Bologna 2007; R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004; E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999.

<sup>25</sup> L. 218/2011, art. 2: «Nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, l'art. 165, primo comma, c.p.c. si interpreta nel senso che la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'art. 163-bis, primo comma, del medesimo codice».

<sup>26</sup> Non tutte, però e ciò è di per sé significativo. Si è già accennato, *supra*, a Trib. di Salerno, ord. 18 febbraio 2011, che ha ritenuto invece di condividere e di ritenere immediatamente efficace, anche ai giudizi in corso, il nuovo orientamento delle SS.UU., dichiarando inapplicabili gli istituti della rimessione in termini come pure l'irretroattività dell'*overruling*.



legittima applicazione in quel periodo è stata contestata ed ora portata all'attenzione della Corte Costituzionale<sup>27</sup>.

Quattro sono le linee principali lungo le quali si è mossa la giurisprudenza di merito<sup>28</sup>. La prima ritiene che le dichiarazioni delle Sezioni Unite siano idonee a determinare una regola generale ed astratta efficace *de futuro*, e che di conseguenza, i giudizi instaurati prima della disponibilità pubblica della sentenza n. 19246 siano fatti salvi, mentre per quelli che siano stati instaurati dopo dovrà valere la nuova regola così posta<sup>29</sup>. In questo orientamento il riconoscimento dell'efficacia normativa delle dichiarazioni della Corte si accompagna all'uso di un lessico del tutto analogo a quello che tecnicamente si usa per discutere dei rapporti di successione normativa («vigenza», «abrogazione del precedente», «efficacia nel tempo», «retroattività/irretroattività»), in linea con la sottolineatura del ruolo nuovo che, secondo questi giudici, a seguito di recenti riforme legislative, deve essere riconosciuto alla Corte di Cassazione «non soltanto dal punto di vista della interpretazione» delle regole giuridiche ma «anche dal punto di vista della [loro] introduzione»<sup>30</sup>. Questo trasferimento linguistico di un lessico tecnicamente pensato per certi fenomeni, ad altri in qualche modo assimilabili, è in sostanza metaforico, e configura una tipica modalità di uso giurisprudenziale del linguaggio figurato<sup>31</sup>.

Certo, questa impostazione determina il non piccolo problema dell'individuazione di un criterio certo di determinazione del momento in cui la nuova regola di diritto posta dalla Corte possa dirsi giuridicamente esistente, non valendo per essa le regole generali della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale e della *vacatio legis*. Ed è estremamente interessante che tale problema sia risolto con un'altra introduzione di regole giuridiche stabilendo, in assenza di alcun riferimento normativo, o nomofilattico, e con ragionamento di dubbio valore analogico, quale *dies a quo* il giorno della pubblicazione della pronuncia nel “sito web” della corte di Cassazione<sup>32</sup>, atto che a questo punto, almeno per una parte del territorio, viene ad avere uno sorta di valenza pubblicistica e di efficacia giuridica<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. Trib. di Benevento ord. 26 giugno 2012. Su cui vedi *infra* § 5

<sup>28</sup> Cfr. Pirruccio, Overruling: *dalle sezioni unite n. 19246 del 2010 alla L. 218 del 2011, quale lezione per il futuro*, cit.

<sup>29</sup> Si tratta della linea espressa per esempio in Trib. Milano, ord. 13 ottobre 2010; Trib. Varese 8 ottobre 2010.

<sup>30</sup> Cfr. Trib. Varese 8 ottobre 2010.

<sup>31</sup> Si tratta di “metafore dispositive”, cfr. C. Sarra, *Lo Scudo di Dioniso. Contributo allo studio della metafora giuridica*, FrnacoAngeli, Milano 2010, pp. 171-179.

<sup>32</sup> Cfr. Pirruccio, Overruling, cit., p. 39, in riferimento a Trib. Varese ord. 10 dicembre 2010.

<sup>33</sup> Il che è piuttosto interessante: data una situazione “nuova” (la pretesa esplicitamente normativa della Corte di Cassazione), si inquadra attraverso un trasferimento concettuale metaforico (mediante l'associazione delle categorie della *lex superveniens*), che suscita un altro e diverso problema (che non vi sarebbe stato senza quel *transfert*) per la cui soluzione si introduce un *novum*. Si tratta di un ottimo esempio nell'ambito giuridico del potere costitutivo e costruttivo non solo di concetti ma di intere esperienze e parti della nostra “realtà” quotidiana delle metafore, fenomeno sul quale si veda il classico

Un secondo orientamento, non molto dissimile dal primo, accorda pure efficacia normativa *de futuro* alle dichiarazioni delle SS.UU., ma attenua l'assimilazione di tale fenomeno a quello della tradizionale produzione normativa istituzionalizzata, cercando, invece, di "trattenere" la gestione dei procedimenti in corso all'interno di strumenti processuali "ordinari", in particolare dell'istituto della "rimessione in termini", ora, peraltro, divenuto principio generale nella disciplina degli atti processuali (cfr. art. 153 c.p.c.)<sup>34</sup>. Poiché l'utilizzo di questo strumento presuppone la condizione che una delle parti sia, per causa ad essa non imputabile, incorsa in una decadenza, l'orientamento in questione finisce col dover ammettere, appunto, che una decadenza vi sia stata. Con ciò, nonostante la minor enfasi sulla capacità produttiva delle sentenze della Corte di Cassazione, è difficile sottrarsi alla conclusione che, in verità, questo orientamento di fatto si trova ad attribuire ugualmente efficacia normativa a tali pronunce, addirittura retroattiva. Poiché sono le conseguenze di una decadenza che, in forza del rimedio dell'art. 153 c.p.c. possono essere rimosse, utilizzandolo nel caso di specie, si ammette la vigenza di una norma che stabilisce il termine allo spirare del quale il soggetto agente può dirsi decaduto. Ma una tale norma, nel caso di specie, può dirsi esistente solo alla luce del nuovo orientamento della Suprema Corte, cui, pertanto, si riconosce efficacia (normativa) qualificante e regolante di comportamenti ormai passati<sup>35</sup>.

Vi sono poi un terzo ed un quarto orientamento che, ai nostri fini, sono forse i più interessanti. Entrambi concludono nel senso che non debba darsi il benché minimo rilievo alle dichiarazioni delle Sezioni Unite, meno che mai considerarle come normativamente efficaci, e che conseguentemente non occorra affatto ricercare alcuno strumento particolare per "salvare" i procedimenti in corso, ché salvi sono fin da principio. Ma di questi ultimi indirizzi, il quarto assume delle connotazioni molto specifiche in quanto prende molto sul serio, la bidimensionalità della vincolatività specifica che grava su ogni giudice, quella, per dir così, "verticale" alla "legge" e quella "orizzontale", al contraddittorio<sup>36</sup>, quasi due dimensioni della terzietà. Tale orientamento, come il terzo, è ben consapevole che il fine di salvare i giudizi in corso, per quanto nobile e sostanzialmente da approvarsi, rischia di finire, come abbiamo visto, con una sorta di sovra valutazione dell'efficacia normativa di quello specifico *obiter dictum* della pronuncia 19246/2010. Ma in più, ed a differenza del terzo di cui su-

Lakoff, Johnson, *Metafore e vita quotidiana*, Bompiani, Milano 2004, oltre che il già citato C. Sarra, *Lo scudo di Dioniso*, cit., *passim*.

<sup>34</sup> Trib. Velletri 15 ottobre 2010; Trib. Piacenza 2 dicembre 2010; Trib. Pavia ord. 14 ottobre 2010;

<sup>35</sup> L'automaticità della riduzione del termine di costituzione una volta optato per un termine di comparizione inferiore all'ordinario (e ciò anche in presenza di un evidente mero errore di calcolo) è stato un altro aspetto dell'opinione tradizionale piuttosto discusso ed in effetti questo era il punto sollevato dall'ordinanza di rimessione alle SS.UU. da parte della prima Sezione civile sull'assunto della mancanza di base normativa e che così intendendo si finiva per far dipendere dalla volontà delle parti la modifica dei termini di costituzioni al di fuori di ogni controllo del Giudice.

<sup>36</sup> Sul punto *amplius* P. Moro, C. Sarra, *Introduzione*, cit.

bito diremo, inserisce nelle sue argomentazioni un tema che nessuna delle Corti che hanno seguito gli altri indirizzi hanno minimamente preso in considerazione, accedendo essa ad un'autentica prospettiva processuale del diritto<sup>37</sup>: il potere di *ius dicere* esiste e si esaurisce soltanto all'interno della necessità di decisione del caso, magari (nelle giurisdizioni superiori) considerato come esempio, e quindi deciso con una regola che si pensa adeguata con riferimento a quel tipo di caso. Ma a nessun giudice è dato potere di "cogliere l'occasione" di una decisione per regolare altri casi, diversi per tipo, e non in discussione: questo, banalmente, non è esercizio di giurisdizione<sup>38</sup>.

#### 4. (segue) *La prospettiva processuale del diritto si fa diritto "vivente"*

Come accennato, il terzo orientamento manifestatosi tra i giudici di merito si sostanzia nell'esplicito rifiuto di riconoscere alcuna efficacia normativa a quella parte della sentenza delle Sezioni Unite che ha inteso ri-disciplinare i termini di costituzione quando l'opponente abbia assegnato un termine a comparire "lungo" all'opposto.

<sup>37</sup> La c.d. prospettiva processuale del diritto riconosce quale momento originario dell'esperienza giuridica il processo, essendo questo il luogo nel quale ogni opinione particolare sul diritto, ivi incluse quelle sui significati normativi, viene chiamata a portare le ragioni della propria pretesa di valere nei confronti dell'altro. Invero, il riconoscimento dell'impossibilità razionale dell'assolutizzazione di un'opinione privata (giacché ogni opinione che pretenda di valere come assoluto è dogmatica e perciò contraddittoria), porta con sé un obbligo di giustificazione e la necessità di accettare il contraddittorio su di essa. La preferibilità di un'opinione in quanto innegabile nel contesto di riferimento e alla luce del sapere comune tra le parti, e dunque il suo valore per l'altro, non può mai essere decisa *a priori* ed imposta all'altro ma deve essere messa alla prova radicalmente, di talché, vincendo ogni opposizione si mostri contraddittorio l'atto di chi, a questo punto, vi si opponga senza altre ragioni. E siccome anche l'interpretazione delle disposizioni normative, nella misura in cui pretende di valere per l'altro è sottoposta alla stessa necessità, ecco che anche la positivizzazione della "norma" appare un fenomeno interno al principio del contraddittorio e dunque alla dimensione processuale. Su questa prospettiva si vedano almeno G. Capograssi, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano 1959, pp. 51-76; E. Opocher, *Tre riflessioni sul diritto come valore*, in Id., *Lezioni di Filosofia del Diritto*, CEDAM, Padova 1983, pp. 267-315; F. Cavalla, *All'origine del diritto, al tramonto della legge*, Jovene, Napoli 2011; Id., *La prospettiva processuale del diritto*, CEDAM, Padova 1991; Id., *Il controllo di razionalità tra logica, dialettica e retorica*, in *Atti del XX Congresso Nazionale della Società Italiana di Filosofia Giuridica e Politica*, CEDAM, Padova 1998, pp. 21-53; Id., *Topica e Verità nel discorso giudiziale*, in A. Mariani Marini, *Teoria e Tecnica dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 103-120; Id., *Dalla "retorica della persuasione" alla "retorica degli argomenti". Per una fondazione logica rigorosa della topica giudiziale*, in G. Ferrari, M. Manzin (a cura di), *La retorica tra scienza e professione legale*, Giuffrè, Milano, pp. 25-82; Id., *Retorica Processo Verità*, FrancoAngeli, Milano 2007; P. Moro (a cura di), *Il diritto come processo*, FrancoAngeli, Milano 2012, pp. 9-36; Id., *La via della giustizia*, Libreria al Segno, Pordenone 2001; F. Zanuso, *L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico*, in F. Zanuso, S. Fuselli, *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, FrancoAngeli, Milano 2011, pp. 39-69; P. Sommaggio, *Contraddittorio, giudizio, mediazione. La danza del demone mediano*, FrancoAngeli, Milano 2012.

<sup>38</sup> Con ciò accedendosi ad una lettura rigorosa del novellato art. 111 Cost. secondo il quale «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo [...] Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti». È evidente che quella parte della pronuncia delle SS. U.U. è in totale violazione del principio del contraddittorio.

Coerentemente, questi Giudici non hanno ritenuto di dover ricorrere ad alcun istituto particolare per “salvare” dall’improcedibilità le opposizioni pendenti, perché, in quanto gli attori-opponenti si siano costituiti rispettando l’orientamento tradizionale, nulla abbisognava di essere salvato. Il comportamento della parte deve giudicarsi corretto e la costituzione tempestiva. Né, sempre secondo questa giurisprudenza, si pone alcun problema *de futuro* giacché quelle affermazioni delle Sezioni Unite devono ritenersi semplicemente *tamquam non essent*. Come scrive la Corte d’Appello di Roma (ord. 30 novembre 2010): «Proprio perché il giudice è sottoposto soltanto alla legge (e non alla corte di Cassazione), il rimedio alle decisioni sbagliate dei giudici di legittimità – la cui funzione di nomofilattica si esercita soltanto con l’autorevolezza non certo *ex auctoritate* – è [...] elementare: basta non tenerne conto».

La motivazioni di questo orientamento sono ricostruibili attraverso lo schema seguente: nessun giudice è vincolato dal precedente di altro giudice, per quanto autorevole, poiché il valore del precedente giurisprudenziale, foss’anche quello della Corte di legittimità nella sua funzione nomofilattica, si basa esclusivamente sulla sua capacità persuasiva. Quanto detto dalla Sezioni Unite, *obiter*, nella sentenza 19246/2010 manca totalmente di tale forza perché la sua argomentazione è erronea e/o ingiustificata<sup>39</sup>, ergo la prassi giudiziaria può tranquillamente proseguire seguendo l’orientamento tradizionale senza alcuna difficoltà, e non v’è dubbio che i giudizi instaurati seguendo tale orientamento siano perfettamente procedibili.

Ora, la più parte delle Corti di merito pur esponenti di quest’ultimo orientamento ripropone, nella sua critica alla posizione delle Sezioni Unite, la logica “verticale” legge-giudice come esclusiva. La Corte di Cassazione avrebbe compiuto, in buona sostanza, un errore interpretativo, magari secondo alcuni perfino grossolano. E tuttavia, la logica sottesa è quella stessa del formalismo interpretativo, che, si badi, è alla base della stessa pretesa normativa sulla base della quale la Suprema Corte ha ritenuto di poter legittimare il suo *obiter dictum*<sup>40</sup>. Questi giudici, benché aspramente

<sup>39</sup> In particolare lo sarebbe l’affermazione delle Sezioni Unite secondo la quale sussisterebbe una connessione necessaria e generalizzata tra la riduzione dei termini di comparizione e quelli di costituzione, che determinerebbe, a loro parere, l’automatica riduzione dei secondi ogni qualvolta vi sia la riduzione dei primi (Trib. Milano 3 novembre 2010; Trib. Modena 14 giugno 2011; Trib. Roma 14 giugno 2011, il quale ultimo ritiene non doversi condividere nemmeno l’orientamento tradizionale nella parte in cui riduce i termini di costituzione quando l’attore opponente abbia concesso un termine a comparire inferiore a quello ordinario). Né, si contesta, sarebbero state esplicitate e chiarite le “ragioni sistematiche e le esigenze pratiche” che la Corte ha dichiarato sussistere per rivedere l’orientamento tradizionale (cfr. Trib. Catanzaro, ord. 4 novembre 2010)

<sup>40</sup> Secondo il formalismo interpretativo esiste una “vera” interpretazione delle disposizioni normative e tale è sempre in ogni contesto di riferimento, sul punto ininfluenza. Ritengo insito nell’atteggiamento delle SS. UU. un tale presupposto, perché non mi pare possibile spiegare altrimenti sulla base di che cosa esse si siano ritenute legittimate a pronunciarsi in quel modo. Invero, se si ritiene che il significato “vero” delle disposizioni sia lì, oggettivamente sempre disponibile, ed immutabile, esso può anche essere dichiarato in ogni momento senza curarsi del contesto in cui lo si dice, ed ogni occasione è propizia per dichiarare qualcosa che, si ritiene, sia da sempre stato contenuto nei testi ma finora, colpevolmente, non

critici, la seguono perfettamente, e con ciò, inevitabilmente, la legittimano ulteriormente: c'è un'interpretazione "vera" della legge, la Cassazione non la vede e quindi sbaglia, sicché io (giudice) ho il dovere di non seguirla nell'errore. Così facendo il rifiuto di riconoscere efficacia normativa alle dichiarazioni della Cassazione, benché espresso assai duramente a volte, risulta molto debole, contingente, e, alla fine, ne riconosce, avvalorandola, la stessa logica. Le Sezioni Unite avrebbero commesso un errore, sicché la loro pronuncia si configura come un evento patologico in un sistema che, invece e di nuovo, fisiologicamente ammette l'efficacia normativa generale ed astratta di qualunque posizione giuridica espressa dalla Corte "in occasione" di una sentenza, purché "corretta".

Come si vede, è di nuovo, la sola dimensione verticale della vincolatività del giudice ad essere in gioco anche in queste pronunce critiche, nelle quali i giudici di merito si ribellano instaurando però un confronto con le dichiarazioni della Corte sul solo terreno del rapporto "discendente", monologico<sup>41</sup>, legge-giudice. Il che è come dire che, anche secondo questi stessi critici, quando la Corte adotti interpretazioni da loro ritenute esatte, ancorché inserite in *obiter dicta* del tutto irrilevanti per la decisione del caso specifico, sarebbero pronti a riconoscervi quella efficacia normativa generale ed astratta che ora negano in ragione di specifici, ma contingenti, errori interpretativi. E con ciò dicendo, si vede come in questi casi, chiunque si ponga in una posizione garantista e ossequiosa del diritto di difesa, non possa non allarmarsi giacché la lieta notizia del salvataggio dei procedimenti in corso (lieta per chi se ne avvantaggia), nasconde invero un lato oscuro: la loro sorte è in realtà appesa ancora ad una contingenza data non dall'arbitrio della Corte di Cassazione ma questa volta (potenzialmente), da quello del Giudice di fronte al quale erano radicate. In sostanza, questo orientamento è idoneo a riprodurre, diffondendola quella stessa mentalità che è alla base del famigerato *obiter dictum* della sentenza 19246/2010.

Il quarto orientamento, invece, include delle posizioni che, dal nostro punto di vista, risultano assai più avanzate e meritevoli di attenzione. Infatti, esse si mostrano

visto. Per ragioni simmetricamente opposte, anche un approccio totalmente scettico dell'interpretazione potrebbe legittimare un *overruling* così radicale, d'altronde anch'esso reputa l'attività interpretativa del tutto insensibile al contesto (nel senso che essa è ritenuta sempre, comunque, illimitatamente creativa). Ma mi pare che un tale atteggiamento non spieghi la cura con cui la Corte abbia tentato di motivare argomentando le ragioni del diverso significato ascrivito ora alle norme in gioco. Sul concetto di formalismo interpretativo cfr. i testi citati *supra* nota 22.

<sup>41</sup> Sulla critica alla struttura monologica della metodologia giuridica tradizionale in favore di una riscoperta del valore euristico della dialettica cfr. F. Zanuso, *La fragile zattera di Ulisse. Alcune riflessioni sul ruolo della norma positiva nella composizione del conflitto intersoggettivo*, in Moro, Sarra (a cura di), *Positività e giurisprudenza*, cit., pp. 60-61; Cavalla, *La prospettiva processuale del diritto*, cit.; F. Cavalla, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, in «Verifiche», 1984, 4, pp. 469-514; P. Moro, *Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo*, in P. Moro (a cura di), *Il diritto come processo*, FrancoAngeli, Milano 2012, pp. 9-36; Moro, *La via della giustizia*, cit.; M. Manzin, F. Puppo, *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio tra principio e regola, Acta Methodologica*, 3, Giuffrè, Milano 2008.

potenzialmente portatrici di una mentalità diversa e, pare, più solida, laddove ancora concludano salvando i procedimenti in corso dall'improcedibilità. Certo, anche questi Giudici ritengono il contenuto dell'*obiter dictum* inaccettabile perché, a dir loro, erroneo e/o ingiustificato. Ma essi hanno il coraggio di aggiungere un argomento, logicamente previo, e letteralmente dirompente rispetto all'esclusività riconosciuta alla sola logica "verticale". Logica che pure non negano affatto, ovviamente, ma che, come si è visto, mostra il suo limite in quanto non è da sola idonea ad impedire o contenere l'arbitrio giudiziario, semmai è idonea a diffonderlo. Secondo costoro, dunque, il problema della efficacia normativa di queste dichiarazioni delle Sezioni Unite semplicemente non esiste, per la ragione che qualunque cosa un giudice dica in sentenza al di fuori delle necessità imposte dalla decisione del caso non ha alcuna ragione d'essere e, pertanto ancor meno ha ragione di imporsi.

Nelle parole del Tribunale di Padova:

«Nessuno ha mai negato che le affermazioni contenute nel corpo di una sentenza che, quand'anche esprimano un principio di diritto, siano prive di rilevanza per la decisione del caso concreto, non concorrono a enucleare la regola di diritto in quanto asserti estranei alla *ratio decidendi* [...]. Il discorso potrebbe arrestarsi qui, dal momento che un *revirement* della Suprema Corte, ma forse è il caso di riferirsi a qualsiasi Corte regolatrice, non può fondarsi su un'affermazione irrilevante per la decisione del caso concreto» (Ord. Trib. di Padova, 21 ottobre 2010, corsivi miei).

O, ancora, in quelle, se possibile, ancor più lucide del Tribunale di Belluno:

«Deve quindi ritenersi che l'ulteriore "puntualizzazione" svolta dalle Sezioni Unite [...] rappresenti un mero *obiter dictum* che, *sebbene ampiamente motivato*, costituisce un'affermazione eccedente la necessità logico-giuridica della decisione [...] ed è quindi *privo dell'efficacia di precedente* (ancorché soltanto persuasivo, come avviene negli ordinamenti di *civil law*) in quanto non funzionale alla *ratio decidendi*, intesa come regola di diritto strettamente necessaria alla fattispecie concreta, che costituisce il fondamento logico-giuridico necessario per risolvere la controversia. Tale *obiter* [...] può infatti essere espunto dalla motivazione senza privarla della regola su cui essa si fonda, perché afferma un principio, estraneo al percorso argomentativo, il cui ambito di applicazione è più ampio di quello della norma che attiene ai fatti rilevanti del caso e configura soltanto l'anticipazione della possibile (futura) soluzione di un caso ipotetico (in cui sia assegnato un termine di comparizione non inferiore a quello ordinario), diverso da quello in esame. [...] Le diverse soluzioni proposte dai giudici di merito per fronteggiare le immediate conseguenze della ritenuta applicabilità del nuovo principio ai giudizi instaurati prima della data di deposito della sentenza delle Sezioni Unite (9 settembre 2010) – ad es. la rimessione in termini d'ufficio (v. Trib. Torino 11.10.2010, Trib. Milano 13.10.2010, Trib. Pavia 14.10.2010) o irretroattività del cd. *overruling* (cfr. Trib. Varese 8.10.2010) per il mutamento dell'orientamento costante (v. Cass. 17.6.2010 n. 14627 e Cass. 2.7.2010 n. 15811) – *non appaiono dunque aderenti alla questione, perché sottintendono e presuppon-*

gono l'immediata efficacia di un'opzione interpretativa che non sembra invece costituire un precedente» (Trib. Belluno, 30 ottobre 2010<sup>42</sup>, corsivi miei).

Come dire: l'estemporaneità, la sottrazione ad una logica di contesto e di contraddittorio, il rifiuto di limitare la propria pronuncia alla funzione decisoria, collocano le affermazioni specifiche delle Sezioni Unite sostanzialmente fuori dai confini del potere giurisdizionale di cui vestono la mera forma, e le riducono ad un ingiustificato, quanto inopportuno, *flatus vocis*.

In altre e diverse parole ancora: occorre riconoscere che un tale potere non si caratterizza solo per la sua collocazione nella dimensione della "verticalità", all'interno della quale, di fatto, non ha limitazione alcuna<sup>43</sup>, ma esso esiste in quanto questa dimensione si rimisura nella "orizzontalità" del contesto di riferimento e del caso concreto. Non può non sentirsi in questa posizione l'eco di un'interpretazione "forte" del nuovo art. 111 Cost.: la giurisdizione si attua mediante il giusto processo ed ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti: sicché, potrebbe dirsi *a contrariis*, fuori dal contraddittorio non c'è processo, e non c'è giurisdizione<sup>44</sup>.

In un'ottica epistemologicamente aggiornata, potrebbe dirsi, poi, che "esito del contraddittorio" e "caso da decidersi" sono due espressioni che hanno in realtà lo stesso referente. Infatti, il caso da decidersi è sempre quel caso quale risulta dai discorsi di tutte le parti portati in processo, ed entro i cui confini perciò solo esiste il potere giurisdizionale, sicché, in quanto si sia svincolato da tutti i nodi comunicativi consolidate nelle fasi processuali precedenti, ivi inclusa l'iniziativa della Sezione Civile rimettente, il discorso fatto *obiter* dalle Sezioni Unite nella sentenza 19246/2010 è, in effetti, privo di ogni valore giurisdizionale.

Naturalmente, non basta produrre un qualunque tipo di discorso per aversi contraddittorio<sup>45</sup>, e questo tema ci porterebbe direttamente all'interno dei dibattiti dedicati alle questioni dell'argomentazione e della retorica, i quali d'altro canto hanno offerto molte importanti precisazioni teoriche e metodologiche<sup>46</sup>. Per esempio, anche

<sup>42</sup> Su questa pronuncia si veda il commento favorevole, e condivisibile, di Zuffi, *La non vincolatività dell'obiter dictum contenuto in Cass. n. 19246/2010*, cit.; in senso critico, invece, sebbene senza dettagliarne le ragioni, Comoglio, *La "puntualizzazione" delle Sezioni Unite sui termini di costituzione nell'opposizione a decreto ingiuntivo: nomofilachia o nomoprotagonismo*, cit., p. 259.

<sup>43</sup> Perché a quel punto il caso si riduce, per usare proprio le parole delle Sezioni Unite, ad una mera "occasione" per poter dire qualunque cosa anche con riferimento a qualunque altro caso.

<sup>44</sup> Sulla dizione "giusto processo" come tautologia (un processo "ingiusto" non è nemmeno un processo) cfr. P. Moro, *Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo*, in Moro (a cura di), *Il diritto come processo*, cit., p. 24, il quale sottolinea che, nonostante ciò, l'uso ripetuto di questa espressione è utile nella misura in cui evidenzia la necessità di ripensare le strutture formali del processo in senso critico e conforme ai principi classici che ne stanno all'origine.

<sup>45</sup> Sul concetto di contraddittorio per come inteso nella dottrina e nella giurisprudenza contemporanee nonché sulla sua funzione logica, cfr. da ultimo P. Sommaggio, *Contraddittorio giudizio mediazione*, cit., P. Sommaggio, *Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo*, in Manzin, Puppò (a cura di), *Audiatur et altera pars*, cit., pp. 159-216.

<sup>46</sup> La letteratura sull'argomentazione giuridica è, oggi, sterminata. In relazione al percorso compiuto

una mera valutazione della portata semantica del termine “contraddittorio” porta ad evidenziare la natura prettamente “agonistica” dei discorsi che intendono inserirsi in esso<sup>47</sup>, e quindi la necessità che si identifichino per la loro attitudine a portare ragioni per una pretesa che ambisca alla preferibilità rispetto alle pretese opposte<sup>48</sup>.

Oppure, scontando un avvicinamento con posizioni sulla carta radicalmente diverse, se non in opposizione<sup>49</sup>, sollevando l’argomento della insensatezza di ogni osservazione a-contestuale dei fenomeni di linguaggio, secondo il quale ciò che si dice del linguaggio si dice, appunto, nel linguaggio e non è dato alcuna possibilità di accedere per tale osservazione ad un punto di vista assoluto o “posto fuori”. Quest’ultima posizione ha come corollario, nel panorama delle discussioni giuridiche, il rifiuto di quello scetticismo troppo spesso diffuso secondo il quale quando si tratta di questioni giuridiche “si può dire tutto e il contrario di tutto”. Questa affermazione, in effetti,

in questo lavoro, tuttavia, si hanno presenti soprattutto quelle concezioni dell’argomentazione che ne rifiutino la riducibilità a strutture formalizzabili e computabili, ne evidenzino il carattere agonistico e, quindi, basino il suo valore euristico in generale e giuridico in particolare sul momento elentico, cfr. per esempio, Cavalla, *A proposito della ricerca della verità nel processo*, cit., Id., *Retorica processo verità*, cit.; Id., *Della possibilità di fondare la logica giudiziaria sulla struttura del principio di non contraddizione. Saggio introduttivo*, in «Verifiche», 1983, vol. 1, pp. 5-30.

<sup>47</sup> Sul valore agonistico del discorso processuale cfr. P. Moro, *L’etica del contraddittorio. Il principio costitutivo della deontologia forense*, in Manzin, Puppo (a cura di), *Audiatur et altera pars*, cit., pp. 273-290. In generale sulla relazione tra dialettica e retorica giudiziaria e in particolare sulla visione del processo come il moto di “transito logico” del discorso retorico da una situazione di com-possibilità con altri ad una di preferibilità rispetto ad altri, cfr. F. Cavalla, *Retorica processo verità*, cit., Id., *Note sulla concezione classica di: Dialettica, vero, immortale*, in F. D’Agostino (a cura di), *Ontologia e fenomenologia del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 101-116.

<sup>48</sup> Secondo il modello di logica come giurisprudenza *à la* Toulmin: fare un’asserzione è assumere il rischio di essere sfidati a fornire ragioni a suo sostegno, cfr. S. Toulmin, *The uses of argument*, Cambridge University Press, Cambridge 1964. In un’asserzione è perciò implicita una pretesa con il correlativo onere della prova e la naturale tensione a porsi come preferibile alle opposte. Questo modello non esclude affatto le enormi possibilità mediative che in un processo (specialmente civile) possono innescarsi, anzi. L’agonismo tra discorsi “opposti” non esclude affatto la scoperta di compatibilità e di vie medie laddove, appunto, a seguito dello svolgersi delle prove argomentative si realizzi di non trovarsi affatto di fronte ad un radicale “opposto”, anche in questo caso può dirsi di essere stati di fronte ad un contraddittorio *pleno iure*. Sul modello di Toulmin cfr. P. Sommaggio, *La logica come giurisprudenza. Saggio introduttivo sulla rivoluzione epistemologica di Stephen Toulmin ed i suoi riflessi per la metodologia giuridica*, in Zanuso, Fuselli (a cura di), *Il lascito di Atena*, cit., pp. 93-123.

<sup>49</sup> Alludo alla filosofia del linguaggio di tipo analitico che sembra aver abbandonato ogni pretesa ad un “linguaggio ideale” e sempre più spesso solleva il tema – la cui importanza e valenza è stata riconosciuta in primo luogo proprio dalla Retorica classica – della contestualità dei significati, cfr. oggi V. Villa, *Una teoria pragmatica dell’interpretazione*, Giappichelli, Torino 2012, in particolare la discussione nel cap. V. Per il razionalismo moderno, con la sua idea che dietro le parole possano esistere concetti e idee “chiari e distinti”, verità autoevidenti, ed acontestuali, l’attenzione che fin dalla Retorica classica questa disciplina ha da sempre dedicato alle capacità comunicative orientate al e dal contesto (per esempio tutte le forme figurate del discorso), risultava ovviamente sospetta per non dire inconcepibile. Vero è che tra l’occorrenza comunicativa e la sua modellizzazione analitica, che è sempre *ex post* e persegue finalità di “solidificazione” teorica distinte ed irriducibili a quelle che hanno caratterizzato la comunicazione, corre uno scarto che nel gergo della teoria dell’informazione è caratterizzabile appunto come una perdita irrimediabile di informazioni.



oltre che empiricamente falsa<sup>50</sup>, pretende per sé, contraddittoriamente, proprio quella collocazione “sopra e fuori” dal linguaggio che di solito contesta al razionalista.

Ma tutto questo e molto altro che si potrebbe dire, per quanto senz'altro importante, può essere qui lasciato da parte perché urge invece continuare nell'analisi della vicenda giurisprudenziale per riscontrare l'estensione e la radicalità di una crisi categoriale che sembra inarrestabilmente corrosiva, stante la cecità di fronte alla bi-dimensionalità del vincolo che grava sull'attività del giudice, qualificandola.

### 5. Giudici sovrani e legislatori sudditi.

Nel momento in cui scriviamo, la questione dei termini di costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non è ancora del tutto risolta nonostante l'intervento del Legislatore che, come accennato, con la Legge 29 dicembre 2011, num. 218, ha abrogato quella parte del secondo comma dell'art. 645 c.p.c. in cui si disponeva la riduzione a metà dei termini di comparizione che tanta parte aveva avuto nel supposto *revirement* delle Sezioni Unite.

Inoltre, forse in ragione delle diverse posizioni assunte dai giudici di merito, con l'art. 2 della stessa legge è stata introdotta una norma di interpretazione autentica secondo la quale:

«Nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, l'articolo 165, primo comma, del codice di procedura civile si interpreta nel senso che la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'articolo 163-bis, primo comma, del medesimo codice».

Con il che, sostanzialmente, si intenderebbe riaffermare la valenza dell'orientamento tradizionale anche nelle cause in corso, con l'intenzione di “disinnescare” del tutto la portata lesiva dei diritti di difesa della sentenza delle Sezioni Unite.

Ma la legittimità costituzionale di questa seconda parte della legge, denominata dagli operatori “salva-decreto ingiuntivo”, è stata messa in dubbio quasi subito in particolare in riferimento a quei processi in corso al momento della sua entrata in vigore, ma radicati *dopo* la sentenza delle Sezioni Unite e non ancora decisi. In questi casi, sostiene il Tribunale di Benevento che ha portato la questione alla Corte Costituzionale<sup>51</sup>, ci sarebbe stata un'irragionevole disparità di trattamento rispetto a quelli pure radicati dopo l'arresto delle Sezioni Unite ma conclusi con decisione preclusiva

<sup>50</sup> Nell'esperienza l'impossibilità assoluta di contestualizzare e quindi comprendere in qualche modo le frasi di un parlante che sembri tuttavia rivolgersi a noi è censurata e collocata nell'alveo della “follia” (che può essere inteso con un modo di contestualizzare “in negativo” e con decisione escludente). Oltre questa soglia non vi è nemmeno la possibilità di riconoscere qualcuno come un “parlante”.

<sup>51</sup> Nel momento in cui andiamo in stampa non risulta che la Corte abbia ancora deciso.

in rito, sulla base della ritenuta applicabilità della nuova interpretazione adottata in esso. Intervendendo, il legislatore avrebbe determinato

«un mutamento delle “regole del gioco” a procedimento già in corso, senza che vi fosse una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo né un dibattito giurisprudenziale irrisolto»<sup>52</sup>.

Ma la cosa più grave, secondo questo giudice, sarebbe il fatto che la Legge in questione avrebbe violato i limiti costituzionali alla retroattività delle Leggi. Poiché, come disposto dal novellato art. 117<sup>1</sup> Cost., «la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni deve essere esercitata nel rispetto anche dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», l’intervento del legislatore violerebbe l’art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo<sup>53</sup>, come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Quest’ultima, infatti, sostiene che nell’art. 6 citato sarebbe inclusa la norma per la quale:

«il legislatore può intervenire retroattivamente modificando le norme vigenti in materia civile purché non vengano ad essere violati i principi della preminenza del diritto e dell’equo processo sanciti dall’art. 6 CEDU, così ingerendosi nell’amministrazione della giustizia con influenza su cause in corso, salvo che per imperative ragioni di interesse generale»<sup>54</sup>.

Secondo il giudice di Benevento, non vi sarebbero ragioni di quest’ultimo tipo a giustificare l’intervento interpretativo della L. 218/2011<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Cfr. Trib. Di Benevento, ord. 26 giugno 2012. Di quest’ultime affermazioni si può bensì dubitare dato quanto esposto in questo lavoro.

<sup>53</sup> Si tratta del diritto ad un equo processo, che nella sua interezza così dispone: Art. 6 CEDU: «Diritto ad un equo processo. 1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l’accesso alla sala d’udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell’interesse della morale, dell’ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell’accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l’assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d’ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza».

<sup>54</sup> Cfr. Trib. Di Benevento, ord. 26 giugno 2012, che richiama sul punto, *ex plurimis*, la sentenza Corte EDU 7 giugno 2012, *Agrati et al. vs Italia*.

<sup>55</sup> Come è noto, l’opinione tradizionale sulle leggi di interpretazione autentica propendeva per la loro

Ora, molto ci sarebbe da dire su queste obiezioni ma, in relazione ai fini di questo lavoro, limiteremo la discussione sottolineando soltanto alcuni punti.

La prima cosa interessante da notare è che tra le condizioni di possibilità stesse delle censure che questo Tribunale solleva alla Legge “salva-decreto” vi è l’esplicito riconoscimento del valore normativo dell’*obiter dictum* delle Sezioni Unite. Infatti, è proprio sulla base di tale riconoscimento che il giudice del Tribunale di Benevento può trovare delle condizioni di disparità di trattamento tra casi radicati dopo la sentenza 19246/2010 e decisi prima della L. 218/2011, e quelli invece in corso nel momento dell’entrata in vigore di essa. In altri termini, è perché esso ha (evidentemente) applicato la norma “nuova” introdotta dalle Sezioni Unite che ora, di fronte ad un intervento del Legislatore, che ribadisce il valore della norma “vecchia”, si trova nella condizione di dover rilevare una potenziale disparità di trattamento dei casi sottoposti al *suo* giudizio. Così, in analoga posizione, presumibilmente, si possono trovare tutti quei giudici di merito che, come abbiamo visto, hanno ritenuto la sentenza SS. UU. 19246/2010 dotata senz’altro di forza normativa. Mentre tale situazione, invece, non si dà – né potrebbe darsi – in quei fori dove invece si sia esplicitamente escluso tale valore. Quivi, nessun senso hanno gli argomenti spesi nel provvedimento del Tribunale di Benevento, né la medesima iniziativa sarebbe possibile, mentre per quest’ultimo (e, plausibilmente per gli altri Giudici del primo e secondo orientamento), sono doverosi gli uni e l’altra.

Ora – e questo è un altro punto – il valore normativo riconosciuto all’arresto delle SS.UU., è “generale-astratto” non solo nel senso che la norma che si ritiene introdotta verrà applicata anche a casi futuri, ma anche nel senso che un insieme di *ulteriori* attività giuridiche rilevanti *erga omnes* (per esempio, nel caso di specie, appunto, il ricorso alla Corte Costituzionale) viene ad essere reso possibile, e financo imposto come doveroso, laddove la negazione di tale valore determina, invece, l’impossibilità di compierle sensatamente. Tutte queste “possibilità” o “impossibilità” non dipendono dal legislatore, ché, anzi, vede la legittimità della sua stessa azione condizionata da esse. In un certo senso, aver attribuito efficacia normativa all’*obiter dictum* delle Sezioni Unite ha avuto l’effetto di creare un’omogeneità, un contesto uniforme, un “medesimo riguardo”<sup>56</sup>, senza del quale è impossibile un giudizio sulla “ragionevolezza”, vale a dire sulla contraddittorietà o meno dell’azione del legislatore.

naturale retroattività, attesa la natura dichiarativa dell’atto interpretativo solo esplicitato dal legislatore successivo. Questa tesi è oggi in genere rifiutata, cfr. R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004, p. 91. Poiché questa parte della legge “salva decreto ingiuntivo” si riferisce esplicitamente alle controversie in corso, e quindi, di fatto, intenderebbe offrire un’interpretazione *in concreto*, un motivo di illegittimità puramente “interno” potrebbe ritrovarsi nella violazione dell’art. 102 Cost. che riserva la funzione giurisdizionale ai giudici (cfr. Ivi, pp. 87-88).

<sup>56</sup> Secondo l’enunciato del Principio di non contraddizione formulato da Aristotele nel Libro IV della *Metafisica*, cfr. Arist., *Metafisica*, 1005b.

Le contraddizioni che il Tribunale di Benevento vede nell'azione del Legislatore sono possibili solo ed in quanto si sia presupposta un'omogeneità di fondo con l'azione della Suprema corte nella sentenza SS. UU. 19246/2010, solo ed in quanto, cioè, la si è pensata, appunto, come un'opera normativa generale ed astratta.

## 6. Conclusioni

Negli ultimi anni, all'interno soprattutto della teoria generale e della filosofia del diritto l'idea di una collocazione della giurisprudenza tra le fonti del diritto ha suscitato sempre meno scandalo<sup>57</sup>, sebbene anche questo modo di impostare il problema delle capacità normative del giudizio possa oggi sembrare inadeguato per almeno due ragioni. In primo luogo perché si presuppone la sussistenza di un concetto tecnico, saldo e condiviso di "fonte", laddove sembra doversi ammettere, ed è infatti ammessa<sup>58</sup>, la natura endossale della tradizionale definizione tecnica di «fonte di produzione del diritto»<sup>59</sup>, con tutto ciò che questo comporta per quanto riguarda il suo utilizzo nelle argomentazioni giuridiche.

In secondo luogo, e di conseguenza, quando un tale approccio al problema è espresso in dogmatica, nella misura in cui si limita a discutere se inserire o meno l'attività della giurisprudenza all'interno di un presupposto schema, sembra precludersi la possibilità di una valutazione complessiva del fenomeno. Si tratta di un modo tratlazio e, forse, un po' troppo semplicisticamente binario (la giurisprudenza è "fonte"/non è "fonte") di impostare la discussione su quei momenti della fenomenologia giurisprudenziale, piuttosto indocili agli inquadramenti formali, che però ha il difetto di affidarsi forse troppo alle possibilità analitico-tassonomiche di quella che è, e resta, una metafora giuridica<sup>60</sup>. C'è da mettere in dubbio il rigore logico di

<sup>57</sup> Cfr. per una essenziale introduzione, da ultimo G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'introduzione storica e teorica*, ESI, Napoli 2007.

<sup>58</sup> «Al di là delle marcate divergenze di orientamento ideologico degli studiosi, talmente marcate talora da impedire la reciproca "comunicazione" sul piano delle idee costituzionali (specificamente in fatto di assetti istituzionali), essi parlavano (e – se ci si pensa – continuano pure oggi a parlare) uno stesso linguaggio di ordine teorico-generale: si riunivano (e riuniscono), insomma, all'interno di una cornice culturale fatta di termini o concetti, schemi o categorie mentali e, insomma, di quant'altro fa la cultura giuridica di una comunità di operatori che pure al proprio interno si divide sul modo di vedere i problemi e di prospettare le relative soluzioni ma che, nel momento stesso in cui lo fa (e, appunto, per farlo), utilizza uno stesso codice linguistico», così A. Ruggeri, *L'antica (ma tuttora consolidata e diffusa) idea di "sistema" delle fonti e le prospettive di una sua ridefinizione*, in «Diritto e società», 2003, 3, pp. 317–365 (cit. pp. 320-321); cfr. Sarra, *Diritto e ordine*, cit. pp. 21-ss.

<sup>59</sup> Secondo la nozione aristotelica, *endoxa* sono quelle "opinioni riconosciute", quelle che «sembrano a tutti o alla massima parte o ai sapienti e, se a questi, o a tutti o alla stragrande maggioranza o a quelli massimamente noti», cfr. G. M. Azzoni, *Endoxa e fonti del diritto*, in G. A. Ferrari, M. Manzin, *La retorica tra scienza e professione legale*, cit., p. 126.

<sup>60</sup> La metafora della "fonte del diritto" è discussa alla luce di una complessiva ricostruzione filosofica del problema dell'uso del linguaggio metaforico nell'esperienza giuridica in Sarra, *Lo Scudo di Dioniso*, cit., pp. 137-ss.

un'operazione del genere che, per compiersi, è costretta a modificare il livello del discorso, trasformando in definizione formale quello che, in quanto metafora, è, in senso proprio, un dispositivo di modificazione continua degli assetti endossali, al fine di scongiurare l'incommensurabilità tra i parlanti<sup>61</sup>.

Inoltre, questo modo di pensare l'attività di determinazione normativa della giurisprudenza fa presumere la possibilità di contare ancora su un assetto delle fonti, su un "sistema", nel quale i rapporti tra gli elementi e, a seguire, delle norme prodotte da essi, siano chiari e limpidamente determinabili, laddove invece sempre più spesso vengono sollevate perplessità e cercate nuove strade per la riconfigurazione del sistema<sup>62</sup>.

Pertanto, chiedersi se la giurisprudenza decidente sta "dentro o fuori" il novero delle "fonti" è una domanda forse pericolosamente restrittiva in un momento in cui la rottura dello schema moderno, accentratore della produzione giuridica nella "volontà" dello Stato, ha riattivato le possibilità evocative di una metafora tanto antica quanto ricca.

L'opacità che così viene a contraddistinguere il fenomeno della normogenesi, di tutti quei percorsi razionali che conducono a rendere condivisa l'affermazione di esistenza di una norma, si riverbera così sulla stessa identificazione della funzione giurisdizionale.

<sup>61</sup> Cfr. Sarra, *Lo Scudo di Dioniso*, cit., *passim*. Francesco Galgano mostra da par suo le conseguenze spesso del tutto perniciose e fuorvianti della "letteralizzazione" delle metafore giuridiche: come mostrato nei numerosi esempi dell'Autore l'utilizzo delle metafore giuridiche trascurandone la natura figurale produce esiti incomprensibili, cfr. F. Galgano, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, Bologna 2010.

<sup>62</sup> Sul punto C. Sarra, *Diritto e Ordine. Riflessioni sul sistema delle fonti del diritto e la sua crisi*, Cleup, 2012. In G. U. Rescigno, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in «Diritto pubblico», 2002, 3, pp. 767-826, si tenta una ricostruzione del sistema gerarchico delle fonti ponendo al vertice l'art. 11 Cost. inteso quale norma sulla normazione, ritenendo così di dar adeguato conto della struttura multilivello dell'ordinamento contemporaneo che ha accettato la compenetrazione con l'assetto sovranazionale europeo. Così facendo, la fonte "legge", già vertice del sistema "classico", appare collocata all'ottavo posto. Tra le altre proposte di ripensamento del sistema, ricordiamo quella di Franco Modugno tesa alla valorizzazione del principio di competenza in luogo di quello gerarchico (cfr. F. Modugno, *Appunti dalle lezioni sulle fonti normative*, Torino 1999; F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in «Enciclopedia del Diritto», Aggiornamento I, Giuffrè, Milano 1997, pp. 561-587; F. Modugno, *L'invalidità della legge*, Giuffrè, Milano 1970). Oppure a ripensare la stessa gerarchia ma su base assiologica anziché formale, criticando il presupposto tradizionale di una perfetta simmetria tra l'ordine formale delle fonti e l'ordine delle norme prodotte, cfr. A. Ruggeri, *La legge come fonte sulla normazione?*, in «Osservatorio sulle fonti», 2010, 2, p. 32-ss; A. Ruggeri, *È rimediabile il disordine delle fonti?*, in «Osservatorio sulle fonti», 2010, 1, pp. 15-ss; A. Ruggeri, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in «Politica del diritto», 2010, 1, pp. 3-39; A. Ruggeri, *Tecniche di normazione, tutela dei diritti fondamentali, teoria della costituzione*, in «Osservatorio sulle fonti», 2008, 1, pp. 15-ss; A. Ruggeri, *Dinamiche della normazione e valori nella prospettiva di una ricomposizione multilivello del sistema delle fonti*, in Id., "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, XI, 2008, pp. 65-100.

Per provare a gettare alcune linee per re-impostare *ab imis* questa questione sembra opportuno muovere da una riflessione sullo strutturale *essere tra*, che caratterizza il ruolo del giudice: *tra* una pluralità di testi, e *tra* una ancor più ricca e varia pluralità di letture particolari di essi, ciascuna diretta a giustificare un agire particolare, diremmo una pretesa: a che Tizio subisca una pena, a che Caio paghi una somma, a che Sempronio possa vivere sciolto dai propri doveri matrimoniali, ma anche a che sia condivisa l'opinione giustificata sull'esistenza di una certa "norma", o di un certo insieme di norme che appaia irrazionale disattendere nel contesto di discussione.

Partendo da questa premessa, la possibilità di cercare delle forme di vincolo per l'attività del giudice, si apre immediatamente alla considerazione di quell'antichissimo<sup>63</sup>, principio del contraddittorio, offrendo l'opportunità di pensare ad una dimensione, diciamo così, "orizzontale" dei limiti del giudizio, peraltro per nulla ignota alla nostra cultura giuridica<sup>64</sup>.

Così, non sembra insensato provare a pensare l'attività del giudicare come collocata nel punto di incrocio dell'asse "verticale", rappresentato dalla normatività istituzionale in quanto interpretata "in astratto", a prescindere da una concreta necessità decisoria, con quello "orizzontale" rappresentato dal contraddittorio tra le parti, in quanto investa anche pretese sui significati normativi. L'incrociarsi di queste due direttrici da un lato attribuisce multidimensionalità a quello strutturale *essere tra* che è nella stessa radice della funzione *inter-pretante*<sup>65</sup>, e dall'altro indica il luogo – il processo – in cui il presupposto di senso della "norma in astratto", può venire messa in gioco e mostrarsi condivisa o meno<sup>66</sup>.

In effetti, una sopravvalutazione della possibilità di significato univoco dei testi normativi, come espressa dalle teorie formalistiche dell'interpretazione<sup>67</sup>, porta con sé

<sup>63</sup> Sull'origine del principio nella classicità greca cfr. Cavalla, *All'origine del diritto*, cit., pp. 105; E. Rippepe, *Civiltà giuridica europea e retorica giudiziaria: un'anteprima a teatro*, in Manzin, Puppo (a cura di), *Audiatur et altera pars*, cit. pp. 63-95; C. Sarra, *Il diritto e il dilemma*, in Zanuso, Fuselli, *Il Lascito di Atena*, cit., pp. 13-38.

<sup>64</sup> Si pensi ai principi espressi in noti brocardi che in un modo o nell'altro sottolineano un limite ai poteri del giudice in relazione alla necessità di un'attività di parte o una considerazione particolare al dialogo processuale, quali *audiatur et altera pars*, *onus probandi incumbit ei qui dicit*, *iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*, *nec ultra nec extra petita*, *nullo actore nullus iudex*, *apud bonum iudicem bona argumenta plus quam testes valent*, ecc. ecc., cfr. L. Mingardo, F. Reggio, *Principi regole e brocardi nel processo. Riferimenti culturali e metodologici per il giurista europeo*, in Moro (a cura di), *Il diritto come processo*, cit., pp. 157-238.

<sup>65</sup> Francesca Zanuso, in Zanuso, *L'ordine oltre le norme*, cit., p. 64, ci ricorda la vicinanza strutturale del significato etimologico della parola "interpretare" con il principio stesso del dialogo.

<sup>66</sup> Su questo punto cfr. *amplius* C. Sarra, *L'imposizione nell'era della positività pluritipica: la giustizia tributaria e la Filosofia del diritto contemporanea*, in R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova University Press, 2013, in corso di stampa.

<sup>67</sup> Secondo la teoria formalistica o, altrimenti detta, "cognitiva": «l'interpretazione (ivi inclusa quella giudiziale) è atto di scoperta o conoscenza [...] il significato, pertanto, deve ritenersi incorporato ai testi normativi e precostituito all'interpretazione», cfr. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 26-27.

anche l'effetto, non sempre notato, di svalutare l'apporto che la dialettica delle parti può offrire anche su questo punto e, comunque di dare un'immagine del contraddittorio piuttosto depotenziata ed una funzione assai limitata.

Ritenendo che dovrebbe essere sempre possibile per chiunque, posto nelle condizioni adeguate di conoscenza giuridica, trovare una interpretazione vera della disposizione di legge, sicché la decisione sarebbe sempre un'applicazione unidirezionale, sillogistica, monologica e determinata da necessità, si esclude con ciò stesso che la dialettica tra le parti svolga un ruolo nella determinazione di significati normativi, laddove invece nel processo è in gioco anche il senso della specifica pretesa a valere dei testi istituzionali invocati a garanzia del proprio dire. Se l'applicazione è un'attività conseguente all'interpretazione e questa si esaurisce in un rapporto isolato e monologico testo-interprete, è chiaro che postulare la possibilità di una interpretazione vera, toglie spazio e legittimazione al contraddittorio, almeno all'interno della fisiologia del processo. Esso avrebbe senso solo, in seconda battuta, per operare il controllo di correttezza su un'attività che si assume potersi fare, con verità, anche senza. In linea teorica, dunque, la fisiologia del ragionamento giuridico e del processo lo escluderebbe<sup>68</sup>.

E nemmeno potrebbe dirsi che, rimanendo all'interno di questi presupposti, il contraddittorio rivelerebbe tutta la sua importanza nella costruzione del fatto. Innanzi tutto, si ritiene, all'attenzione del giudice non viene portato un fatto qualunque ma un fatto giuridicamente rilevante e quindi già selezionato e costruito, in quanto fatto, a partire dall'interpretazione della qualificazione giuridica di una fattispecie. E se quest'ultima non abbisogna del contraddittorio, nemmeno la costruzione giuridica del fatto ne ha. Ma v'è di più. Se si coniuga il presupposto formalistico con una visione «realista» della *quaestio facti*, in effetti sovente diffusa nella prassi, quando non anche nella dottrina, anche il momento della ricostruzione fattuale, di principio, escluderà il contraddittorio dalla sua fisiologia. Infatti, ove anche in questo caso lo si invochi per garantire che la descrizione si svolga senza "errori" – o, peggio, dolose alterazioni – si sta ammettendo, di nuovo, che esso, nella fisiologia del giudizio (di un ragionamento "corretto", di un soggetto "onesto"), sia del tutto pleonastico.

Ma se questi presupposti epistemologici e giuridici vengono revocati in dubbio, come da più parti oggi tende a fare, e si rifiutino le secche del nichilismo giuridico<sup>69</sup>, ecco che potenzialmente può aprirsi lo spazio per rifare anche i conti anche con il principio del contraddittorio quale limite all'esercizio arbitrario del giudizio<sup>70</sup>. Nel

<sup>68</sup> E tuttavia tale teoria è presupposta in molti valori ed istituzioni della modernità: «Quel che più conta, la teoria cognitiva è incorporata in molte istituzioni vigenti: dalla cosiddetta separazione dei poteri a tutti i controlli di legalità e/o legittimità, quali il controllo di cassazione e il controllo di legittimità costituzionale, fino alla garanzia dei diritti di libertà affidata in ultima istanza al potere giurisdizionale senza alcun controllo o contrappeso esterno alla giurisdizione stessa», R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit. 34.

<sup>69</sup> Sul quale cfr. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2005<sup>2</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. Sommaggio, *Contraddittorio Giudizio Mediazione*, cit., *passim*.

momento stesso in cui si ammette la natura argomentativa dell'interpretazione, come pure la non mera datità del fatto giuridico<sup>71</sup>, allora la contrapposizione tra il vincolo "verticale" e quello "orizzontale", si ridimensiona grandemente, per esprimere una necessaria complementarietà.

Consideriamo che per il modo con cui gli ordinamenti occidentali si sono progressivamente strutturati sul punto, l'attività giurisdizionale che viene a collocarsi tra le determinazioni particolari di una pretesa regolativa generale, non ha il compito di scegliere semplicemente fra le stesse. Essa motiva a sua volta sulla determinazione che adotta, sicché quello che noi chiamiamo genericamente "decisione giurisprudenziale" sembra più propriamente consistere nell'articolazione argomentata di una determinazione normativa puntuale, che ha attuale o potenziale efficacia, e che si colloca tra altre determinazioni individuate specificatamente nel contesto di riferimento. Ed è appunto in questione la logica di quel rapporto che si instaura tra tutte queste determinazioni, che spesso, con riferimento alla sentenza, è stato chiamato di mediazione dialettica<sup>72</sup>.

Più precisamente, come mostrato dalla vicenda qui brevemente discussa, si tratta di chiedersi se, oggi, può dirsi accettabilmente motivata la decisione anche "suprema" – e quest'ultima, quindi, possa dirsi accettabile *tout court* – quand'essa si "sleggi" esplicitamente da una o, peggio, entrambe, le dimensioni "orizzontale" e "verticale" dei vincoli cui, sulla carta, è sottoposto. Questi ultimi sono rappresentati da un lato dallo scontro dialettico delle parti e dall'altro, fuor di finzione, dalla "Legge", nel senso di quel sapere comune che entrambi i contendenti riconoscono come previo e determinante i loro discorsi, dotato di "autorità" nel senso che, proprio in quanto comune, è invocato come alcunché che simultaneamente vi si "impone" e che li "lega"<sup>73</sup>. La capacità di legare di ciò che è autenticamente comune, che ha dato prova di sé come

<sup>71</sup> Ed ha perciò, rispetto alla descrizione, una collocazione metalinguistica. Di conseguenza la descrizione più che un atto meramente riproduttivo imposto dalla cosa stessa sembra invece un tipo di discorso reso possibile dalla previa selezione di adeguate premesse e da un agire linguistico preciso. D'altronde già J. L. Austin riscontrava come anche l'atto constativo (entro cui si colloca la descrizione) è pienamente atto, cioè il prodotto di un agire del soggetto la cui tipica forma linguistica però, a differenza del c.d. performativo, è tale da rendere meno trasparente l'elemento soggettivistico, comunque presente, cfr. J. L. Austin, *Fare cose con le parole*, Marietti, Genova 1997.

<sup>72</sup> È questo un punto sempre richiamato nel magistero di Francesco Cavalla, del quale si vedano le opere già citate nelle note precedenti. Per un sintetico quadro sinottico dei differenti modi con cui si intende il concetto di *dialettica* nella attuale teoria dell'argomentazione e per la differenza tra queste concezioni e la dialettica come intesa dalla prospettiva processuale del diritto, cfr. C. Sarra, *Dialogo tra corti e circolazione delle giurisprudenze. Ancora sull'uso "dialettico" del precedente giurisprudenziale*, in M. Bianchini, G. Gioia (a cura di), *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità. Atti del I Convegno dei Colloquia dei Ricercatori della Scuola di giurisprudenza dell'Università di Padova*, Padova, 13-14 gennaio 2013, CEDAM, Padova 2013, pp. 477-501.

<sup>73</sup> L'etimologia del termine "legge" è molto ricca, e perciò dubbia, venendo richiamati, secondo il Pianigiani, da un lato la stessa radice del latino *ligare*, legare, unire, ma anche il greco *legheim*, collegare, ed infine alla radice più antica e di matrice celtica *lagh* (=legh), da intendersi come porre, giacere, cfr. O. Pianigiani, *Legge*, ad vocem, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Roma-Milano, Segati 1907. Seguendo queste etimologie non è insensato pensare all'idea di legge come qualcosa che esiste come *positum* se ed in quanto comune a chi ne discute e se ne serve come regola per l'agire.



tale accettando di essere messo in discussione radicale, sembra essere una via (forse la sola) con cui ripensare il diritto dopo la secolarizzazione<sup>74</sup>.

<sup>74</sup> L. Palazzani (a cura di), *Filosofia del diritto e secolarizzazione. Percorsi, profili, itinerari*, Ed. Studium, Roma 2011.

## *Processo civile e giudicato «alla deriva»*

ALBERTO TEDOLDI

*Sommario:* 1. Il «giusto processo» secondo una concezione «cognitivista», e non meramente procedurale o, ancor peggio, «decisionista». 2. Il «giusto processo regolato dalla legge» e l'elasticità dei moduli procedurali. 3. Le «nullità innocue» e i principii regolatori del «giusto processo». 4. Il feticcio della durata ragionevole del «giusto processo». 5. Il giudicato civile in crisi. 6. La scomparsa della correlazione tra cognizione piena e giudicato. 7. La crisi della cognizione piena... 8. ...e del processo civile, quale disciplina predeterminata delle forme per la tutela dei diritti.

### *1. Il «giusto processo» secondo una concezione «cognitivista», e non meramente procedurale o, ancor peggio, «decisionista»*

«La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» (art. 111, 1° co., Cost.).

Il c.d. «giusto processo» è modalità attuativa dello *ius dicere* che, per definizione, tende a conferire pacifica stabilità e a dare definitiva certezza alle situazioni giuridiche divenute incerte, perché oggetto di controversia e di lite tra parti, che si contendano un bene della vita, cioè una posizione giuridica o uno stato personale che conferisce loro determinati vantaggi o utilità, di natura patrimoniale o non patrimoniale. È il diritto civile che, da insieme di regole generali e astratte, trae ragione dalla crisi del rapporto giuridico sostanziale e si concretizza e afferma nel prisma dell'accertamento giurisdizionale, che definisce la controversia e chiude la lite con la certezza e la stabilità del giudicato. Come autorevolmente si è scritto, «la situazione di conflitto è fisiologica nel mondo del diritto: l'utopia del sistema dove tutto è pre-regolato (tutto è già accaduto in prospettiva) è rivelata proprio dal fatto che il suo cuore, il *Tatbestand*, troneggia luminoso nella norma ma nel conflitto se ne ritrova l'ombra esangue. Perché la fattispecie invocata è negata, sminuita, fraintesa e la *ars disputandi* si risolve nella lotta per la sua rilevanza. Con il ritorno prepotente della ragion pratica

della controversia e del catalogo antico degli argomenti per prevalere, comprensivo del complementare catalogo delle fallacie e dei sofismi»<sup>1</sup>.

La nozione di «giusto processo», adottata nella riscrittura dell'art. 111 Cost. del 1999, riecheggia il *due process of law* della tradizione costituzionale anglo-americana e il *procès équitable* della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, ratificata in Italia sin dal 1955 (art. 6 CEDU) ed oggi parte integrante del sovraordinato sistema giuridico dell'Unione Europea.

Al sintagma «giusto processo» si attribuisce spesso un significato estrinseco e formale, incentrato su requisiti di giustizia procedurale pura, autosufficienti rispetto al risultato del processo (il provvedimento finale, destinato a divenire *res iudicata*), da ritenere comunque «giusto» indipendentemente dal contenuto, una volta che le garanzie procedurali siano state osservate<sup>2</sup>. Un concetto, dunque, che sorvola sui rapporti tra discipline processuali e accuratezza della decisione.

Senonché l'accostamento dell'attributo di «giusto», afferente a una qualità intrinseca che evoca la giustizia del risultato e, dunque, del contenuto della decisione, a un'espressione semanticamente estrinseca e formale come quella di «processo», che da molto tempo si definisce come concatenazione di atti svolgentesi nel contraddittorio tra le parti e tendente all'emanazione di un provvedimento giudiziale vincolante, contamina la kelseniana «purezza» dei concetti e genera un ossimoro, che deve necessariamente condurre a tener conto non solo dell'osservanza delle forme procedurali, ma anche della qualità del risultato che ne promana.

Un processo può considerarsi «giusto» nella misura in cui aspiri e tenda a garantire non solo il rispetto formale delle procedure, ma anche l'accuratezza nell'accertamento dei fatti e nella soluzione della *quaestio iuris*, attraverso la comprensione (*cum-prebendere*) e l'intelligenza (*intus-legere*) del giudice sulla materia del contendere, da ricostruire con la maggior precisione possibile in esito alla dialettica processuale e alla quale applicare la norma di legge rettamente individuata e interpretata.

La soluzione della *quaestio iuris* è oggi agevolata da massime giurisprudenziali e approfondimenti dottrinali molto più facilmente e rapidamente disponibili che in passato grazie a banche dati e contributi consultabili in via telematica. Il problema investe, soprattutto, la *quaestio facti*, là dove si ritrova «l'ombra esangue» della fattispecie, che ciascun contendente declina a proprio modo e forza dalla propria parte, in serrato confronto dialettico: essa, anfibologica e magmatica qual si presenta nelle contrapposte versioni dei litiganti, esige peculiare attenzione, pazienza e intelligenza ricostruttive. Restano in tal modo coinvolte, in una spirale ermeneutica che continua

<sup>1</sup> Così B. Sassani, *Alessandro Giuliani e la filosofia della non filosofia* (jurisprudence rests not on pure reason), in F. Cerrone (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 281-ss., § 2.

<sup>2</sup> J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1982, pp. 84-ss.; N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè Milano, 1995, *passim*; S. Chiarloni, *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in «Enciclopedia del diritto», *Annali*, II, t. 1, Giuffrè, Milano 2008, pp. 403-ss.

a rimandare dal fatto al diritto e viceversa, come in un giuoco di specchi (o di «neuroni specchio», che secondo le più moderne ricerche di neurofisiologia favoriscono l'empatia, elemento fondamentale nei rapporti interpersonali e per la comprensione autentica dei fatti)<sup>3</sup>, l'esatta individuazione e applicazione della norma o del principio giuridico alla fattispecie ricostruita in seno al processo, man mano che questa vien messa pazientemente a fuoco, ché lo schema sillogistico al quale si è soliti ricondurre la decisione giudiziale (premessa maggiore è la norma, premessa minore la fattispecie concreta, conclusione del sillogismo giudiziario è l'applicazione della norma alla fattispecie concreta per produrre gli effetti giuridici), non è che una semplificazione a posteriori del percorso dialettico compiuto nel processo e attraverso il processo: un *iter* procedurale che va costruendosi in un contesto dialogico a tre (o più) voci, che vede la partecipazione attiva del giudice, non più semplice spettatore e mero arbitro passivo del giuoco dialettico tra le parti, attraverso continui rimandi dal fatto al diritto e viceversa e la selezione delle questioni (di diritto e di fatto) da risolvere per poter giungere a una pronuncia sul merito, secondo un preciso *ordo quaestionum et probationum* che appartiene alla natura stessa del processo e del *iudicium*<sup>4</sup>.

Ognun scorge, allora, come non ci si possa né debba accontentare di una concezione di «giusto processo» meramente procedurale, che prescindendo dalla qualità del risultato e dalla possibilità di conseguirlo attraverso un accertamento dei fatti il più fedele possibile alla realtà materiale, pur nell'osservanza dei ruoli, del principio dispositivo, del contraddittorio e della parità d'armi tra le parti, della posizione di terzietà e imparzialità del giudice, quali valori fondanti qualunque processo che tale voglia chiamarsi.

Potrà allora dirsi che il processo è «giusto» nella misura in cui sia strutturato in modo da indirizzarsi, nei limiti dell'umanamente possibile e nel rispetto delle garanzie e dei ruoli istituzionali, a produrre risultati accurati, ossia provvedimenti corretti dal punto di vista della soluzione sia della questione di fatto sia della questione di diritto, nell'ambito di una concezione «cognitivista» (anziché «decisionista») della giurisdizione, in cui l'accertamento veritiero dei fatti costituisca un fondamentale

<sup>3</sup> Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza Roma-Bari 2004, *passim*. Sui neuroni-specchio v. M. Iacoboni, *I neuroni a specchio. Come capiamo ciò che fanno gli altri*, Bollati Boringhieri, Torino 2008.

<sup>4</sup> Si è parlato, evocando la dialettica aristotelica, di *phronesis* dialogica: v. B. Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 263, dove si rammentano i passi di Aristotele, *Etica Nicomachea*, VI, 5, 1140°, VI, 9, 1142 a-b, e Id., *Metafisica*, III, 1, 995 b, il quale afferma che «ci si trova in miglior condizione per giudicare, quando si sia dato ascolto a tutte quante le tesi contrastanti, proprio come avviene nelle controversie giudiziarie». Conviene altresì segnalare come in Germania sia da tempo compresa la necessità di una partecipazione attiva del giudice alla dialettica processuale sin dalle prime battute, attraverso l'*Hinweis- und Aufklärungspflicht* di cui al § 139 della ZPO, che fa obbligo al giudice di discutere la controversia con le parti, in fatto e in diritto, ma soprattutto esige che egli ponga alle parti i quesiti necessari a chiarire, con completezza e tempestività, tutte le circostanze rilevanti, integrando le informazioni mancanti, indicando i mezzi di prova e formulando le pertinenti istanze.

ideale regolativo, da perseguire in un contesto di contrapposizione dialettica. Non v'è infatti giustizia senza sforzo nella ricerca della verità, nell'ovvia osservanza delle garanzie procedurali e della terzietà del giudice, senza indulgere in tentazioni inquisitorie. La ricerca della verità dei fatti, nel rispetto dei valori e di appropriate tecniche processuali, in relazione alla fattispecie astratta regolata dalla norma applicabile è, infatti, condizione necessaria per la corretta individuazione, interpretazione e applicazione di questa al caso concreto ed è, così, requisito essenziale per la legalità della decisione<sup>5</sup>. Una ricerca della verità da perseguire, a parer nostro, con metodo retorico-dialettico, anziché epistemico-dimostrativo<sup>6</sup>, nel solco delle ricerche di Alessandro Giuliani e nel rispetto del giuoco di contrapposizione tra tesi e antitesi avanzate dalle parti, alle quali è normalmente riservata la deduzione delle situazioni sostanziali e dei fatti principali e probatorii onde quelle traggono fondamento<sup>7</sup>.

## 2. Il «giusto processo regolato dalla legge» e l'elasticità dei moduli procedurali

Che il giusto processo debba essere regolato dalla legge, giusta l'*incipit* dell'art. 111 Cost., significa certo stabilire una riserva di legge di fronte al potere esecutivo, nonché un criterio di legalità processuale a salvaguardia dei soggetti che del processo hanno bisogno e ad esso, volenti o nolenti, sono chiamati a prender parte, di fronte all'esercizio di un pubblico potere, quale si esprime ed esercita nella giurisdizione<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> V. M. Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in Id., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, il Mulino, Bologna 2002, pp. 225-ss.; Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, pp. 113-ss.; S. Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2008, pp. 129-ss., 144-ss.

<sup>6</sup> Così invece Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*; cit.; Id., *La semplice verità*, cit.; adde Id., *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1997, pp. 553-ss.; A. Carratta, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2001, pp. 73-ss., 85-ss.

<sup>7</sup> V. A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano 1961; Id., *L'ordo iudicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in «Rivista di Diritto Processuale», 1988, p. 598; Id., *Dalla litis contestatio al pleading-system (riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo)*, in «Rivista di Diritto Processuale», 1993, pp. 954-ss.. Su Alessandro Giuliani «processualista» v. Cavallone, *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2012, pp. 107-ss. e in Cerrone (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica* cit., 355 ss., di cui v. anche Id., *Riflessioni sulla cultura della prova*, in «Rivista italiana di Diritto e Procedura penale», 2008, pp. 947-ss. Sulla concezione retorica della verità v., soprattutto, F. Cavalla, *Retorica giudiziaria, logica e verità*, in F. Cavalla et al., *Retorica Processo Verità*, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 17-ss.

<sup>8</sup> V. A. Proto Pisani, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in «Foro italiano», 2002, V, pp. 65-ss.; Id., *Il nuovo art. 111 cost. e il giusto processo civile*, in «Foro italiano», 2000, V, pp. 241ss.; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 45-s., dove si sottolinea come l'art. 111, comma 1, Cost. contenga una «tipica riserva di legge, non da regolamenti e neppure dalla giurisprudenza, pur se fatalmente quest'ultima dovrà specificare aspetti concreti che una disciplina di legge anche molto minuziosa – quale è di solito quella processuale italiana – fatalmente lascerà scoperti».

L'art. 111 Cost., nella riscrittura apportata con legge costituzionale del 23 novembre 1999, n. 2, nasce come rivendicazione da parte del potere legislativo della libertà di regolare il processo, soprattutto penale, secondo discrezionali e insindacabili canoni di opportunità e convenienza, senza che il giudice, anche quello costituzionale, possa invaderne il campo<sup>9</sup>.

Questa riserva di legge non va, però, intesa rigidamente, come precostituzione assoluta e indeclinabile di analitiche e anelastiche scansioni procedurali: nessun ordinamento giunge a ritenere illegittime norme che conferiscono al giudice poteri di *case management* (v., ad es., l'art. 140 bis, 11° co., cod. cons., che lascia il tribunale libero di organizzare il processo vertente su un'azione di classe nel modo ritenuto più opportuno ed efficiente), una volta che siano osservati i requisiti fondamentali del contraddittorio e della parità d'armi dinanzi a un giudice terzo e imparziale, precostituito per legge.

In molti procedimenti deformalizzati e che non rispondono ai canoni del processo ordinario di cui agli artt. 163 ss. c.p.c., come quelli camerale (la stessa Consulta l'ha sancito più volte), non si è in presenza né di una cognizione superficiale né di una cognizione parziale: la cognizione è piena, talora pienissima, si potrebbe dire, accadendo che in alcuni di questi procedimenti concentrati, immediati e rapidi l'attendibilità dei risultati istruttori e, correlativamente, le probabilità di giustizia del provvedimento (scaturente all'esito di un'accurata indagine sui fatti e di un'attenta individuazione della norma applicabile) siano addirittura superiori a quelle di un giudizio ordinario, dipanatosi in un tempo lungo se non lunghissimo e dinanzi a giudici via via diversi.

Sarebbe, d'altronde, impossibile esigere la regolazione analitica di ogni singolo passaggio procedurale ad opera della legge e la precisa indicazione dei limiti dei poteri giudiziali, se la si interpretasse nel senso di inibire al giudice l'esercizio di poteri, più o meno latamente, discrezionali in alcuni fondamentali passaggi del processo<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Ben lo ricorda N. Trocker, *Il nuovo art. 111 cost. e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2001, p. 392.

<sup>10</sup> Chiarloni, *Giusto processo (diritto processuale civile)*, cit., pp. 403-ss., il quale soggiunge: «Saremmo forse capaci di dubitare della legittimità dell'introduzione di un sistema di preclusioni giudiziali sul modello tedesco, che sarebbe a nostro giudizio, invece, estremamente opportuna, in quanto consentirebbe di adeguare la disciplina processuale alle peculiarità delle singole cause?»; v. anche Id., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2008, pp. 129-ss., nonché G. Vignera, *Riserva di legge ex art. 111, comma 1°, cost. e rito camerale uniforme*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2012, pp. 554-ss. Su versante opposto, riguardo al principio di legalità delle forme processuali, si colloca, invece, L. Lanfranchi, *Giusto processo (processo civile)*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», XV, Roma, 2001; Id., «*Pregiudizi illuministici e «giusto processo» civile*», in Id. (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 1-ss. e pp. 13-ss.; Id., *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 475-ss. Sul tema del giusto processo, che ha già prodotto una copiosissima letteratura che non è qui possibile richiamare e discutere per intero, v. i saggi di Proto Pisani, Costantino, Trocker, Chiarloni e Pivetti raccolti in M. G. Civinini, C. M.

Il significato storico originario della norma, seppur non vincolante per l'interprete, non era certo quello di obbligare il legislatore ordinario a prefissare minuziosamente ogni regola processuale, ma semplicemente quello di riservargli il potere di farlo, anche con una certa libertà di scelta, osservati i principii fondamentali che nello stesso art. 111 Cost. rinvengono espressione e che peraltro si evincevano già dal sistema costituzionale risultante dagli artt. 3, 24, 108 e dallo stesso art. 111 Cost., anche prima della sua riscrittura<sup>11</sup>.

Non par dunque possibile trarre da tale riserva di legge un divieto assoluto per il legislatore di dare al giudice una certa (inevitabile) discrezionalità nell'organizzare il procedimento, in base alla complessità oggettiva o soggettiva della controversia, consentendogli di semplificare le forme e ridurre i tempi e l'impiego delle risorse là dove la semplicità della lite o la manifesta fondatezza o infondatezza di domande o eccezioni lo consentano, per dedicare maggior tempo ed energie alle liti che lo esigano davvero, secondo un criterio di economia e di proporzionalità che vige in tutti i campi dell'umano operare e come avviene, con i più varii meccanismi procedurali, in tutti gli ordinamenti<sup>12</sup>. Il precetto costituzionale è, infatti, rispettato anche quando il processo non soggiaccia a regole minuziose, a condizione che sia osservato lo *standard* di regole fondamentali indicate nello stesso art. 111 Cost. nonché, comunque e prima di questo, nell'intero plesso delle norme costituzionali in materia processuale (artt. 3, 24, 25, 108 e 111 Cost.): nessun processo, a ben guardare, può permettersi di non affidare alla ponderata discrezionalità del giudice molti degli snodi fondamentali, come avviene anche nel rito ordinario nella fase istruttoria e in quella decisoria, nelle quali il giudice è libero di ridurre i mezzi di prova richiesti dalle parti, di interrompere l'istruzione probatoria quando ritenga bastevoli le prove acquisite, di delegare ad altro giudice l'assunzione di prove costituende, di scegliere le modalità scritte od orali per le difese conclusive delle parti, e via dicendo<sup>13</sup>.

Verardi (a cura di), *Il nuovo art. 111 cost. e il giusto processo civile*, FrancoAngeli, Milano, 2001; L. P. Comoglio, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Giappichelli, Torino, 2004; Id., *Il «giusto processo» civile nella dimensione comparatistica*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2002, pp. 702-ss.; Id., *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in «Nuova giurisprudenza civile», 2001, II, p. 1-ss. e in «Jus», 2000, pp. 335-ss.; G. Monteleone, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 cost.*, in «Giustizia civile», 2001, II, pp. 523-ss.; M. Bove, *Articolo 111 cost. e «giusto processo civile»*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2002, pp. 479-ss.

<sup>11</sup> Cfr. Bove, *Articolo 111 cost. e «giusto processo civile»*, cit., p. 496.

<sup>12</sup> Sul tema v. R. Caponi, *Procedimento sommario di cognizione e canone di proporzionalità (a margine dell'art. 702 bis c.p.c.)*, in «Questione giustizia», 2010, pp. 61-ss.; Id., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2011, pp. 389-ss.; nonché, sul piano comparatistico, i saggi raccolti in A. Dondi (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Giuffrè, Milano 2011 e in A. Carratta (a cura di), *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Jovene, Napoli 2012.

<sup>13</sup> Cfr. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 45-s., nota che l'art. 111, 1° co., Cost. pone una «tipica riserva di legge, non da regolamenti e neppure dalla giurisprudenza, pur se fatalmente quest'ultima dovrà specificare aspetti concreti che una disciplina di legge anche molto minuziosa – quale è di solito quella processuale italiana – fatalmente lascerà scoperti».

### 3. Le «nullità innocue» e i principii regolatori del «giusto processo»

Costituisce ormai *ius receptum* come le regole processuali non siano fini a sé stesse, ma intendano garantire la miglior decisione possibile, sul piano dell'accuratezza non meno che della tempestività, conformemente alla funzione del processo per la tutela delle situazioni giuridiche sostanziali<sup>14</sup>.

Nondimeno, come si ripete nella giurisprudenza di legittimità, dai principii di economia processuale, di ragionevole durata del processo e dell'interesse ad agire si desume che le norme processuali che disciplinano l'attività del giudice a pena di nullità della sentenza o del procedimento non tutelano l'astratta ed estrinseca regolarità dell'attività giudiziaria, ma garantiscono le parti da qualunque pregiudizio al diritto di difesa: talché la parte che denunci la violazione di norme procedurali ha l'onere di indicare in concreto le istanze, le modifiche e le deduzioni che avrebbe presentato, nonché il pregiudizio derivato da tale carenza di attività processuale<sup>15</sup>. Il sindacato della Cassazione sui vizi processuali derivanti dalla violazione dei principii regolatori del giusto processo ex art. 360 *bis*, n. 2, c.p.c. vale a sottoporre a controllo il corretto esercizio da parte del giudice dei poteri che la legge gli accorda per lo svolgimento dell'attività processuale, ogni volta che siano stati lesi i fondamentali valori del processo, anche in assenza di una specifica violazione di regole formali, puntualmente predeterminate *ex lege*.

Giuseppe Chiovenda considerava grave problema di legislazione processuale stabilire «se le forme debbano essere predeterminate dalla legge o se debba essere lasciato all'arbitrio del giudice di regolarle volta per volta, secondo le esigenze del caso concreto», avvertendo che la soluzione favorevole ad ampliare il potere direttivo del giudice rappresenta «un mezzo potente di semplificazione processuale», praticabile «in proporzione della fiducia che, in un dato momento storico, l'ordine giudiziario ispira ai cittadini»<sup>16</sup>. Un problema che, nella contemporanea temperie postmoderna, non può che essere risolto nella direzione dell'elasticità di forme ad «assetto variabile» in base alla complessità della controversia, come hanno fatto e fanno un po' tutti gli ordinamenti processuali attraverso percorsi differenziati (*tracks* o *circuits*), gestiti caso per caso dal giudice o da un suo ausiliario, in un *case management* che adatta le forme processuali ai caratteri della lite, quali palesati dalle reciproche difese

<sup>14</sup> V. Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77 (Est. Vaccarella), in «Foro italiano», 2007, I, p. 1009, con nota di Oriani, in «Rivista di Diritto Processuale», 2007, p. 1577, con nota di Acone e in «Giurisprudenza italiana», 2008, p. 693 (m), con nota di Frasca, nella cui motivazione testualmente si legge che «al principio per cui le disposizioni processuali non sono fine a sé stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito, si ispira pressoché costantemente — nel regolare questioni di rito — il vigente codice di procedura civile».

<sup>15</sup> Cfr., tra moltissime, Cass. 23 febbraio 2010, n. 4340 e Cass. 7 febbraio 2011, n. 3024.

<sup>16</sup> Così G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli 1923, p. 664; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Jovene, Napoli, rist. 1960, pp. 87-ss. V. anche A. Carratta, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in Id. (a cura di), *La tutela sommaria in Europa*, cit., pp. 2-ss.



delle parti (v., da noi, il già citato art. 140 bis, 11° co., cod. cons. sull'azione di classe, secondo cui «il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; [...] regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio»; nonché l'art. 702 *ter*, 5° co., c.p.c. sul procedimento sommario di cognizione, secondo cui «il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto»). Non più, dunque, un modello preconstituito e indistinto per tutte le controversie, ma moduli processuali adattati volta per volta alla bisogna, esattamente come avviene in sede arbitrale (v. l'art. 816 *bis* c.p.c., secondo cui, in mancanza di regole prestabilite dalle parti di comune accordo, «gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio [...] nel modo che ritengono più opportuno», con l'unica direttiva di attuare in ogni caso «il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa»).

Talché soltanto le violazioni di regole procedurali che importino lesione ai valori fondamentali del processo (contraddittorio e parità d'armi, terzietà, imparzialità e precostituzione del giudice, obbligo di motivazione) e generino concreto pregiudizio alla difesa ricevono sanzione. Le altre violazioni danno luogo, al massimo a «nullità innocue», quand'anche tale sanzione sia prevista testualmente da norme della legge processuale, in base a un metro valutativo che non si accontenta più di una previsione generale e astratta, ma che vaglia in concreto e individualmente la lesione sofferta dalle parti nel singolo processo e nella specifica attività processuale preclusa a causa della violazione.

È dunque chiaro come, anche nel campo delle regole processuali, ogni preconstituita certezza tenda a svaporare, per lasciar spazio a soluzioni modulate sul caso singolo e vagliate volta per volta, in base al concreto svolgersi del procedimento.

#### 4. Il feticcio della durata ragionevole del «giusto processo»

Anche il principio di ragionevole durata del processo ha a che fare con la giustizia della decisione e con la sua accuratezza. Non solo per il connotato d'ingiustizia che inquina la sentenza emessa fuori tempo massimo, quand'anche corretta e accurata, magari dopo lustri dall'episodio della vita che ha dato origine alla controversia (*justice delayed is justice denied*), ma anche perché, se passa molto tempo tra il verificarsi dei fatti, l'istruzione probatoria e la decisione diminuiscono l'attendibilità delle fonti e le probabilità di corretta valutazione delle prove<sup>17</sup>: meglio dunque, anche ai fini del-

<sup>17</sup> L. B. Solum, *Procedural Justice*, in «Southern California Law Review», 2004, 78, pp. 251-s., distingue tra *systemic accuracy* (la generale correttezza statistica dei risultati dell'attività giurisdizionale) e *case accuracy* (la correttezza della soluzione del singolo caso).

la ricostruzione dei fatti, un'istruttoria rapida e concentrata, dinanzi a un medesimo giudice, anziché prove assunte a distanza di anni dai fatti, da giudici diversi da quelli poi chiamati a decidere.

Nessuna semplificazione e accelerazione delle forme è mai sufficiente a tenere il passo di un progresso tecnologico e specialistico, che sempre più accentua il divario tra fenomeni giuridicamente rilevanti e capacità neuro-cognitive dell'uomo e, segnatamente, del giudice. Tra un po' forse giungeremo a un processo liofilizzato e istantaneo, magari con qualche soluzione telematica che molto sarebbe piaciuta a Isaac Asimov o a Ray Bradbury, grazie alla quale le parti, inserendo in un *computer* le contrapposte versioni dei fatti mediante la compilazione di moduli *multiple choice*, avranno una risposta in pochi secondi, prima con finalità di ADR, cioè su un piano puramente valutativo onde indurle a definire bonariamente la lite, poi con piena e vincolante sottoposizione ai suoi effetti, magari anche esecutivi. Il procedimento europeo per controversie di modesta entità di cui al Regolamento (CE) n. 861/2007 del Consiglio, dell'11 luglio 2007, svolgentesi secondo un modello quasi esclusivamente scritto e telematico, va in una direzione che, sol pochi lustri fa, ben avremmo ritenuto fantascientifica.

Par, tuttavia, chiaro come tutto ciò rischi di risultare profondamente antiumano e come il processo debba recuperare il suo ruolo di «giusto» ed efficace strumento di tutela delle situazioni soggettive, ispirandosi a un irrinunciabile umanesimo giuridico-forense, che faccia del comune *iter* logico-procedurale compiuto da avvocati e giudice, nell'esercizio dei rispettivi ruoli istituzionali, il fulcro e il centro gravitazionale di quel tipico e dinamico *actus trium personarum* su cui il processo s'impenna, secondo metodologie di contrapposizione dialettica di tesi e antitesi sul fatto non meno che sulla *quaestio iuris*.

L'assillo, diremmo oggidì il «feticcio», della durata ragionevole non può e non deve condurre ad ansie o ad atteggiamenti di scomposto e malinteso efficientismo giudiziale, fornendo pretesti per chiudere la porta a ogni confronto dialogico, magari facendo aggio su cavilli o formalismi per definire le liti bensì in tempi rapidi, ma senza pronunciarsi sul merito e sul concreto bene della vita che le parti postulano in giudizio, dopo aver attentamente ricostruito, conosciuto e compreso la situazione sostanziale controversa. Un rischio quanto mai presente e diffuso ai nostri giorni, nei quali si professa delle preclusioni e delle questioni processuali un mistico culto, ch'ebbe il suo acme con il rito societario del 2003 (d.lgs. n. 5/2003), fortunatamente e assai presto abrogato nel 2009 (con l. n. 69/2009), ma che continua a esercitare i suoi effetti, tutt'altro che benefici, su quella giurisprudenza della Suprema Corte che, in questo torno di tempo, ha fatto della durata ragionevole ex art. 111 Cost. una clausola di stile e un *commodus discessus*, allo scopo di aumentare formalismi, oneri e decadenze processuali che chiudano il processo in rito anziché nel merito, non senza

professare interpretazioni delle regole processuali apertamente difformi rispetto all'enunciato normativo<sup>18</sup>.

Infatti, per riprendere parole della Consulta:

«il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo, quale delineato dalla stessa norma costituzionale [...] Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata. In realtà, non si tratterebbe di un vero bilanciamento, ma di un sacrificio puro e semplice, sia del diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Cost., sia del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24, 2° comma, Cost.: diritti garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo»<sup>19</sup>.

### 5. Il giudicato civile in crisi

Ciò ribadito su un piano generale di politica del diritto processuale civile, nel campo legislativo è ormai da un decennio in Italia che uno dei perni tradizionali del processo, la *res iudicata*, pietra angolare su cui si fondava il sistema e sono state erette assai note teorie<sup>20</sup>, va perdendo sempre più consistenza per ragioni legate a finalità

<sup>18</sup> Per un quadro d'insieme su questi sviluppi v., da ultimo, M. Bove, *Il principio di ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, ESI, Napoli 2010 nonché, con una condivisibile e strenua reazione critica, R. Caponi, D. Dalfino, A. Proto Pisani, G. Scarselli, *In difesa delle norme processuali*, in «Foro italiano», 2010, I, pp. 1794-ss. e G. Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2011, pp. 505-ss. Per ulteriori considerazioni e riferimenti v. sinteticamente, *si vis*, A. Tedoldi, *Un discutibile obiter dictum delle Sezioni Unite: nell'opposizione a decreto ingiuntivo il termine di costituzione è sempre dimidiato a pena d'improcedibilità*, in «il Corriere giuridico», 2010, pp. 1455-ss.

<sup>19</sup> Così, sia pure in materia penale, Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in «Foro italiano», 2010, I, p. 359, con nota di G. Armone, *La Corte costituzionale, i diritti fondamentali e la contumacia di domani*, ivi, pp. 366-371. V. anche la giurisprudenza CEDU e, in particolare, CEDU, 19 ottobre 2004, Makhfi c. Francia, in «Guida al diritto», 2004, n. 46, p. 114, dove si sottolinea come la celerità del processo non possa costituire un valore assoluto, da realizzare a ogni costo, ma richiede di essere temperato con altri valori fondamentali, quali la garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa e l'esigenza di corretta amministrazione della giustizia. V. da ultimo anche Carratta, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, cit., pp. 20-s., dove ulteriori richiami.

<sup>20</sup> V. E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Giuffrè, Milano 1992 (rist); Id., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, in Id., *Problemi di diritto*, I, Giuffrè, Milano 1957; Id., *Saggio polemico sulla «giurisdizione» volontaria*, in ivi, II, pp. 3-ss.; Id., *Trent'anni di applicazione del codice di procedura civile*, in Id. (a cura di), *Commentario del c.p.c.*, I, UTET, Torino, 1973, pp.

deflattive e di accelerazione dei procedimenti. È l'efficacia imperativa e conformativa del provvedimento giurisdizionale *tout court*, sebbene non assistito dal giudicato formale (art. 324 c.p.c.), ad acquisire un'importanza sempre maggiore non solo nelle ricostruzioni teoriche, ma anche nei risvolti e nelle applicazioni pratiche, ben prima e a prescindere dall'acquisizione dell'irretrattabilità e, con questa, della c.d. autorità di giudicato sostanziale, che «fa stato a ogni effetto tra le parti, gli eredi e gli aventi causa» (art. 2909 c.c.)<sup>21</sup>.

Inspirandosi precipuamente a modelli francesi (dei *référé provision*) e tedeschi (delle *einstweilige Verfügungen*)<sup>22</sup>, si è pensato di attenuare il nesso di rigida strumentalità tra provvedimenti cautelari anticipatorii e giudizio di merito inteso alla formazione del giudicato, svincolandoli dalla necessità che questo venga proposto o serbato in vita sino alla formazione del giudicato. S'ebbero così, dapprima in ambito circoscritto per materia e quasi in via sperimentale, l'art. 23 d.lgs. 5 del 2003 in materia societaria (oggi abrogato) e poi, con la riforma del 2006, l'art. 669 *octies*, 6° co., c.p.c. che scioglieva il nesso di strumentalità strutturale (la strumentalità funzionale ovviamente persiste tutt'oggi), che sino ad allora legava il provvedimento cautelare anticipatorio al giudizio di merito e alla sentenza destinata a divenire cosa giudicata, di modo che il provvedimento reso all'esito della cautela continuasse a disciplinare la situazione sostanziale tra le parti, anche se il giudizio di merito teso alla formazione

LCIII-ss.

<sup>21</sup> A partire dalla ben nota teoria di E. T. Liebman, *Giudicato (diritto processuale civile)*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», XV, Roma, 1989; Id., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Giuffrè, Milano 1935, (rist. 1983); Id., *Unità del giudicato*, in «Rivista di Diritto Processuale», 1986, pp. 233-ss.; Id., *Manuale di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 391-ss., che trova oggi eco in Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, la quale, nel contesto dei rapporti tra sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c. e sospensione facoltativa ex art. 337, 2° co., c.p.c. per pregiudizialità-dipendenza in senso tecnico, ha attribuito alla sentenza di primo grado una presunzione *iuris tantum* di conformità al diritto, quale risultato di un accertamento in contraddittorio dinanzi a un giudice terzo e imparziale dotato *ex se* di efficacia conformativa per le parti, anche rispetto alle situazioni giuridiche dipendenti. Per un'impostazione simile v., in precedenza, Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in «Foro italiano», 2006, I, p. 1433, con nota severamente critica di G. Balena, R. Oriani, A. Proto Pisani, N. Rascio, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, di cui subito nel testo; in «Corriere giuridico», 2006, p. 1083, con nota di A. Parisi, *Oggetto dell'appello, onere della prova e principio di acquisizione processuale al vaglio delle sezioni unite*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2006, p. 1397, con nota di G.G. Poli, *L'oggetto del giudizio di appello*, confermata da Cass., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3033, in «Foro italiano», 2013, I, p. 819, con breve nt. critica di richiami di Proto Pisani, la quale ha ribadito il principio per cui i criteri di riparto probatorio desumibili dalle norme generali di cui all'art. 2697 c.c., vanno sì applicati, ma non nella tradizionale ottica sostanziale, bensì sotto il profilo processuale, sicché è l'appellante, in quanto attore nell'invocata *revisio*, a dover dimostrare il fondamento della propria domanda, deducendo l'ingiustizia o invalidità della decisione assunta dal primo giudice, onde superare «la presunzione di legittimità che assiste la sentenza di primo grado».

<sup>22</sup> Sulle quali v. A. Jommi, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Giappichelli, Torino 2005; G. Bonato, *I référé nell'ordinamento francese*, in Carratta (a cura di), *La tutela sommaria in Europa* cit., 35 ss.; L. Di Cola, *L'efficacia dei provvedimenti sommari nell'ordinamento tedesco*, ivi, 94 ss.

della *res iudicata* non fosse neppure iniziato o si fosse estinto. Sopravvive in tal modo *sine die* l'efficacia imperativa e conformativa del provvedimento cautelare anticipatorio, ancorché in via provvisoria e reversibile, poiché non assistita dall'autorità e dall'incontrovertibilità proprie del giudicato (v., infatti, l'art. 669 *octies*, u.c., c.p.c., secondo cui «l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo»), finché non sopravvenga una pronuncia sul merito all'esito di un giudizio che le parti sono libere di introdurre, se proprio non riescano a farne a meno, in qualunque momento, entro i limiti temporali del consolidarsi dei diritti sul piano sostanziale, attraverso gli istituti della prescrizione estintiva o acquisitiva.

La tecnica piacquè a tal segno da estenderla al di fuori del suo campo cautelare d'elezione, per ricomprendervi anche provvedimenti anticipatorii a struttura non cautelare quali sono, ad esempio, i provvedimenti possessorii ex art. 703 c.p.c. e quelli di sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c.: anche in tal caso, infatti, il provvedimento emesso all'esito della fase sommaria ha attitudine a consolidarsi, sia pure senza efficacia di giudicato o addirittura, per le situazioni possessorie ed anche in ipotesi di rigetto, con efficacia (secondo alcuni) di *praecclusio pro iudicato* (s'intende, sulla sola situazione possessoria), in caso di mancata prosecuzione del giudizio di merito, attivabile soltanto su istanza di parte entro un termine perentorio ex art. 703, u.c., c.p.c.<sup>23</sup>.

S'afferma, insomma, il principio per cui ciò che giova e interessa alle parti è d'avere, in tempi sperabilmente rapidi e con forme processuali snelle, un provvedimento giudiziale efficace e attuabile in via di esecuzione coattiva, che astringa il soccombente a osservare la concreta *regula iuris* in tal modo dettata, a prescindere dal consolidarsi della statuizione in un giudicato irretrattabile e incontrovertibile, che le parti avrebbero pur sempre potuto chiedere se solo l'avessero voluto o ne avessero sentito la necessità, onde stabilizzarne ovvero rimuoverne definitivamente gli effetti.

Il crepuscolo del giudicato civile è così evidentissimo, specialmente in alcuni settori (come quelli della proprietà industriale e intellettuale) in cui il *periculum in mora* e l'urgenza di provvedere divengono profili a tal punto stringenti, da rendere quasi sempre intollerabili i tempi di un giudizio di merito teso alla formazione della *res iudicata*.

<sup>23</sup> Cfr., su questi temi, S. Menchini, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2006, pp. 869-ss., che peraltro esclude qualunque efficacia preclusiva dell'ordinanza possessoria, anche in caso di mancata prosecuzione del giudizio di merito, assegnandole un'efficacia puramente provvisoria e interinale, poiché legata alla sola fase interdittiva; nel senso invece dell'efficacia preclusiva cfr. G. Della Pietra, *Riflessioni in punta di penna sul rimodellato procedimento possessorio*, in «Diritto e giurisprudenza», 2005, pp. 260-ss.; E. Marinucci, *Le nuove norme sul procedimento possessorio*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2005, pp. 827-ss. In generale sulla tutela anticipatoria autonoma adde R. Tiscini, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Giappichelli, Torino 2009, passim; U. Corea, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2006, pp. 1262-ss.; L. Querzola, *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, in «Digesto delle discipline privatistiche», sez. civ., Aggiornamento, Torino 2009, pp. 414-ss.

Il fenomeno non deve, tuttavia, scandalizzare più di tanto, una volta che alle parti sia comunque consentito di adire le vie del giudizio ordinario a cognizione piena, con le accuratezze e gli approfondimenti cognitivi del caso, ma inevitabilmente anche i tempi e i costi che esso trae seco. L'apparato giurisdizionale pubblico è risorsa limitata e costosa e il suo utilizzo deve essere economicamente proporzionato alle esigenze effettive di tutela delle situazioni sostanziali<sup>24</sup>. L'attivazione degli strumenti giurisdizionali, secondo l'una o l'altra delle modalità predisposte dall'ordinamento, non può che esser lasciata interamente nella responsabilità delle parti, giusta il principio che accorda a tutti un fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.); ma la gestione di tali strumenti dovrà necessariamente passare attraverso canoni di efficienza e di proporzionalità sapientemente costruiti sulla varietà dei casi concreti, secondo quegli approcci di *case management* che si stanno sempre più diffondendo negli ordinamenti più evoluti, in un contesto dialogico tra giudice e avvocati anche sul versante dell'individuazione del migliore e più appropriato metodo di gestione della singola causa, mercé accordi che investono direttamente le regole procedurali per adattarle, con arte sartoriale, alle peculiarità del caso singolo<sup>25</sup>.

Di fronte a un'evoluzione di tal fatta, che vuol dare a ciascuna causa le appropriate regole procedurali e, all'esito del procedimento, il provvedimento imperativo utile alla tutela effettiva delle situazioni soggettive, è battuta in breccia

«l'idea che la tutela giurisdizionale dei diritti debba necessariamente sfociare in un accertamento con autorità di cosa giudicata. Questa idea è un riflesso della concezione che vede lo scopo del processo essenzialmente nell'attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto. Vedere nell'amministrazione della giustizia una funzione essenziale propria dello Stato moderno al servizio della realizzazione della volontà della legge, con i crismi della relativa incontestabilità sul piano del diritto sostanziale e nel corso dei futuri processi, significa rendersi interpreti di una tradizione alta e ricca di prestigio, ma significa altresì relegare piuttosto sullo sfondo l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono un processo. Tale utilità campeggia viceversa nella

<sup>24</sup> V., per tutti, R. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2011, pp. 389-ss.; Id., *Procedimento sommario di cognizione e canone di proporzionalità (a margine dell'art. 702 bis c.p.c.)*, in «Questione giustizia», 2010, pp. 61-ss.

<sup>25</sup> V., in particolare, L. Cadiet, *Complessità e riforme del processo civile francese*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2008, pp. 1316-s.; Id., *Le conventions relatives au procès en droit français*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», Numero Speciale *Accordi di parte e processo*, settembre 2008, pp. 23-s., nonché M. De Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2010, pp. 282-ss., dove richiami anche a pareri e raccomandazioni europee, che prospettavano, già a partire dal 1984, l'opportunità per il giudice di organizzare e condurre il processo in modo attivo ed accurato, in funzione dei tempi e della qualità della decisione giudiziale, ferma la necessità di tenere presente che le altre garanzie dell'equo processo non possono essere sacrificate sull'altare della rincorsa a tempi processuali sempre più ristretti: v., da ultimo, il punto n. 25 del Parere n. 11 (2008), emesso dal Consiglio Consultivo dei Giudici Europei (CCJE); R. Caponi, *Processo civile e nozione di controversia «complessa»: impieghi normativi*, in «Foro italiano», 2009, V, pp. 136-ss.

concezione della giustizia civile come servizio pubblico rivolto alla composizione delle controversie. Dominante in questa prospettiva è proprio l'utilità aspirata da chi agisce in giudizio, che non si consegue necessariamente solo attraverso un'attuazione della giurisdizione culminante nel giudicato. Il cambiamento nella percezione dello scopo del processo civile conforma e dimensiona il giudicato»<sup>26</sup>.

Una crisi accentuata viepiù nel contesto europeo, posto che la stessa Corte del Lussemburgo non ha esitato a ritenere che il diritto comunitario, ora *tout court* europeo, osti all'applicazione di una norma nazionale, come l'art. 2909 c.c. italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, allorché l'applicazione di tale norma impedisca l'effettività di norme e di decisioni definitive delle autorità europee<sup>27</sup>. E neppure ha esitato a ritenere che il diritto dell'Unione europea osti a una normativa nazionale che limiti la sussistenza della responsabilità dello stato membro per i danni arrecati ai singoli, a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado, ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conduca ad escludere la responsabilità per casi di violazione manifesta del vigente diritto europeo<sup>28</sup>: onde neppure il giudicato prodottosi a seguito di una pronuncia della Cassazione italiana può impedire la prevalenza del diritto dell'Unione europea, a costo di chiamare lo Stato a rispondere per la violazione imputabile ai propri giudici, anche per colpa lieve.

Il giudicato insomma, come ogni umano fenomeno (tanto più quando abbia natura stipulativa e convenzionale in seno alla comunità), non resiste al corso e all'usura del tempo, agli sviluppi e alle complessità delle società postmoderne e del mercato

<sup>26</sup> Così, puntualmente, R. Caponi, *Il giudicato civile dimensionato*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2009, pp. 941-ss., non senza avere osservato che «la tutela giurisdizionale dei diritti si realizza oggi innanzitutto attraverso l'efficacia imperativa del provvedimento giurisdizionale e non culmina necessariamente nel giudicato. Il carattere essenziale della giurisdizione non è da individuare nel giudicato, bensì nel fatto che l'applicazione giurisdizionale del diritto si sostituisce d'autorità all'applicazione compiuta dai soggetti dell'ordinamento e non può essere oggetto di controllo, se non da parte di un altro organo giurisdizionale, ad es., attraverso l'impugnazione del provvedimento. Il giudice conserva quindi il potere di dire l'«ultima parola», anche se può trattarsi, e sempre più frequentemente si tratta, di una parola provvisoria, non definitiva (come quella che è pronunciata attraverso un provvedimento sommario), esposta ad essere modificata o revocata da una successiva». V. già A. Proto Pisani, *Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega*, in «Foro italiano», 1981, V, pp. 244-ss.; E.F. Ricci, *Verso un nuovo processo civile?*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2003, pp. 211-ss., il quale osserva che «è probabilmente venuto il momento di prendere atto anche a livello legislativo che – quando oggetto della contesa sono i diritti di credito – l'utilità pratica della tutela giurisdizionale sta nella formazione del titolo esecutivo più che nell'accertamento».

<sup>27</sup> Corte giustizia CE, 18 luglio 2007, n. 119/05, *Lucchini*, in «Foro italiano», 2007, IV, 532, con nota di Scoditti, in «Corriere giuridico», 2007, 1221, in «Giustizia civile», 2007, I, p. 2649, in «Giurisprudenza italiana», 2008, 381 (m), con nota di B. Zuffi, in «Rivista di Diritto Processuale», 2008, 224, con nota di Consolo.

<sup>28</sup> Corte giustizia CE, 13 giugno 2006, n. 173/03, *Soc. traghetti del Mediterraneo*, in «Foro italiano», 2006, IV, p. 417, con note di Scoditti, A. Palmieri e Giovannetti, in «il Corriere giuridico», 2006, p. 1513, con nota di Conti e in «Diritto e giustizia», 2006, fasc. 29, p. 105, con nota di Morelli.

globale. Già Chiovenda osservava che l'istituto della cosa giudicata in senso sostanziale, intesa come indiscutibilità dell'esistenza della volontà concreta di legge quale affermata nella sentenza, non ha nulla in sé di assoluto e di necessario: dal concetto dell'ufficio del giudice deriva soltanto che la sentenza debba potersi mandare ad esecuzione ed è per mere ragioni di opportunità e di utilità sociale che si introduce nei vari diritti un limite alla discutibilità del *decisum*<sup>29</sup>. La mutevolezza della centralità del giudicato è testimoniata anche dal fatto che, un tempo, non si aveva normalmente produzione di effetti giuridici da parte della sentenza prima che sull'accertamento in essa contenuto fosse sceso il giudicato, donde la riconduzione della categoria chiovendiana degli accertamenti con prevalente funzione esecutiva, ivi inclusa la provvisoria esecutorietà della condanna, al concetto di «mera azione»<sup>30</sup>. L'efficacia imperativa della sentenza, secondo la definizione liebmaniana<sup>31</sup>, anche prima che essa acquisti autorità di cosa giudicata, è ormai un valore acquisito ai nostri giorni.

#### 6. La scomparsa della correlazione tra cognizione piena e giudicato

Neppure resiste all'usura del tempo e al progredire delle umane esigenze quella correlazione biunivoca che viene usualmente posta tra giudicato e processo a cognizione piena, indicandola quale imprescindibile valore costituzionale che osta alla generalizzata sommarizzazione nella tutela dei diritti<sup>32</sup>. Questo perché uno dei termini

<sup>29</sup> V. Chiovenda, *Principii* cit., p. 906-s.; v. anche E. Allorio, *Natura della cosa giudicata*, in *Problemi di diritto*, II, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 161-ss.; E. Fazzalari, *Il lungo cammino della sentenza e della «cosa giudicata»*, in «Rivista di Diritto Processuale», 1988, pp. 595-ss.; A. Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1990, pp. 475-ss.; I. Andolina, G. Vignera, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 63-ss. e pp. 103-ss.

<sup>30</sup> Cfr., per la tesi prevalente a quell'epoca, L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Vallardi, Milano 1923, pp. 547-ss.; Id., *Manuale della procedura civile*, II, UTET, Torino, 1916, pp. 191-s.; M. De Palo, *Teoria del titolo esecutivo*, Detken & Rocholl, Napoli 1901, pp. 37-s.; L. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, V, UTET, Torino, 1902, pp. 207-ss. Sugli accertamenti con prevalente funzione esecutiva v. Chiovenda, *Principii* cit., p. 201-s.; Id., *Istituzioni* cit., I, p. 213-ss.

<sup>31</sup> V. E. T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, Giuffrè, Milano, 1983 (rist.).

<sup>32</sup> V., in particolare, Lanfranchi, *Giusto processo*, cit.; Id., *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in «Giurisprudenza italiana», 1989, IV, pp. 332-ss.; Id., *Procedimento sommario di cognizione societario e giusto processo civile*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», XXIV, Roma, 2004; Id. (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, cit.; Id., *La roccia non incrinata*, cit.; Id., *Del «giusto» procedimento sommario di cognizione*, in L. Lanfranchi, A. Carratta (a cura di), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 1-ss.; A. Cerino Canova, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in «Rivista di Diritto civile», 1987, I, pp. 431-ss., che si richiama a P. Calamandrei, *Abolizione del processo civile?*, in «Rivista di Diritto Processuale civile», 1938, I, 336 ss.; A. Cerino Canova, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, secondo comma)*, in «Rivista di diritto civile», 1977, pp. 395-ss.; L. Montesano, «Dovuto processo» su diritti incisi da giudizi camerali e sommari, in «Rivista di Diritto Processuale», 1989, pp.



della correlazione, cioè il modello di processo a cognizione piena, non è un archetipo predeterminato una volta per tutte, bensì una variabile indipendente, che il legislatore mutevolmente adatta ai bisogni del tempo, dovendo semplicemente osservare le direttive costituzionali caratterizzanti il *due process of law* e, dunque, il contraddittorio e la parità delle armi, la terzietà, l'imparzialità, la precostituzione del giudice e la sua indipendenza, perché soggetto soltanto alla legge, la durata ragionevole del processo, l'obbligo di motivazione del provvedimento decisorio, la sua impugnabilità in Cassazione per violazione di legge: tutto secondo i canoni dettati negli artt. 3, 24, 101, 104 e 111 Cost.

È dunque constatazione ormai lapalissiana che il giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c. – o qualcosa di meno rispetto a questo, come la preclusione *pro iudicato* (limitata al singolo effetto giuridico dedotto in giudizio, senza alcuna efficacia oggettiva ulteriore sul sottostante rapporto giuridico fondamentale, né soggettiva nei confronti di soggetti titolari di rapporti giuridici dipendenti) o, in altri casi ancora, di un giudicato meramente endoprocessuale, per il quale è esclusa ogni efficacia al di fuori di quel singolo procedimento cognitivo o esecutivo (come avviene con lo stabilizzarsi della sospensione dell'esecuzione ex art. 624 c.p.c. o nel concorso dei creditori in sede esecutiva ex artt. 499, 510 e 512 c.p.c. o fallimentare ex art. 96, u.c., l.fall. ovvero, ancora, nell'espropriazione presso terzi ex art. 548 c.p.c. (qual novellato con effetto dal 1° gennaio 2013) – possa prodursi anche all'esito di procedimenti assai lontani e difformi rispetto a un precostituito modello di tutela dei diritti mediante cognizione piena, dagli incerti confini e variabile in base alle materie e alle più diverse esigenze, anziché assolutizzabile *a priori*, a guisa di categoria logica kantiana. Il *conditor* volta a volta elegge e liberamente presceglie il modulo procedurale più adatto alle situazioni che ne formino oggetto, stabilendo il regime dei relativi effetti, sol che si degni di rispettare, con indispensabile ragionevolezza, i fondamentali principii sanciti dall'art. 111 Cost. e dagli altri rilevanti enunciati costituzionali, senza l'osservanza dei quali nessun processo potrebbe mai aversi né portar sensatamente questo nome. Il che peraltro era ben noto ancor prima della novella costituzionale sul «giusto processo»<sup>33</sup>.

915-ss.; A. Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 segg. c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in «Rivista di Diritto civile», 1990, I, pp. 393-ss.; A. Carratta, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, cit., spec. pp. 21-ss. Su questi temi v. anche Tiscini, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., *passim*.

<sup>33</sup> Nel senso di svalutare la portata innovativa dell'art. 111 Cost., quantomeno nel campo del processo civile, v. Chiarloni, *Giusto processo (diritto processuale civile)*, cit., pp. 403-ss.; Id., *Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2000, pp. 1017-ss.; cfr. sempre Id., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, ora in Id., *Formalismo e garanzie. Studi sul processo civile*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 174-ss.; Trocker, *Il nuovo art. 111 cost. e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2001, pp. 381-ss., spec. p. 393.; G. Monteleone, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in «Giustizia civile», 2001, II, p. 523, ritiene che il nuovo art. 111 abbia un'efficacia dichiarativa e non costitutiva, avendo reso esplicito ed incontrovertibile ciò che già costituiva il presupposto implicito del nostro sistema giudiziario; v. anche M. Bove, *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in «Rivista di Diritto Processuale»,

Si pensi, solo per menzionare un esempio, al rito cameral-fallimentare che ha trovato, dopo le recenti riforme, una sistemazione complessiva nel segno di una cameralizzazione delle tutele e, nondimeno, della formazione di un giudicato che, per la pronuncia di fallimento, estende i suoi effetti *erga omnes*, mentre per l'accertamento dei crediti ammessi produce effetti solo endoconcorsuali (art. 96, u.c., l.fall.), gettando dietro le spalle ogni distinzione tra *cognitio plena* e *summaria*<sup>34</sup>. O, ancora, si considerino i procedimenti possessorii (art. 703 c.p.c.), in cui la definitiva statuizione sullo spoglio o sulla molestia può stabilizzarsi all'esito della sola fase sommaria, ove le parti non chiedano, entro un breve termine perentorio, che si svolga altresì un giudizio di merito secondo le forme ordinarie (che usualmente si definiscono a cognizione piena) sulla medesima controversia possessoria, con *petitum* e *causa petendi* identici a quelli della fase sommaria, in una duplicazione di giudizio che, dopo il doppio grado sommario (prima fase e reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c.) concluso con pronuncia collegiale, ogni operatore di buon senso normalmente si astiene dal proporre, poiché mera duplicazione del giudizio reso in forme sommarie. Ovvero si pensi all'intervenuta abrogazione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, tendente al giudicato, per sostituirvi un accertamento sommario compiuto dallo stesso giudice dell'esecuzione e dotato di efficacia puramente endoesecutiva, cioè ai soli fini dell'espropriazione del credito pignorato (art. 548 c.p.c.).

Dall'altro lato, del giudicato si fa (sempre più volentieri) a meno, sol che una tutela effettiva sia data in tempi ragionevoli e nel rispetto di tutte le garanzie del *procès équitable*, che risponda cioè ai canoni di cui all'art. 111 Cost. e all'art. 6 CEDU. I provvedimenti cautelari anticipatorii, che prescindono dal giudizio di merito a cognizione piena, pienamente lo attestano, così come ne dava testimonianza, ancorché assai poco utilizzato e presto abrogato insieme all'impraticabile rito societario, il provvedimento sommario di cognizione ex art. 19 d.lgs. n. 5 del 2003, di cui era espressamente esclusa ogni autorità di giudicato.

### 7. La crisi della cognizione piena...

È dunque la mutevolezza del *tertium comparationis* (cioè di un modello archetipico di processo a cognizione piena, quale categoria *a priori* da assumere immutabilmente in termini generali e astratti, quasi un'Idea platonica) a impedire di correlare

2002, p. 482, il quale afferma che «con la riforma costituzionale in oggetto si sono esplicitate o chiarite meglio garanzie del processo già in precedenza ricavabili per implicito dall'impianto costituzionale». Cfr. anche C. cost., ordinanza, 28 maggio 2001, n. 167, in «Giurisprudenza italiana», 2001, p. 2233, con nota di A. Didone, *Giusto processo, imparzialità del giudice e opposizione allo stato passivo: la Consulta non ci ripensa*; C. cost., ord., 31 maggio 2001, n. 176, *ivi*, p. 2014, con nota di Id., *La terzietà del giudice nell'art. 146 l.f.*

<sup>34</sup> Per approfondimenti sia consentito rinviare a A. Tedoldi, *Il rito cameral-fallimentare e l'efficacia devolutiva del reclamo ex art. 18 l. fall.*, in «Fallimento», 2011, pp. 293-ss.; Id., *Brevi note sul reclamo avverso sentenza dichiarativa di fallimento*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2011, pp. 432-ss.

rigidamente e necessariamente giudicato e cognizione piena in almeno un grado di giudizio: variando il modello legale che volta a volta il legislatore prescelga per realizzare i principii cardine del giusto processo (contraddittorio e parità delle armi, terzietà, imparzialità, indipendenza e precostituzione del giudice, ragionevole durata del processo, obbligo di motivazione e soggezione dei provvedimenti decisori al ricorso per cassazione per violazione di legge), varia anche la correlazione suddetta, nel senso che il giudicato può promanare da procedimenti che, osservate le garanzie fondamentali, non necessariamente si uniformino ai canoni del rito ordinario o a quelli, già di per sé, semplificati del rito del lavoro o, ancora, a quelli brachilogici utilizzati dinanzi al giudice di pace o nelle controversie europee di modesta entità, e via dicendo. Simmetricamente, possono aversi procedimenti accurati e rigorosamente improntati al pieno rispetto delle garanzie costituzionali del giusto processo i quali, nondimeno, non mettano capo a pronunce suscettibili di trascorrere *in rem iudicata*, ma conducano ad accertamenti e statuizioni puramente provvisorii, ancorché dotati di efficacia vincolante.

Vi sono, ad esempio, molti procedimenti camerali che non sono affatto sommarii, nel senso che alla parola si soleva dare, non avendosi una cognizione né parziale né superficiale, bensì una cognizione piena, talora pienissima: si è, infatti, giustamente notato come, in alcuni di questi procedimenti, l'attendibilità dei risultati istruttori e, correlativamente, le probabilità di giustizia del provvedimento siano addirittura superiori a quelle di un processo ordinario, dilatato nei tempi e che vede avvicinarsi numerosi giudici nel corso degli anni<sup>35</sup>. La cognizione in questi procedimenti è deformalizzata, ma un processo rapido, concentrato e connotato da immediatezza nel rapporto tra le parti, il giudice e le fonti del convincimento pare assai meglio destinato a realizzare i canoni chiovendiani sull'oralità e il pieno rispetto del diritto di difesa<sup>36</sup>.

La Corte costituzionale ha già fornito precise indicazioni sulle garanzie fondamentali da osservare nei procedimenti semplificati sui diritti<sup>37</sup> e che vanno attuate

<sup>35</sup> A. Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in «Rivista di diritto civile», 1990, I, pp. 393-ss. e spec. p. 415, dove rileva la circostanza che oggi provvedimenti sommari emanati ex art. 700 c.p.c. o a termine di riti camerali appaiono di gran lunga più razionali e preferibili di sentenze emanate a conclusione di interminabili e sgangherati processi a cognizione piena. V. anche, dopo la riforma dell'art. 111 Cost., G. Vignera, *Riserva di legge ex art. 111, comma 1°, cost. e rito camerale uniforme*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2012, pp. 551-ss.

<sup>36</sup> Cfr. V. Denti, *I procedimenti camerali come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1990, pp. 1105-ss.; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in A. Cicu, F. Messineo (dir. da) *Trattato di diritto civile e commerciale*, III, t. 2, sez. III, Milano, 1992, 470 nt. 190, dove si sottolinea come ben si possa assistere a un accertamento approfondito, all'esito di un procedimento a cognizione sommaria.

<sup>37</sup> Infatti, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha costantemente evidenziato che la scelta discrezionale del legislatore, in materia contenziosa, sfugge al sindacato di costituzionalità nei limiti in cui, ovviamente, non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da

mercé un'organizzazione della dialettica processuale che consenta alle parti di far valere le proprie ragioni, il diritto di dedurre prove, la possibilità di discutere i presupposti e i risultati dell'attività istruttoria, la facoltà di farsi assistere da un difensore.

irragionevolezza ed in quanto assicuri la necessaria salvaguardia delle garanzie del contraddittorio e del diritto alla prova nel modo più completo in almeno un grado di giudizio. Vale a dire che la scelta a favore del processo sommario in materia contenziosa «non è illegittima in sé, ma solo nell'eventualità in cui non vengano assicurati 'lo scopo e la funzione' del processo» (cfr., tra moltissime, C. cost. 14 dicembre 1989, n. 543 e C. cost. 22 dicembre 1989, n. 573, in «Foro italiano», 1990, I, p. 365, con osservazioni di Proto Pisani; C. cost., ordinanza, 9 marzo 1990, n. 120, in «Giurisprudenza costituzionale», 1990, I, p. 683; C. cost., ordinanza, 12 aprile 1990, n. 212, *ivi*, 1201; C. cost. 6 febbraio 2002, n. 18, in «Giurisprudenza italiana», 2002, 1806; C. cost., ordinanza, 14 dicembre 2004, n. 386, in «Foro italiano», 2005, I, p. 657). Per un'analisi di questa giurisprudenza v. A. Carratta, *I procedimenti camerale-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1992, pp. 1049-ss.; Id., *Processo sommario (diritto processuale civile)*, in «Enciclopedia del diritto», Annali, II, 1, Giuffrè, Milano 2008, pp. 877-ss. spec. § 3; Id., *Processo camerale (diritto processuale civile)*, in *ivi*, III, pp. 928 ss.; Id., *La procedura camerale come «contenitore neutro» e l'accertamento dello status di figlio naturale dei minori*, in «Giurisprudenza italiana», 1996, I, 1, 1301 ss., nota a Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, la quale osserva: «il criterio guida, comune denominatore delle scelte operate, va ricercato nel rispetto della tutela giurisdizionale dei diritti e nella garanzia costituzionale di un accertamento non sommario ai fini del giudicato, che postula un processo ad accertamento pieno ed esauriente che non può essere retto dal modello delineato dagli art. 737 ss. c.p.c. cioè dalle disposizioni comuni dettate dal capo VI per tutti i provvedimenti di volontaria giurisdizione in materia di famiglia e di stato delle persone di cui al titolo II, libro IV. La recente produzione normativa in favore del modello di giurisdizione volontaria, ispirata a ragioni di immediatezza e di concentrazione, non toglie che, in materia di diritti o status, lo stesso legislatore ordinario debba rispettare quel minimo di garanzie procedurali in funzione della struttura del rapporto in contestazione. Il che comporta che la giurisdizione volontaria si espande e quindi si allontana dal precedente rito camerale per ammantarsi di forme tipiche del giudizio ordinario, disegnando un nuovo tipo di processo a contenuto oggettivo che, non incidendo sul rapporto sostanziale controverso, rispetta le garanzie delle parti, in ordine alla competenza per territorio, al diritto di difesa e di prova, all'applicazione dei termini ordinari previsti dagli art. 325 e 327 c.p.c. (e non quello di dieci giorni previsto dall'art. 739, 2° comma, c.p.c.). In tal modo» – osserva sempre la Corte – «la giurisdizione camerale, sorta come un'attività di amministrazione del diritto affidata ad organi giurisdizionali, caratterizzata, sotto il profilo strutturale, dalla revocabilità e dalla modificabilità e, sotto quello funzionale, dal non incidere su diritti, è finita col divenire, specie in questi ultimi tempi, per le scelte compiute dal legislatore, come un contenitore neutro – così com'è già avvenuto per le società che possono non perseguire scopo di lucro, ex art. 2615 ter c.c. (Cass. 4 novembre 1982, n. 5787, *id.*, Rep. 1982, voce Consorzi coordinamento produzione e scambi, n. 3) – che può assicurare, da un lato, la speditezza e la concentrazione del procedimento ed essere, dall'altro, rispettosa dei limiti imposti all'incidenza della forma procedimentale dalla natura della controversia che in quanto relativa a diritti o status gode di apposite garanzie costituzionali». V., però, Cass., sez. un., 29 ottobre 2004, n. 20957, in «il Corriere giuridico», 2005, p. 988, con nota di Donzelli, dove si rileva che, «com'è stato osservato da autorevole dottrina, l'incidenza su un diritto altrui dell'esercizio, da parte del giudice camerale, di un potere di gestione non è circostanza che possa considerarsi *extra ordinem*, purché al titolare del diritto sia consentito, come nell'ipotesi in esame è consentito, di chiedere la tutela giurisdizionale piena del diritto inciso. D'altro canto, com'è stato sottolineato dalla stessa dottrina, ed il rilievo risulta ancora più convincente dopo la riforma dell'art. 111 Cost. in tema di giusto processo, la tutela dei diritti e degli status si realizza solo attraverso processi a cognizione piena, destinati a concludersi con sentenze ovvero con provvedimenti aventi attitudine al giudicato formale e sostanziale, non già con procedimenti in cui le modalità del contraddittorio siano rimesse alla determinazione discrezionale del giudice».

Nel tentativo di definire la nozione di procedimento sommario è certamente e concettualmente esatto distinguere i due piani della *cognizione*, imperniata sulle modalità procedurali, rispetto all'*accertamento* che ne consegue, per attribuire la qualificazione di sommarii ai procedimenti connotati da modalità procedurali semplificate rispetto al modello di processo ordinario a cognizione piena adottato dal legislatore nei varii momenti storici e sotto le più diverse latitudini, che sfocia nell'efficacia incontrovertibile della cosa giudicata. Una definizione, come ben vedesi, eminentemente formale, estrinseca e al negativo (è sommario tutto ciò che si discosta dal modulo del processo ordinario a cognizione piena sfociante nel giudicato), oltre che caduca, poiché varia in un rapporto proporzionalità diretta con la variabilità dell'altro termine del raffronto (il modulo volta a volta adottato dal legislatore per la cognizione piena sfociante nel giudicato, purché ragionevolmente rispettoso dei fondamentali canoni del *due process of law*).

Talché si deve concludere che nessun nesso è possibile porre tra scelte del legislatore sull'*an* e sul *quomodo* della cognizione dei fatti di causa e funzione del provvedimento, in relazione diretta con il grado di «certezza» che l'accertamento contenuto nel provvedimento è destinato ad acquisire a norma di legge<sup>38</sup>.

#### 8... e del processo civile, quale disciplina predeterminata delle forme per la tutela dei diritti

Al cospetto di tali e tanti sviluppi e in un contesto in cui la conclamata e incurabile crisi della giustizia civile, la quantità delle postulazioni di tutela e la scarsità delle risorse e degli investimenti economici spingono verso l'adozione di forme procedurali accelerate, ad apparente costo zero per l'apparato statale e finalizzate all'emanazione di provvedimenti semplificati-esecutivi, il processo a cognizione piena diviene recessivo e finanche residuale<sup>39</sup>.

Soprattutto, tende a sfumare, se non a scomparire del tutto, non soltanto ogni corrispondenza biunivoca tra cognizione piena e giudicato, come si diceva nel precedente paragrafo, ma anche e *in apicibus* la rigorosa distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria nella loro sopravvenuta e indifferenziata attitudine a metter capo a provvedimenti giurisdizionali non solo dotati di efficacia imperativa, ma anche passibili di acquisire l'autorità del giudicato.

<sup>38</sup> Così, invece, Carratta, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, cit., pp. 28-s.

<sup>39</sup> A. Proto Pisani, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in «Foro italiano», 2006, V, pp. 53-ss., il quale conclude che «il processo a cognizione piena rimane sempre come baluardo inespugnabile di garanzia. Il ricorso al processo a cognizione piena cessa però di essere (come nella realtà mai è stato) la via necessaria da percorrere per la tutela di qualsiasi diritto. E per tale motivo può non a torto [...] parlarsi di una tendenza verso la residualità del processo a cognizione piena». Una strenua e convinta difesa dell'aurea correlazione, di matrice costituzionale, tra cognizione piena e giudicato si trova da ultimo in A. Graziosi, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2009, pp. 137-ss.

Se la nozione di sommarietà della *cognitio causae* è quanto mai scivolosa e incerta sin dalle sue più remote origini, non essendovi mai stata alcuna corrispondenza tra semplificazione delle forme e riduzione *qualitativa* della *cognitio iudicis*, l'avvento di un procedimento sommario non cautelare qual disegnato negli artt. 702 *bis* ss. c.p.c. – tendenzialmente generale e applicabile a una quantità indefinita di controversie ed il cui provvedimento conclusivo, ove non impugnato entro breve termine, è suscettibile di acquisire l'autorità del giudicato – ridisegna radicalmente il ruolo della cognizione piena e, soprattutto, riduce la differenza tra questa e la cognizione sommaria a non più che una discrasia di forme e di garanzie, in buona misura predeterminate *ex lege* nella prima, lasciate invece alla libera organizzazione del giudice, nel contraddittorio con le parti e nel rispetto dei fondamentali canoni costituzionali, nella seconda<sup>40</sup>. Il risultato non muta, ché ambedue i procedimenti, ordinario a cognizione piena o sommario ex artt. 702 *bis* ss. c.p.c., si concludono con una pronuncia suscettibile di trascorrere *in rem iudicatam*.

La differenza tra processo a cognizione piena e processo sommario riposa sulle forme, in larga parte predeterminate nel primo, elastiche e snelle nel secondo, nel quale si affida al giudice la conduzione del procedimento, invitandolo a concentrarsi sui profili essenziali di questo e ad ammettere, nel dialogo con le parti, soltanto le prove effettivamente rilevanti e fondamentali per stabilire l'esistenza o meno dei fatti controversi. Che è poi quel che storicamente ha sempre connotato il processo sommario, sin dalle sue remote origini nella *Clementina Saepe* del 1306 – nella quale il giudice era invitato ad accelerare il procedimento, «*amputet dilationum materiam, litem quanto poterit, faciat breviorum, exceptiones, appellationes dilatorias seu frustatorias repellendo, partium, advocatorum et procuratorum contentiones et iurgia, testimoniumque superflua multitudinem refrenando*», ma non sino al punto da escludere le «*probationes necessariae et defensiones legitima*» delle parti – come nei successivi sviluppi, che toccarono anche i procedimenti sommarii determinati e, segnatamente, il *processus exe-*

<sup>40</sup> Già Proto Pisani, *Tutela sommaria*, in «Foro italiano», 2007, V, pp. 241-ss. notava che l'inferiorità della tutela sommaria rispetto al processo ordinario a cognizione piena «concerne le garanzie processuali, non necessariamente anche la qualità logica della cognizione»; v. inoltre A. Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Giappichelli, Torino 1997, pp. 229-ss. V. ora M. Fabiani, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2010, pp. 795-ss., spec. 803, dove osserva che «la sommarietà può essere riferita non al tipo di cognizione, ma – se mai – alla svalutazione delle forme [...] È sommario il procedimento diverso da quello di cognizione ordinaria». Anche R. Caponi, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in «Il giusto processo civile», 2009, spec. pp. 1118 e 1121, sottolinea come occorra abbandonare l'idea di cogliere l'essenza della cognizione piena in una diversità logica dell'attività di conoscenza del giudice, per far leva piuttosto sulle diversità strutturali dei processi (quanto a disciplina del procedimento, a contenuto del provvedimento finale, al tipo di stabilità degli effetti di quest'ultimo) e/o sulle loro differenze funzionali, abbandonando la bipartizione tra processi a cognizione piena e procedimenti sommari, a vantaggio della bipartizione tra processo ordinario e procedimenti speciali. Sempre sul tema v., inoltre, L. Tiscini, *L'accertamento del fatto nei procedimenti con struttura sommaria*, in «Il giusto processo civile», 2010, pp. 1185-ss.

*cutivus*, attraverso l'introduzione di espressioni elastiche e l'invito rivolto al giudice a concentrarsi sui punti essenziali della controversia (*wesentliche Punkte*)<sup>41</sup>.

E da codesto utilizzo di formule ampie trasse origine il principio stesso del libero convincimento del giudice, dipoi adottato *generaliter* dalle moderne codificazioni<sup>42</sup>, la cui soglia qualitativa è un confine mobile e soggettivo, insuscettibile di razionalizzazioni sicure e certe, se non in termini di motivazione accurata e di giustificazioni coerenti sul piano logico e intersoggettivo, in esito a un procedimento informato ai canoni della dialettica. Le variazioni di questo labile confine non sono esprimibili né riducibili a equazioni o algoritmi né a teoremi di logica formale, come pure si è autorevolmente suggerito<sup>43</sup>, ma restano affidate a quel livello psicologico d'intima convinzione del singolo giudice che, nel nostro campo d'indagine, ben difficilmente

<sup>41</sup> Cfr. G. Scarselli, *La condanna con riserva*, Giuffrè, Milano 1990, pp. 484-s., ove ulteriori ampi richiami.

<sup>42</sup> V. sul tema la classica monografia di M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milano 1974, nonché G. Verde, *Prova (teoria gen. e dir.proc.civ.)*, in «Enciclopedia del diritto», XXXVII, Milano, 1988, pp. 579-ss., spec. ai §§ 4 e 9; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., pp. 361-ss.; S. Patti, *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in «Rivista di Diritto Processuale», 1985, pp. 481-ss.; L. Lombardo, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Giuffrè, Milano 2000; e, in senso critico, G. Monteleone, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2008, 123 ss. il quale conclude il suo scritto con le seguenti considerazioni: «i caratteri o principi che rendono il processo giusto, vale a dire conforme a se stesso, sono molto semplici e chiari, riducendosi essenzialmente a tre: contraddittorio ed annesso diritto di difesa; assolute imparzialità e terzietà del giudice; un perfetto equilibrio tra i poteri del giudice e quelli delle parti, che permetta a queste di impugnare qualunque provvedimento ingiusto lesivo dei propri interessi. Quando la legge processuale si ispira a detti criteri e cerca di attuarli in concreto, allora il libero convincimento funziona a meraviglia, perché esso si forma gradualmente all'interno del processo e non serve da veicolo per introdurre un pregiudizio dall'esterno. Quando, invece, sulla base di un malinteso concetto di autorità si considerano giurisdizione e processo soltanto come esercizio di un potere monopolistico dello Stato, ponendo il giudice in posizione di supremazia incontrollabile, o difficilmente controllabile, e rompendo il delicato equilibrio con i poteri delle parti, allora si creano le premesse per trasformare il libero convincimento da corretto criterio di valutazione delle prove formatesi in giudizio nel contraddittorio tra le parti (non tra queste ed il giudice!) a strumento per eluderle in funzione di una decisione già presa, che si tratta solo di legittimare formalmente. In quest'ultimo caso è francamente preferibile il sistema della prova legale, perché costituisce un argine molto più sicuro contro il possibile arbitrio del giudice e l'ingiustizia della sentenza». Su questi temi e sulle contrapposte concezioni della prova nel processo civile v., da ultimo, M. Taruffo, *La semplice verità*, cit.; B. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2010, pp. 1-ss.; nonché, *amplius*, Id., *Riflessioni sulla cultura della prova*, in «Rivista italiana di Diritto e procedura penale», 2008, pp. 947-ss.; e la risposta di M. Taruffo, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2010, pp. 995-ss., nonché l'intervento di S. Chiarloni, *La verità presa sul serio*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2010, pp. 695 ss. e l'aspra polemica tra G. Monteleone, *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in «Rivista di Diritto Processuale», 2009, 1 ss. e M. Taruffo, *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, con postilla di Carpi e Romagnoli, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2009, pp. 723-ss.; S. Monteleone, *Le idee confuse del prof. Taruffo*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2009, pp. 1139-ss.

<sup>43</sup> Taruffo, *La prova*, cit., pp. 266-ss.; Id., *La semplice verità* cit., pp. 218 ss.

può distinguersi, qualitativamente parlando, in cognizione di grado pieno e cognizione di grado inferiore, potendosi (al più e semplicemente) dire che nel c.d. processo ordinario di cognizione, per come disciplinato da ciascun *conditor*, potranno trovare tendenziale sfogo tutte le richieste istruttorie delle parti che non appaiano manifestamente irrilevanti o dilatorie o sovrabbondanti e iterative, laddove in un rito snello per forme e accelerato nei tempi il giudice concentrerà l'attenzione sui punti essenziali (i ridetti *wesentliche Punkte*), invitando le parti ad avvalersi soltanto dei mezzi di prova fondamentali e imprescindibili, perché strettamente finalizzati alla rapida formazione del convincimento. È il criterio di selezione delle prove a mutare: tendenzialmente tutte nel rito ordinario, salve le limitazioni coerenti con il principio di economia che anche nel processo ordinario ha da valere; solo quelle essenziali nel rito sommario, in cui celerità e snellezza sono sovraordinate all'approfondimento istruttorio, in ragione della semplicità della controversia.

Ben è d'uopo concludere, dunque, che la qualità della cognizione non è di per sé determinante per la qualificazione dogmatica della natura del procedimento<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Cfr., in termini analoghi, Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, cit., pp. 248-s. nonché, classicamente, H. K. Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, B. Tauchnitz, Leipzig 1859, pp. 304-ss. e 375-ss., secondo cui la qualità dell'accertamento sulla fondatezza della domanda è uguale a quella ottenibile all'esito di un processo ordinario, potendosi parlare di *Wahrscheinlichkeit* soltanto con riguardo all'unilateralità e alla non completezza del *thema probandum* e delle prove che su di questo vertono, le quali potrebbero essere private di effetti dalla successiva dimostrazione delle difese del convenuto, come avviene nelle varie ipotesi di procedimenti sommari determinati, *lato sensu* riconducibili alla moderna figura della condanna con riserva. Anche B. Cavallone, *Les mesures provisoires et les règles de preuve*, in J. Compennolle, G. Tarzia (sous la direction de), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruylant, Bruxelles 1998, p. 173, dove si sottolinea come non sia affatto vero che il giudice dei provvedimenti sommari valuti il materiale istruttorio in base a criteri differenti da quelli utilizzati dal giudice del merito nel momento in cui rende la sentenza definitiva. Diversa potrebbe essere la quantità del materiale istruttorio acquisito e, meno frequentemente, le modalità dell'acquisizione, ma ciò non significa che il giudice nell'emettere un provvedimento sommario faccia qualitativamente qualcosa di meno di ciò che farebbe in un giudizio ordinario, essendo anch'egli astretto a giudicare secondo canoni probabilistici ed avendo i termini «certezza» e «apparenza» un significato psicologico o letterario più che giuridico. V. anche S. Patti, *Artt. 2697-2698 c.c. Prove. Disposizioni generali*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, Bologna-Roma 1987, pp. 164-ss.; nonché Carratta, *Profili* cit., pp. 250 ss., in particolare in tema di *Wahrscheinlichkeit* e *Glaubhaftmachung* nei procedimenti sommari, contrapposte da larga parte della dottrina tedesca (ma non da tutta) al *Vollbeweis* richiesto nel giudizio a cognizione piena: cfr. specialmente D. Leipold, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, C. H. Beck, München 1971, pp. 68-ss. e, su fronte contrapposto, v. i rilievi di O. Ekelöf, *Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins*, in «ZZP», 75 (1962), pp. 289-ss.; Id., *Beweiswert*, in W. Grunsky et alii, *Festschrift für F. Baur*, Mohr, Tübingen, 1981, pp. 343 ss.; R. Bruns, *Beweiswert*, in *ZZP*, 91 (1978), pp. 64 ss., i quali evidenziano come, in realtà, l'*überwiegende Wahrscheinlichkeit* necessaria per un provvedimento sommario finisce per essere sufficiente anche per la pronuncia sul merito, proprio a cagione dell'impossibilità di discernere qualitativamente la cognizione del giudice nelle due sedi. Ulteriori richiami in Carratta, *Profili*, cit., e in L. Di Cola, *L'efficacia dei provvedimenti sommari nell'ordinamento tedesco*, in Carratta (a cura di), *La tutela sommaria* cit., pp. 97-ss. dove si richiama una sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 2005, la quale ha specificato che «*die Glaubhaftmachung ist keine Beweiserleichterung*» rispetto a quella acquisibile nell'*Hauptsachverfahren*,



Anche il processo ordinario dovrebbe essere rapido e snello («semplice, rapido e poco costoso», auspicava Chiovenda sulle orme di Franz Klein; d'altronde, ancor oggi l'art. 81 disp.att. c.p.c., scritto nel 1940, prevede utopicamente che tra le udienze d'istruzione non intercorrano più di quindici giorni... «salvo che, per speciali circostanze, delle quali dovrà farsi menzione nel provvedimento, sia necessario un intervallo maggiore»), per incentrarsi sui profili essenziali della controversia, accantonando ogni formalismo non funzionale alla cognizione della causa, nella perfetta osservanza dei canoni fondamentali del giusto processo.

Ciò spiega la ragione per cui, sul piano diacronico, le forme sommarie instancabilmente ed *ex novo* introdotte dai *conditores* d'ogni latitudine e tempo abbiano via via preso il posto degli anteriori modelli processuali, che la prassi sentiva man mano e con l'andare del tempo inadeguati alle sempre rinnovate esigenze di rapidità dei commerci e dei traffici, tanto più oggi nella nostra società «liquida» (secondo la celebre definizione di Bauman), telematica e postmoderna.

Resta in tal modo priva di base ogni correlazione necessaria tra giudicato e modello (supposto come ordinario) della *cognitio iudicis*, dovendosi pienamente condividere quel che è stato icasticamente scritto, con notevole forza immaginifica:

«le sacre tavole del diritto processuale civile, che piaccia o no, si sono frantumate. L'irruzione nel nostro ordinamento del (così definito dal legislatore domestico) procedimento sommario di cognizione comporta che i valori della tutela dichiarativa, del processo di cognizione, delle impugnazioni e del giudicato non potranno più essere trattati come in passato»<sup>45</sup>.

Ond'è che vien, più prosaicamente, da concludere come la storia, iniziata ben prima della consolidazione datane dalla stessa *Clementina Saepe* nel 1306, tende vichianamente a ripetersi: forme e tempi del processo non sono mai abbastanza celeri per l'evoluzione dell'uomo e della tecnologia di cui egli si avvale. Ogni procedimento sommario e accelerato di nuovo conio, se avrà successo nella prassi, tenderà prima o poi a divenire ordinario e fors'anche a essere ulteriormente superato da qualche altro meccanismo procedurale ancor più rapido e snello, magari istantaneo e, nondimeno, idoneo a concludersi con un'irrevocabile *res iudicata*...finché una disciplina del processo e, con questo, un codice di procedura civile e il diritto processuale stesso non spariranno del tutto, forse in un'*aetas*, non sappiamo in realtà quanto *aurea*, in cui la saggezza degli uomini potrà fare a meno di quelle forme, che sempre sono servite a frenarne l'arbitrio ed hanno costituito, per dirla con Jhering (e con Chiovenda, che dal giurista tedesco riprese l'icastica espressione), «palladio di libertà».

ma di una prova «*in weiteren Sinn*», ben potendo una procedura probatoria deformalizzata consentire di raggiungere «*eine vollständige Aufklärung der Sach – und Rechtslage*».

<sup>45</sup> Così M. Fabiani, *Le prove nei processi dichiarativi semplificati*, in «Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile», 2010, p. 796; contra C. Besso, *Il nuovo rito ex art. 702 bis c.p.c.: tra sommarietà del procedimento e pienezza della cognizione*, in «Giurisprudenza italiana», 2010, pp. 722-ss.

*Spettri normativi. Profili critici della responsabilità penale da esposizione del lavoratore ad amianto nell'ordinamento giuridico italiano*

DANIELE VELO DALBRENTA

... nell'Arcadia c'è una pietra che si chiama asbesto,  
che una volta accesa non può essere spenta ...

S. Agostino, *De Civitate Dei*, XXI, 5, 1<sup>1\*</sup>

*Sommario:* 1. Introduzione. 2. Un breve *excursus* storico. 3. Amianto e salute umana. 4. La principale criticità patologica: il mesotelioma maligno. 5. Il quadro normativo (o del diritto «positivo» rilevante in materia). 6. Una (tragica) fantasmagoria inquisitoria. 6.1. Elemento soggettivo: quale *mens rea*? 6.2. Elemento oggettivo: quale condotta penalmente illecita? 7. (Non ir)ragionevoli dubbi. 8. *Versari in re illicita* – oggi.

### *1. Introduzione*

Nell'Occidente moderno si è essenzialmente guardato alla «positività» del diritto in termini di possibilità, per i consociati, di prefigurarsi – con una qualche compiutezza – le conseguenze giuridiche delle proprie condotte grazie al vigore di testi di legge da tutti conosciuti o comunque – in linea di principio – conoscibili<sup>2</sup>.

<sup>1\*</sup> Il passo in esergo è inserito nella trattazione dei fenomeni naturali inspiegabili. Poco prima si legge: «si deve ammettere che la mancanza di una spiegazione non è un motivo valido per negare che qualcosa sia accaduto o accadrà, dal momento che esistono indubbiamente dei fenomeni riguardo ai quali non si può offrire una tale spiegazione» (trad. it., *La Città di Dio*, Rusconi, Milano 1997, p.1069).

<sup>2</sup> Non è forse del tutto inopportuno notare che tale esigenza fondamentale di prefigurazione non sembra per nulla aver contrastato il processo di «tecnicizzazione» di un diritto, quale appunto quello moderno, marcatamente orientato a consolidare la barriera tra la generalità dei consociati ed il «ceto» dei giuristi, depositario di un linguaggio, di un bagaglio metodologico e di conoscenze specifiche che permettono appunto di districarsi nella congerie dei dati testuali di rilevanza giuridica propri delle società complesse (leggi, sentenze, circolari, contratti etc.). Il processo viene da lontano, e sembra che si possa accostare,

Si comprende bene, quindi, la ragione per cui la questione della positività giuridica è venuta rivestendo particolare rilievo proprio in ambito penale, ove, facendosi baluardo dei diritti inalienabili dell'individuo dinanzi allo Stato, finisce con l'innervare i principi basilari della materia (riserva di legge, tassatività, non retroattività, divieto di interpretazione analogica), in quanto tutti e ciascuno ordinati al principio di legalità<sup>3</sup>, «nucleo qualificante ed essenziale» del c.d. Stato di diritto<sup>4</sup>.

Peraltro, da molti anni a questa parte, a dispetto di note professioni di fede in una compiuta assiomatica formale degli stessi principi-cardine dell'ordinamento giuridico<sup>5</sup>, dura ormai fatica ricondurre la variegata complessità dell'esperienza giuridica all'interno del rassicurante scenario – sopra delineato – di una positività eminentemente *legale* (come pure a lungo si è stati propensi a fare)<sup>6</sup>. E quanto all'esperienza penale va riconosciuto che essa stessa è venuta progressivamente perdendo le connotazioni di una *extrema ratio* ancorata all'evidenza di una lesività materiale di condotte distintamente e frammentariamente «ritagliate» dalla legge come perseguibili<sup>7</sup>.

In particolare, una significativa conferma della crisi della concezione moderna della positività penale ci sembra offerta dall'orientamento della giurisprudenza in relazione ai casi di malattia professionale che si suppone derivata da esposizione anti-doverosa all'amianto, laddove si pretende inflessibilmente di configurare – in capo ad imprenditori, dirigenti, preposti vari in imprese che nella seconda metà del secolo scorso utilizzavano *lecitamente* l'amianto (a vari livelli della filiera produttiva) – una responsabilità penale sulla base di disposizioni giuridiche che, per quanto all'epoca formalmente vigenti, vengono però ora, in sede di «interpretazione», dilatate a dismisura nello «spettro» normativo. Con buona pace di ogni garanzia di diritti individuali, l'azione penale rischia così di originare situazioni che – in diversi casi – non si avrebbe esitazione a definire kafkiane, rivelando l'intrinseca labilità della concezione della «positività» del diritto penale come testualità (quasi fosse scritto *digito Dei*), ed

con Hegel, a quell'accorgimento del tiranno Dionisio, che faceva porre in alto le tavole della legge, in modo che il volgo non le potesse leggere: v. *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821), nell'edizione italiana G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, Laterza, Roma-Bari 1996, § 215, p. 174.

<sup>3</sup> Di ascendenza illuministica, quantomeno nell'attuale formulazione: cfr. *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 2007, I-II; spec., dal vol. I, P. Costa, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, pp. 1-39, G. Alessi, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, pp. 43-79 (sul «condensarsi» del principio tra età di mezzo ed età moderna).

<sup>4</sup> L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in «Enciclopedia Giuridica Treccani», Roma 1990, pp. 1-8, qui p. 2.

<sup>5</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1996<sup>3</sup>, nonché Id., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I-III, Laterza, Roma-Bari 2007-2009. Per una penetrante critica di tale ultima sistemazione cfr. A. Pintore, *Il nome delle cose. In margine a Principia Iuris di Luigi Ferrajoli*, «Sociologia del diritto», 2/2009, pp. 27-50.

<sup>6</sup> Cfr. G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino 1991.

<sup>7</sup> Cfr. F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Il Mulino, Bologna 1990.

anzi il suo prestarsi ad occultare atteggiamenti latamente persecutori quando non ideologici.

Eppure, già *prima facie*, vale al riguardo rimarcare un'anomalia tutta italiana nel primato morale, e cronologico, della giurisprudenza penale su quella civile<sup>8</sup>, e nella ritenuta rilevanza penale «naturale» di cause che altrove hanno interessato la sola giurisprudenza civile, certo non per questo più blanda<sup>9</sup>.

Il fatto è che, pur essendo l'amianto (formalmente) uscito dalle nostre vite da oltre un ventennio, dalle problematiche originantesi dal suo pregresso utilizzo dovrebbero comunque esulare moralismi e preconetti vari; non foss'altro che per considerarle adeguatamente nell'innegabile complessità (basti pensare ai costi che gravano – per le patologie riconducibili all'amianto – sul sistema previdenziale e all'allocazione degli oneri di bonifica), ma anche e purtroppo nella grande, tremenda attualità: secondo recenti stime, si verificano ogni anno circa 90.000 morti da amianto<sup>10</sup>.

Soprattutto, come giuristi, è questione, quella dell'amianto, che ci interroga – nel profondo – sul senso che conferiamo alle disposizioni giuridiche quando vi alludiamo in termini di «diritto positivo».

## 2. Un breve excursus storico

Con il termine «amianto» («che non si consuma», «incorruttibile»), o «asbesto» («che non si spegne», «inestinguibile»), ci si riferisce ad un gruppo di silicati idrati, presenti in natura in diverse parti del mondo (e in particolare in Canada, in Russia, in Sudafrica e, per l'Europa, in Grecia e in Italia, dove veniva soprattutto estratto dall'Amiantifera di Balangero, in Piemonte<sup>11</sup>), e suddivisibile in due grandi gruppi (per un totale di sei tipi): amianti di serpentino (silicati magnesio: crisotilo, o amian-

<sup>8</sup> N. Coggiola, *La Cassazione penale ed il problema della scelta delle teorie scientifiche secondo cui ricostruire la causalità nelle fattispecie di mesoteliomi causati dall'esposizione all'amianto* – Nota a Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2010, n.38991, in «Responsabilità civile e previdenza», 2/2011, pp. 354-369, qui p. 354.

<sup>9</sup> Ché, anzi, negli Stati Uniti le cause civili in materia hanno comportato – per via dell'onerosità – un vero e proprio dissesto del tessuto produttivo, con numerosi fallimenti e relative ricadute occupazionali: cfr. R. Pisano, *L'amianto, il suo utilizzo e gli effetti sull'uomo*, in A. Di Amato et al., *La responsabilità penale da amianto*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 7-50, qui pp. 39-51.

<sup>10</sup> Benché non sia agevole ricompattare per aeree geografiche i dati relativi a trend e picchi di mortalità, se non con un certo margine di approssimazione, solo in Italia si attendono circa 800 casi all'anno di mesoteliomi per il periodo 2012-2024. Cfr. N. Coggiola, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, esi, Napoli 2011, pp. 11-19, A. Marinaccio et al., *Predictions of mortality from pleural mesothelioma in Italy: a model based on asbestos consumption figures supports results from age-period-cohort models*, in «International Journal of Cancer» 2005, 115 (1), pp. 142-147, K. Nishikawa et al., *Recent Mortality from Pleural Mesothelioma, Historical Patterns of Asbestos Use, and Adoption of Bans: A Global Assessment*, in «Environmental Health Perspectives» 2008, 116 (12), pp. 1675-1680.

<sup>11</sup> Immortalata dalle testimonianze di P. Levi, *Nichel*, in Id., *Il sistema periodico*, Einaudi, Torino 1975, pp. 64-83) ed I. Calvino, *La fabbrica nella montagna, reportage* apparso su «L'Unità» del 28 febbraio 1954.

to bianco – l’asbesto propriamente detto), e amianti di anfibolo (silicati di calcio e magnesio: tra cui la crocidolite, o amianto blu, e l’amosite, o amianto bruno)<sup>12</sup>.

In antico, l’amianto è minerale al quale si guarda quasi con venerazione (appel-landolo «lana di salamandra»), specie per via delle sue proprietà ignifughe, che ne determinano un diffuso impiego in manufatti vari, ma anche per rituali funebri ed unguenti portentosì<sup>13</sup>.

Attraverso i secoli, l’amianto mantiene – in certo grado – il suo «ascendente» sociale (tant’è vero che vi fanno riferimento opere capitali le più varie<sup>14</sup>), tuttavia è solo con la rivoluzione industriale che il suo impiego si diffonde all’inverosimile, grazie ad una serie di proprietà: accanto all’elevata resistenza al fuoco e al calore, alla filabilità e alla flessibilità già conosciute in antico, se ne scoprono progressivamente l’elevata resistenza all’azione di agenti chimici e biologici, all’abrasione, all’usura, alla trazione e altresì le proprietà fono-assorbenti e di isolante elettrico, nonché la spiccata affinità per gomma e cemento (da cui il materiale divenuto poi noto come Eternit, a seguito del brevetto ottenuto dall’austriaco Ludwig Hatschek nel 1901<sup>15</sup>). A tutto ciò aggiungasi una proprietà chiaramente non di secondo piano, almeno nelle società industriali: il costo relativamente contenuto.

In Italia, verso la fine degli anni Sessanta era dato riscontrare oltre tremila tipologie merceologiche che utilizzavano amianto: cartoncini per giocattoli, sabbia artificiale per giochi, ferodi per organi di frizione e frenatura di automobili, ascensori, macchinari vari, filtri per sigarette e per purificare vini e bevande, rivestimenti per tubazioni, pannelli isolanti, tegole e grondaie, tessuti, corde, tendaggi, guanti e prese da forno, asciugacapelli, tostapane, assi e ferri da stiro, stufe a gas catalitiche, borse e accessori per l’abbigliamento, strumenti di filatelia, crete da modellare etc. etc.<sup>16</sup>.

Per lunghissimi decenni, però, l’esposizione ad amianto poteva essere quantomai subdola non solo per via dei predetti beni di largo consumo costituiti in tutto o in parte di amianto, e di altri prodotti che lo rendevano altresì commestibile o facilmente inalabile<sup>17</sup>, ma anche e soprattutto data l’amplissima diffusione nell’edilizia

<sup>12</sup> Si veda F. D’Orsi, *Amianto. Valutazione, controllo, bonifica. Manuale per la gestione del rischio*, EPC Libri, Roma 2007<sup>2</sup>, p. 17.

<sup>13</sup> Un’efficace sintesi in O. Bowles, *Asbestos. The silk of the mineral kingdom*, Ruberoid Co., New York 1946, pp. 13-14 e F. Carnevale, L. Nemcova, *L’amianto nella storia e nella civiltà*, in F. Carnevale, E. Chellini (a cura di), *Amianto. Miracoli, virtù, vizi*, Editoriale Tosca, Firenze 1992, pp. 17-24.

<sup>14</sup> Quali, ad es., le *Etymologiae* di Isidoro di Siviglia (XVI, 4, 4), il *Milione* di Marco Polo (XLVIII), il *Gargantua et Pantagruel* di François Rabelais (III, 51), il *Dioscoride* di Pietro Andrea Mattioli (CXIII).

<sup>15</sup> Il nome intendeva ricalcare il latino *aeternitas*. La produzione industriale del cemento-amianto era iniziata, in Austria, già nel 1893. Nel 1902 la licenza per la produzione di Eternit venne acquistata dal commerciante svizzero Alois Steinmann, che fondò, nel 1903, a Niederurnen, la *Schweizerische Eternitwerke AG* (dal 1923 Eternit AG). Per quanto riguarda l’Italia, nel 1907 aprì lo stabilimento Eternit di Casale Monferrato.

<sup>16</sup> Cfr. Carnevale, Chellini (a cura di), *Amianto. Miracoli, virtù, vizi*, cit., parte II.

<sup>17</sup> Si pensi al trattamento del riso per il mercato giapponese, ai serbatoi per la conservazione di liquidi, ai talchi per uso farmaceutico, cosmetico ed industriale e al famoso *Asbestospray*, oggetto di un *leading-*

pubblica e privata, nonché nella coibentazione di mezzi di trasporto (specialmente navi, aerei, carrozze ferroviarie e di metropolitana).

Orbene, tale radicamento socio-economico dell'amianto in Italia era senz'altro dovuto al rapporto privilegiato del nostro paese con questo minerale, avendo dato notevole impulso al suo mercato, di cui era stato a lungo tra i primi fornitori mondiali<sup>18</sup>.

Nessuna meraviglia dunque che, se su scala mondiale si riscontra un'inversione di tendenza nella produzione industriale di amianto solo tra gli anni Ottanta e gli anni Novanta del secolo scorso, in Italia, in un settore cruciale come quello dell'edilizia, tale produzione – che aveva subito una certa flessione verso la fine degli anni Settanta – conosce una nuova impennata nel biennio 1982-1983 ed un calo significativo, ed irreversibile, solo dal 1988<sup>19</sup>. Anzi, nonostante da tempo accreditati studi scientifici andassero raccogliendo allarmanti dati circa la nocività dell'amianto<sup>20</sup>, forse nel declino dell'amianto in edilizia possono addirittura considerarsi prevalenti ragioni di carattere «estetico»<sup>21</sup>.

Negli anni successivi l'amianto viene progressivamente abbandonato nel nostro paese, fino alla definitiva messa al bando con legge 27 marzo 1992, n.257, ma ormai la sua storia socio-economica si era inesorabilmente incrociata con la storia patologica: la singolare struttura fibrosa, caratteristica fisica fondamentale che ne determina le surricordate proprietà, e che ne aveva fatto la fortuna industriale, si era scoperta – a causa della friabilità – alquanto pericolosa per la salute umana<sup>22</sup>.

In particolare, si erano venute consolidando nella comunità scientifica ampie conoscenze circa le diverse patologie eziologicamente riconducibili all'amianto in quanto appunto derivanti dall'inalazione di sue micro-fibre aerodisperse, in grado

*case* – sul quale cfr. C. Perini, *Gli stadi della tutela e la spiegazione causale*, in B. Deidda, A. Gargani (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 137-175, qui pp. 152-155.

<sup>18</sup> L'amianto italiano vantò anche un effimero primato, supplendo per una decina d'anni, all'incirca tra il 1880 e il 1890, a buona parte del fabbisogno industriale mondiale (salvo poi venire soppiantato da quelli più pregiati, ed abbondanti, dei giacimenti del Canada, della Rhodesia, del Sudafrica, dell'Australia, della Russia): v. F. Carnevale, L. Nemcova, *L'amianto nella storia e nella civiltà*, cit., p. 19; R. L. Virta, *Worldwide asbestos supply and consumption trends from 1900 through 2003 – Circular 1298*, U.S. Geological Survey, Reston (Virginia) 2006 (available only online), pp. 2-3.

<sup>19</sup> Virta, *Worldwide asbestos supply and consumption trends from 1900 through 2003*, cit., pp. 8, 30.

<sup>20</sup> G. Piolatto *et al.*, *An update of cancer mortality among chrysotile asbestos miners in Balangero, northern Italy*, in «British Journal of Industrial Medicine», 1990, 47 (12), pp. 810-814.

<sup>21</sup> P. Ficco, A. Muzi, *L'amianto in edilizia*, Pirola, Milano 1996, p.3.

<sup>22</sup> Carnevale, Chellini (a cura di), *Amianto. Miracoli, virtù, vizi*, cit., p. 130: «in un centimetro lineare si possono allineare fianco a fianco 250 capelli, oppure 500 fibre di lana, oppure 1.300 di nylon, oppure 335.000 fibrille di amianto». Ciò detto, non sempre si riflette, però, sul fatto che tali fibre possono essere alquanto pericolose, per l'uomo, se debolmente legate o addirittura libere (ad es. se l'amianto viene impiegato a spruzzo nelle coibentazioni), mentre l'amianto a matrice compatta, come il fibro-cemento, risulta pericoloso solo in caso di lavorazione, deterioramento, scarsa manutenzione, danneggiamento.

di innescare vari processi patologici nell'organismo umano: conoscenze che, però, possiamo considerare ancora lungi dall'essersi assestate almeno per quanto concerne i meccanismi d'azione patogenetici<sup>23</sup>.

D'altra parte, non si è comunque trattato, in Italia come in Europa, di un processo conoscitivo uniforme, rettilineo ed ininterrotto.

Certamente, la stessa latitudine della discussione scientifica complicò non poco le cose: si discuteva, per esempio, se l'amianto fosse un cancerogeno completo o meno (se, cioè, esso potesse considerarsi sia innescante la patologia che aggravante la medesima<sup>24</sup>).

Più ancora, però, si fece forse sentire la continua differenziazione, in fatto di pericolosità per l'uomo, tra le diverse proprietà chimico-fisiche dei vari gruppi di amianto.

Innanzitutto, pur essendovi diversi gruppi di silicati che vanno sotto il nome generico di «amianto», va notato che l'amianto a suo tempo utilizzato nella produzione industriale – in Italia come nella gran parte degli altri paesi – era costituito per il 90% (o, secondo alcuni, per più del 95%) – dal c.d. amianto bianco (crisotilo), ritenuto a lungo sicuro, o comunque il più sicuro, in ragione delle sua minore friabilità.

Così, mentre vennero presto consolidandosi evidenze scientifiche circa la nocività dell'amianto blu per la salute umana, sì che la direttiva 83/478/CEE – da attuarsi entro il 1988 – ne faceva categorico divieto quanto ad ogni utilizzo, l'amianto bianco, di ben più largo impiego, rimase a lungo «sorvegliato speciale»<sup>25</sup>.

Di questa «doppia velocità» nell'elaborazione e, pertanto, nella recezione sociale delle conoscenze scientifiche sulle patologie ingenerate dall'amianto v'è appunto ampia traccia nella legislazione europea degli anni Ottanta, la quale non solo si adoperò per stabilire dei valori-soglia – TLV, *Threshold Limit Values* – che garantissero la salute di chi lavorava a contatto con l'amianto, ma, nell'aggiornarli, li sfasò costantemente rispetto alle due famiglie di amianto. Quando infine la stessa CEE si indurrà a mettere al bando *tutto* l'amianto, e siamo ormai al 1995, con termine ultimo 2005, l'Italia aveva peraltro – per una volta – precorso i tempi rispetto a molti altri paesi, mettendolo al bando sin dal 1992<sup>26</sup>. In ogni caso, il passo fu compiuto solo perché non era risultato – e non

<sup>23</sup> Come indicano anche le risultanze di un recente Workshop: cfr. M. R. Gwinn *et al.*, *Meeting Report: Mode(s) of Action of Asbestos and Related Mineral Fibers*, in «Environmental Health Perspectives», 2011, 119 (12), pp. 1806-1810.

<sup>24</sup> K. Browne, *Asbestos-Related Mesothelioma: Epidemiological Evidence for Asbestos as a Promoter*, in «Archives Of Environmental Health», 1983, 38 (5), pp. 261-266; J. C. Barrett, P. W. Lamb, R. W. Wiseman, *Multiple Mechanisms for the Carcinogenic Effects of Asbestos and Other Mineral Fibers*, in «Environmental Health Perspectives», 1989, 81, pp. 81-89.

<sup>25</sup> Cfr. G. Tweedale, J. McCulloch, *Chrysophiles versus Chrysophobes. The White Asbestos Controversy, 1950s-2004*, in «Isis» 2004, 95 (2), pp. 239-259.

<sup>26</sup> Cfr. R. Pisano, *L'evoluzione storica della normativa italiana e comunitaria in tema di amianto*, in Di Amato *et al.*, *La responsabilità penale da amianto*, cit., pp. 51-73. Per una cronologia dell'adesione al bando dell'amianto da parte dei vari paesi (il primo fu l'Islanda, nel 1983), cfr. R. Haynes, *A Worn-Out Welcome* in «Environmental Health Perspectives» 2010, 118 (7), pp. A298-A303, qui pp. A300-A301.

risulta neppure ora – possibile attestare scientificamente una soglia di sicurezza con riferimento all'amianto bianco<sup>27</sup>.

Indicativa dell'impervietà del cammino della ricerca scientifica sull'eziopatogenesi da amianto, cammino che – come meglio diremo – non parte poi da così lontano, sono le tappe delle pubblicazioni ad essa dedicate dalla IARC (*International Agency for Research on Cancer*), che vedono infine inserito l'amianto, in tutte le sue forme, nel Gruppo 1, e cioè tra le – al momento: 111 – sostanze sicuramente cancerogene<sup>28</sup>.

Tutto questo non può peraltro farci dimenticare che la produzione, la lavorazione e la commercializzazione dell'amianto sono a tutt'oggi lecite in paesi dell'importanza di Cina (30% del mercato mondiale), India (15%), Russia (12%), Brasile (9% - pur con la recente eccezione di alcuni Stati federati tra i più importanti), e che, a dire il vero, si farebbe prima a contare i paesi in cui l'amianto è stato messo al bando, anche solo di fatto (come negli Stati Uniti e, da ultimo, a quanto sembra, in Canada): per ora, si tratta di poco più di una cinquantina in tutto<sup>29</sup>.

Inutile nascondersi, naturalmente, gli enormi interessi in gioco, non solo nel ritardo con cui si sono imposte le evidenze scientifiche<sup>30</sup>, ma anche negli attuali scenari mondiali, che come si diceva non possono certo indurre a ritenere chiusa la «pratica» amianto. È piuttosto recente, in proposito, una polemica che ha coinvolto lo stesso IARC (per presunte interessenze con la Russia)<sup>31</sup>, e che concerne fatti che potrebbero

<sup>27</sup> Ancora alla fine degli anni Novanta si poteva leggere (M. R. Cullen; *Chrysotile asbestos: enough is enough*, in «Lancet» 1998, 351 (9133), p. 1377): «[I] crisotilo, almeno nella forma pura, ha un minimo potenziale causativo del mesotelioma, ammesso che ne abbia»; «il carattere di cancerogeno completo del crisotilo è molto più basso che quello degli anfiboli»; «il crisotilo [...] può essere usato commercialmente con rischi molto bassi per la salute, purché vi siano appropriati controlli dell'esposizione». Cfr. inoltre J. T. Hodgson, A. Darnton, *The quantitative risks of mesothelioma and lung cancer in relation to asbestos exposure*, in «The Annals of Occupational Hygiene» 2000, 44 (8), 565-601 e l'importante review di G. Hillerdal, *Mesothelioma: cases associated with non-occupational and low dose exposures*, in «Occupational and Environmental Medicine» 1999, 56 (8), pp. 505-513.

<sup>28</sup> Si veda IARC *Monographs – Volume 100C. A Review of Human Carcinogens: Arsenic, Metal, Fibres and Dusts*, IARC, Lyon 2012, pp.219-309, le cui risultanze costituiscono una prosecuzione ed un completamento delle acquisizioni circa il carattere cancerogeno dell'amianto consegnate ai precedenti volumi 2 (*Some Inorganic and Organometallic Compounds – 1973*) e 14 (*Asbestos – 1977*).

<sup>29</sup> E un paese come il Giappone solo dal 2007. Cfr. J. LaDou *et al.*, *The Case for a Global Ban on Asbestos*, in «Environmental Health Perspectives», 2010, 118 (7), pp. 897-901.

<sup>30</sup> Cfr., ex plurimis, D. E. Lilienfeld, *The Silence: The Asbestos Industry and Early Occupational Cancer Research – A Case Study*, in «American Journal of Public Health» 1991, 81 (6), pp. 791-800 e J. McCulloch, G. Tweedale, *Defending the Indefensible: The Global Asbestos Industry and its Fight for Survival*, Oxford University Press, Oxford 2008. Si è peraltro registrato anche il caso di realtà industriali che hanno collaborato informalmente, per una migliore azione governativa nella determinazione e nel controllo dei valori-soglia di esposizione, fornendo indicazioni e dati che la ricerca scientifica non aveva ancora potuto accertare: cfr. B. I. Castleman, G. Ziem, *Corporate Influence on Threshold Limit Values*, in «American Journal of Industrial Medicine», 1988, 13 (5), pp. 531-559, qui pp. 545-547.

<sup>31</sup> Cfr. D. Holmes, *IARC in the dock over ties with asbestos industry*, in «Lancet» 2013, 381 (9864), pp. 359-361.



aver in qualche misura contribuito al riaffiorare della tesi di una scarsa, o comunque molto minore, pericolosità del crisotilo<sup>32</sup>.

### 3. Amianto e salute umana

Passando a considerare più da vicino gli effetti dell'amianto per i quali si può considerare ormai comprovata un'incidenza negativa sulla salute umana, è un dato di fatto che la storia patologica dell'amianto comincia comunque tardi, e con riferimento ad una patologia, l'asbestosi, attualmente considerata di secondaria importanza.

Descritta per la prima volta nel 1924, ad opera di Cooke (che conìò il termine)<sup>33</sup>, l'*asbestosi* costituisce una grave compromissione della funzione respiratoria, conseguente all'inalazione di fibre di amianto, il cui quadro clinico è venuto facendosi chiaro già verso i primi del '900, quando diverse circostanze cominciarono a suggerire una tale associazione.

A quanto pare, però, la prima segnalazione sembra risalire al 1898 e si dovrebbe al medico inglese del Charing Cross Hospital Hubert Montague Murray, il quale, nel corso dell'audizione che ebbe innanzi alla Commissione governativa incaricata di esaminare la casistica per il riconoscimento delle malattie professionali, rese delle osservazioni su un'autopsia che poi però non pubblicò su rivista medica<sup>34</sup>.

A proposito dell'asbestosi vanno tuttavia sottolineati fin d'ora due aspetti di considerevole importanza.

Primo: ne è stata presto comprovata la relazione dose/risposta, in virtù della quale la compromissione dell'attività polmonare risulta tanto più grave quanto più si è protratta l'inalazione delle fibre di amianto.

Secondo: il processo patogeno in discorso non ha come esito naturale la morte, che rimane in caso di asbestosi evento del tutto eccezionale, dovuto essenzialmente all'insorgere di complicanze.

Altra patologia di cui sono emerse evidenze circa l'incidenza eziologica dell'amianto è il *carcinoma polmonare*. In materia, il primo studio strutturato sembra do-

<sup>32</sup> D. Bernstein *et al.*, *Health risk of chrysotile revisited*, in «Critical Review in Toxicology», 2013, 43 (2), pp. 154-183.

<sup>33</sup> Il dottor Cooke pubblicò sul *British Medical Journal* le risultanze dell'esame autoptico condotto sul corpo di un'operaia tessile inglese, Nellie Kershaw, deceduta nel 1924 – all'età di 33 anni (in fabbrica dall'età di 13 anni): W. E. Cooke, *Fibrosis of the lungs due to the inhalation of asbestos dust*, in «British Medical Journal» 1924, 2 (3317), p. 147 (che così esordisce: *The following case is of importance because it is the first in English medical literature to be definitely proved*).

<sup>34</sup> H. M. Murray, *Statement before the committee in the minutes of evidence*, in «Report of the Departmental Committee on Compensation for Industrial Diseases», H. M. Stationery Office, London 1907, pp. 127-128 (spec. p. 127, nn. 4078 e 4081, ove l'A., pur asserendo di non nutrire seri dubbi circa il fatto che la morte del lavoratore, a 33 anni, fosse stata causata dall'amianto, ammette di non poter disporre di alcuna statistica al riguardo). Cfr. inoltre M. Greenberg, *Classical Syndromes in Occupational Medicine: The Montague Murray Case*, in «American Journal of Industrial Medicine», 1982, 3 (3), pp. 351-356.

vuto a Richard Doll, e data addirittura al 1955<sup>35</sup>, quantunque già in precedenza si fossero osservati casi di tumore al polmone in soggetti affetti da asbestosi<sup>36</sup>.

Peraltro, l'azione dell'amianto nell'insorgenza del carcinoma polmonare risulta ancora nient'affatto chiara nei meccanismi, soprattutto in ragione della possibile interferenza di potenti sinergie: tra i fattori sinergici estrinseci, si possono anzitutto menzionare fumo di sigaretta, agenti chimici, inquinamento ambientale, dieta<sup>37</sup>.

In concreto, una diagnosi che corredi con una qualche certezza il carcinoma polmonare all'esposizione ad amianto può risultare alquanto problematica, se non impossibile<sup>38</sup>.

C'è poi, ed infine (premettendo la possibile – ma ancora più incerta – correlazione tra esposizione ad amianto ed altre forme tumorali specifiche<sup>39</sup>), il *mesotelioma maligno*.

Si tratta di una terza, gravissima forma di patologia la quale assume, nel momento attuale, il maggiore rilievo quanto alle cause penali in discorso giacché viene reputata «evento-sentinella» di pregressa esposizione ad amianto, tanto più se lavorativa.

Tutto ciò ne impone una trattazione a parte.

#### 4. La principale criticità patologica: il mesotelioma maligno

Il mesotelioma è una forma tumorale, studiata già in tempi relativamente lontani<sup>40</sup>, che, laddove maligna (e a questa sola forma per l'innanzi ci riferiremo), si pre-

<sup>35</sup> R. Doll, *Mortality from lung cancer in asbestos workers*, in «British Journal of Industrial Medicine», 1955, 12 (2), pp. 81-86.

<sup>36</sup> Almeno da W. B. Wood, S. R. Gloyne, *Pulmonary Asbestosis: A Review of 100 cases*, in «Lancet», 1934, 24 (5808), pp. 1383-1385 (che riporta due casi di cancro polmonare in una coorte di cento soggetti affetti da asbestosi); la correlazione vera e propria si adombrò, su base epidemiologica, in uno studio successivo: cfr. J. M. Lynch, W. A. Smith, *Pulmonary asbestosis III: Carcinoma of the lung in asbesto-silicosis*, in «American Journal of Cancer», 1935, 24, pp. 56-64.

<sup>37</sup> A. Ruano Ravina, A. Figueiras, J. M. Barros Dios, *Lung cancer and related risk factors: an update of the literature*, in «Public Health», 2003, 117 (3), pp. 149-156.

<sup>38</sup> Sulle zone oscure della relazione tra esposizione all'amianto e cancro polmonare cfr. J. Suvatne, R. F. Browning, *Asbestos and Lung Cancer*, in «Disease-a-Month», 2011, 57 (1), pp. 55-68.

<sup>39</sup> Come i tumori del tratto gastro-intestinale, della laringe e delle ovaie.

<sup>40</sup> La prima evidenza di un mesotelioma pleurico sembra risalire a E. Wagner, *Das tuberkelähnliche Lymphadenom*, Otto Wigand, Leipzig 1871, dove viene descritto un caso di linfadenoma della pleura «simile ad un tubercolo» (l'A. riprende un suo precedente studio). Già un secolo prima di Wagner il medico francese J. Lieutaud parrebbe aver intuito – da due esami necroscopici – tale entità nosologicamente distinta (*Historia anatomico-medica*, I, Apud Thomam Bettinelli, Venetiis 1779, p. 275, nn. 84-85), ma sulla possibilità di una vera e propria scoperta pesavano le difficoltà categoriali legate al concetto, clinicamente confuso, di endotelioma (cfr. H. E. Robertson, «*Endothelioma of the Pleura*», in «Journal of Cancer Research», 1924, 8, pp. 317-375). Ad ogni modo, nelle rassegne si comincia spesso da Wagner per «saltare» a metà del Novecento: cfr. J. C. McDonald, A. D. McDonald, *The epidemiology of mesothelioma in historical context*, in «European Respiratory Journal», 1996, 9 (9), pp. 1932-1942.

senta come particolarmente aggressiva e dolorosa. Esso colpisce il tessuto mesoteliale, ossia quel tessuto che riveste vari organi dell'organismo umano, e che prende il nome di pleura a livello toracico, di peritoneo a livello addominale, di pericardio a livello cardiaco, di albuginea a livello testicolare e ovarico.

I casi di mesotelioma – specie pleurico – costituiscono la vera criticità nella responsabilità penale da esposizione lavorativa ad amianto, e il perché è presto detto: a differenza dell'asbestosi, si tratta di una neoplasia, la quale, se maligna, è a prognosi infausta e caratterizzata da una breve sopravvivenza<sup>41</sup>; a differenza del carcinoma polmonare, la patogenesi del mesotelioma, almeno dagli studi condotti da John Christopher Wagner fin dall'inizio degli anni Sessanta<sup>42</sup>, viene ritenuta con elevato grado di probabilità ricollegabile all'amianto.

Nondimeno alcune succinte considerazioni renderanno compresi degli spiccati profili di problematicità che pure sussistono al riguardo.

1) È sì vero che il mesotelioma viene comunemente tenuto per patologia «firmata» dall'amianto, tuttavia è pur vero che un buon 20-30% di casi non è ricollegabile all'esposizione ad amianto, ma a fattori patogeni di ordine vario e di tutt'altro che agevole individuazione<sup>43</sup>: pregresse lesioni tubercolari, patologie infiammatorie croniche, patogenesi virale (SV40), radiazioni ionizzanti, agenti chimici, fibre artificiali o altri minerali come l'erionite<sup>44</sup>.

2) Il mesotelioma è malattia lungolattente: vale a dire che dal momento in cui si innesca il processo patologico al momento in cui il tumore si sviluppa, portando in genere a morte il soggetto in capo a poco tempo, può trascorrere un considerevole numero di anni. Mediamente si tratta di un periodo di 35-40 anni, eccezionalmente con punte inferiori intorno a 20 e con punte superiori intorno a 50<sup>45</sup>. Va da sé che in questi casi si rendono di particolare utilità riscontri epidemiologici specifici.

3) Non sembrano esservi evidenze sufficienti a sostenere che il mesotelioma sia dose-correlato. Senza per questo accedere alle risultanze di quegli studi intesi a mo-

<sup>41</sup> Cfr. M. Gangemi *et al.*, *La sopravvivenza per i casi di mesotelioma maligno: review degli studi pubblicati*, in «Il Registro Nazionale Mesoteliomi. Secondo Rapporto», s.l., s.d. (2002), pp. 71-79.

<sup>42</sup> J. C. Wagner, C. A. Sleggs, P. Marchand, *Diffuse pleural mesothelioma and asbestos exposure in the North Western Cape Province*, in «British Journal of Industrial Medicine», 1960, 17 (4), pp. 260-71.

<sup>43</sup> Cfr. B. Jasani, A. Gibbs, *Mesothelioma Not Associated With Asbestos Exposure*, in «Archives of Pathology & Laboratory Medicine», 2012, 136 (3), pp. 262-267.

<sup>44</sup> Merita forse particolare attenzione il caso dell'erionite, un tipo di zeolite che si trova di frequente in natura, nelle aree vulcaniche (vi sono minerali di questo gruppo anche nelle vulcaniti toско-laziali), la quale presenta una struttura fibrosa al pari dell'amianto, ma con proprietà fisico-chimiche diverse. A partire dal 1978, studi su popolazioni della Cappadocia esposte ad erionite hanno evidenziato un'elevata incidenza per mesotelioma in assenza di significative esposizioni ad amianto. E i risultati accumulati in questi decenni di ricerche potrebbero risultare ora decisivi altrove: cfr. M. Carbone *et al.*, *Erionite exposure in North Dakota and Turkish villages with mesothelioma*, in «Proceedings of the National Academy of Sciences», 2011, 108 (33), pp. 13618-13623.

<sup>45</sup> Cfr. A. Linton *et al.*, *The ticking time-bomb of asbestos: Its insidious role in the development of malignant mesothelioma*, in «Critical Review in Oncology/Hematology», 2012, 84 (2), pp. 200-212, qui p. 207.

strare la dose-indipendenza del mesotelioma (bersagliati da critiche)<sup>46</sup>, bisogna peraltro convenire sul fatto che nulla, ora come ora, autorizza a ritenere scientificamente che l'innescò del processo patologico derivi dal solo protrarsi dell'esposizione, anziché determinarsi in un momento preciso con il concorso di certe condizioni.

4) Altro punto problematico, connesso al precedente, è quello delle caratteristiche dimensionali delle fibre: secondo alcuni studi, solo fibre ultra-fini – e cioè con diametro inferiore a 0.2  $\mu\text{m}$  – sarebbero in grado di esplicare un'azione cancerogena; è stato ribattuto che la schiacciante presenza di fibre ultra-fini nella pleura sarebbe dovuta al processo di «bio-trasformazione» depurativa (*clearance*) che ogni fibra subisce nell'organismo, ma sembrano sussistere efficaci contro-argomenti<sup>47</sup>.

5) Non si può qui neppure passare sotto silenzio un aspetto sul quale peraltro spesso si soprassiede: checché se ne possa pensare, la stessa diagnosi di mesotelioma sembra tutt'altro che scevra da implicazioni problematiche, se è vero che, come risulta da alcuni studi, non solo non v'è piena concordanza sui criteri della medesima, ma, con i medesimi preparati istologici, in passato i patologi sono addivenuti a conclusioni sovrapponibili solo nel 50% dei casi circa<sup>48</sup>.

6) Com'è facile immaginare, anche in questo campo sono state compiute ricerche che hanno suggerito, sia pure senza margini di certezza al momento significativi, una suscettibilità individuale per la quale il mesotelioma tenderebbe ad interessare in modo diverso le persone a seconda di una predisposizione genetica, evincibile soprattutto da familiarità con certe forme tumorali (ciò che determinerebbe sensibili differenze circa l'esposizione necessaria all'«innescò»)<sup>49</sup>.

Potremmo continuare nella nostra elencazione (del tutto indicativa, e punto concludente), se non fosse che, anche fermandoci qui, non parrà certo arbitrario rilevare che – ora come ora – sul piano scientifico v'è ben poco di «scontato» circa l'eziopatogenesi da amianto dei mesoteliomi<sup>50</sup>. Né, purtroppo, sembra di poter più di tanto

<sup>46</sup> Mi riferisco agli studi di G. Chiappino: cfr. ad es. Id., *Mesotelioma: il ruolo delle fibre ultrafini e conseguenti riflessi in campo preventivo e medico legale*, in «La Medicina del Lavoro», 2005, 96, pp. 3-23.

<sup>47</sup> Oltre a Chiappino, *Mesotelioma: il ruolo delle fibre ultrafini e conseguenti riflessi in campo preventivo e medico legale*, cit., v. K. Abú Shams, I. Pascal, *Características, propiedades, patogenia y fuentes de exposición del asbesto*, in «Anales del sistema sanitario de Navarra» 2005, 28, Supl. I, pp. 7-11, qui p. 9; Linton, Vardy, Clarke, van Zandwijk, *The ticking time-bomb of asbestos: Its insidious role in the development of malignant mesothelioma*, cit., pp. 204-205. In Italia i dubbi latitano, perlomeno in frangenti giuridici: cfr. B. Terracini, F. Carnevale, F. Mollo, *Amianto ed effetti sulla salute: a proposito del più recente dibattito scientifico-giudiziario*, in «Foro italiano», 2009, 3, coll. 148-156, qui coll. 152-153.

<sup>48</sup> Cfr. A. D. McDonald, J. Corbett McDonald, *Epidemiologic surveillance of mesothelioma in Canada*, in «Canadian Medical Association Journal». 1973, 109 (5), pp. 359-362. Per lo stato dell'arte, C. Ciocan, E. Pira, *Il mesotelioma: aspetti diagnostici, ruolo dei fattori temporali nell'incidenza della malattia e relative implicazioni medico-legali*, «Rivista italiana di medicina legale», 2012, 34 (4), pp. 1613-1630.

<sup>49</sup> D. Ugolini et al., *Genetic susceptibility to malignant mesothelioma and exposure to asbestos: The influence of the familial factor*, in «Mutation Research», 2008, 658 (3), pp. 162-171.

<sup>50</sup> E ciò si direbbe paradossalmente confermato dalle formule approntate per valutarne l'incidenza statistica su popolazioni professionalmente esposte; la più nota è stata messa a punto in J. Peto et al., *Relationship of mortality to measures of environmental asbestos pollution in an asbestos textile factory*, in

confidare che l'istituzione di Registri di Mesoteliomi un po' in tutto il mondo possa – anche alla lunga – fornire, oltre a dati epidemiologici di maggior rilievo, una soluzione soddisfacente al problema<sup>51</sup>.

### 5. Il quadro normativo (o del diritto «positivo» rilevante in materia)

Che neppure nell'esperienza penale il diritto possa dirsi (più) «positivo» in quanto meramente consegnato a testi di legge, sembra trovare una conferma eclatante nei riferimenti normativi sui quali si struttura la responsabilità penale per l'insorgenza di patologie a seguito all'esposizione ad amianto, di massima considerata di matrice colposa (salvo quanto diremo *infra*). Più precisamente, nella generalità di queste cause si tratta di ipotesi di omicidio colposo (art. 589 c.p.) e/o di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.), che la giurisprudenza viene poi a determinare mediante riferimento a regole precauzionali contenute in disposizioni di natura contravvenzionale, ben diverse – quanto a cogenza e finalità – dalle fattispecie penali, e, per giunta, avvicendatesi nel corso di decenni.

Sia come sia, accantonando per intanto ogni questione circa l'eterogeneità delle disposizioni e la possibilità di «fusione» di orizzonti normativi lontani nel tempo, passo di seguito ad elencare i principali riferimenti in materia cautelare, facendo peraltro presente, *incidenter tantum*, che alcuni di essi risultano inseriti in testi di legge recanti importanti esclusioni che non potrò riportare, le quali comunque rendono ancora più difficoltosa la ricostruzione del quadro normativo<sup>52</sup>.

Innanzitutto, il D.P.R. 19 marzo 1956, n.303 (Norme generali per l'igiene del lavoro), vera e propria architrave delle prospettazioni accusatorie, prima dell'abrogazione<sup>53</sup>: esso, accanto alle disposizioni di cui agli artt. 4 e 19, intese a prescrivere

«The Annals of Occupational Hygiene», 1985, 29 (3), pp. 305-355.

<sup>51</sup> Difatti, pur anco tralasciando il problema epistemologico (del controllo) dell'induzione, sta di fatto che questi studi, data la complessità delle variabili rilevanti nelle patologie in oggetto, debbono necessariamente trincerarsi dietro una serie di assunzioni che paiono grandemente ridimensionarne la portata, e che, comunque, necessitano ancora di molto tempo per integrare i risultati delle misure nel frattempo poste in atto: cfr. E. Agazzi, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1999, pp. 393-407, qui pp. 404-405. Comunque sia, per quanto riguarda l'Italia ricordiamo, registri regionali a parte, che il Registro Nazionale Mesoteliomi è stato istituito ai sensi del d. lgs. 15 agosto 1991, n.277, art. 36<sup>3</sup>. Già di competenza dell'ISPESL, ora, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 dicembre 2012, n.308, è divenuto di competenza dell'INAIL: cfr. il più recente rapporto: *Il Registro Nazionale Mesoteliomi. Quarto Rapporto*, INAIL, Milano 2012.

<sup>52</sup> Su alcune di queste la giurisprudenza si è del resto già trovata impegnata: cfr., sulle esclusioni legislative relative alle miniere, la sentenza Giannitrapani, Cass. pen., sez. IV, 2 luglio 1999, n.12333, in «Foro italiano», 2000, II, coll.259-270, qui coll. 267-269 (si trattava, nello specifico, dell'applicabilità della sola legge mineraria di cui al D.P.R. 128/1959 – che nella specie la Suprema Corte ha ritenuto di escludere).

<sup>53</sup> Ad eccezione dell'art. 64 (Ispezioni), il D.P.R. in parola è stato abrogato dal Testo Unico in materia di sicurezza e salute sul lavoro (d. lgs. 9 aprile 2008, n.81).

al datore di lavoro obblighi generici<sup>54</sup>, contiene quella di cui al II c. dell'art. 21, a memoria del quale incombe sul datore di lavoro l'obbligo di adottare i provvedimenti atti ad impedire o ridurre, per quanto possibile, lo sviluppo e la diffusione di *polveri* nell'ambiente di lavoro, adottando misure congrue rispetto alla natura e alla concentrazione delle stesse nell'atmosfera.

La giurisprudenza penale ha fatto poi sovente riferimento agli artt. 377 e 387 del D.P.R. 27 aprile 1955, n. 547 (*Norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*), anch'esso abrogato<sup>55</sup>, i quali concernevano le manchevolezze, da parte del datore di lavoro, nel provvedere i lavoratori di idonei mezzi di protezione personale, nonché, quale *norma di chiusura*, all'art. 2087 c.c. (*Tutela delle condizioni di lavoro*), dispone: «[l]'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

Ormai in prossimità del bando italiano dell'amianto, con l. 27 marzo 1992, n.257, era comunque intervenuto anche il D. lgs. 15 agosto 1991, n.277, in recepimento – a otto anni di distanza – (anche) della Direttiva CEE 1983/477, imponendo al datore di lavoro, in tutte le attività comportanti esposizione dei lavoratori ad amianto, di: 1) valutare il rischio (ambientale e personale); 2) consultare i lavoratori ed informarli correttamente sui rischi che corrono relativamente all'amianto; 3) adottare le misure tecniche per la pulizia (es. spugnature), ridurre al minimo la quantità di amianto, adottare adeguate misure personali.

Ma qui giunti si sarà certo notato, in punto di diritto «positivo» rilevante in materia, che:

- eccetto il d. lgs. 277/1991, peraltro tardivo, e infine abrogato<sup>56</sup>, nessuna delle disposizioni richiamate dalla giurisprudenza concerne specificatamente l'amianto, che tra l'altro aveva fatto la sua comparsa nella legislazione italiana appena nel 1943, e solo in quanto tabellato – in relazione ad asbestosi e fibrosi polmonare – ai fini dell'assicurazione obbligatoria del lavoratore da

<sup>54</sup> All'art. 4, il cui portato risulta almeno in parte sovrapponibile a quello di altre disposizioni, venivano prescritti i seguenti obblighi dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti: «a) attuare le misure di igiene previste nel presente decreto; b) rendere edotti i lavoratori dei rischi specifici cui sono esposti e portare a loro conoscenza i modi di prevenire i danni derivanti dai rischi predetti; c) fornire ai lavoratori i necessari mezzi di protezione; d) disporre ed esigere che i singoli lavoratori osservino le norme di igiene ed usino i mezzi di protezione messi a loro disposizione». All'art. 19, concernente invece la «separazione dei lavori nocivi», si statuiva che «[i]l datore di lavoro è tenuto ad effettuare ogni qualvolta è possibile in luoghi separati le lavorazioni pericolose o insalubri allo scopo di non esporvi senza necessità i lavoratori addetti ad altre lavorazioni».

<sup>55</sup> Dal *Testo Unico in materia di sicurezza e salute sul lavoro* (d. lgs. 9 aprile 2008, n.81).

<sup>56</sup> In attuazione della direttiva 2003/18/CE, relativa alla protezione dei lavoratori dai rischi derivanti dall'esposizione all'amianto durante il lavoro, è difatti intervenuto il d. lgs. 25 luglio 2006, n.257, che ha finalmente abrogato il d. lgs. 277/1991. Tale decreto era stato in precedenza già ripetute volte modificato a partire già dalla l. 27 marzo 1992, n.257 (che aveva invero modificato proprio l'art.31, ritoccando verso il basso il valore-limite, ammesso, dopo la messa al bando, per i soli lavori di bonifica).

parte del datore di lavoro<sup>57</sup>;

- a parte l'art. 2087 c.c., dal contenuto peraltro del tutto generico<sup>58</sup>, le disposizioni-cardine nelle cause in discorso non solo costituiscono il precipitato storico di specifiche condizioni socio-culturali, ma, datane la collocazione – alquanto «defilata» – nel contesto ordinamentale, mal si prestano, anche retoricamente, all'uso che ne fa la giurisprudenza penale per sostenere i capi d'imputazione di cui sopra.

Giova comunque richiamare, in chiusa a questa sommaria rassegna normativa, due elementi di un certo rilievo, a sottolineare come la «positività» delle disposizioni normative prese in considerazione debba dirsi ampiamente *selettiva*.

In primo luogo, fino al D.P.R. 10 settembre 1982, n.915, poi abrogato dal d. lgs. 3 aprile 2006, n.152, non esisteva – nel nostro ordinamento giuridico – alcuna norma che indicasse specificatamente l'amianto come rifiuto tossico e/o nocivo: quest'ultimo, fondamentale passaggio viene del resto richiamato anche in recente giurisprudenza di merito<sup>59</sup>.

Pare per contro inconferente il generico richiamo, fatto da autorevole giurisprudenza di legittimità<sup>60</sup>, al R. D. 14 giugno 1909, n.442, regolamento per l'applicazione del R.D. 10 novembre 1907, n.818 sul (la salubrità del) lavoro per donne e bambini, dove l'amianto viene menzionato in un solo punto di non grande rilievo, e cioè all'art.29, sub tabella B (relativa a *Lavori insalubri o pericolosi nei quali l'applicazione delle donne minorenni e dei fanciulli è vietata o sottoposta a speciali cautele*): quivi, infatti, a differenza che nella ben più critica lista di cui alla tabella A (*Industrie insalubri o pericolose a cui è assolutamente vietata l'applicazione delle donne minorenni e dei fanciulli*), la «Filatura e tessitura dell'amianto» viene riportata al punto 12 (subito dopo «Fabbriche di caot-chouc, guttaperca ed ebanite», e subito prima di «Concerie di pelli»), con l'indicazione: «Esclusa l'applicazione nei locali ove non sia assicurato il pronto allontanamento del pulviscolo».

Al che ciascuno può intendere che detta disposizione, per quanto potesse denotare una certa sensibilità circa i residui dell'amianto *in quanto polveri*, e quale che ne sia realmente stata l'effettività, null'altro può comunque suggerire qualora la si voglia usare come una «clava» per le patologie tumorali.

<sup>57</sup> Nella l. 12 aprile 1943, n.455 (*Estensione dell'assicurazione obbligatoria contro le malattie professionali alla silicosi ed all'asbestosi*), poi trasfusa nel Testo Unico della materia, approvato con D.P.R. 30 giugno 1965, n.1124. Peraltro, solo l'integrazione dovuta al D.P.R. 13 aprile 1994, n.336, indi di due anni successiva al bando dell'amianto dal nostro paese, ricollega – *sub* 56) – l'esposizione ad asbesto a malattie neoplastiche quali il mesotelioma pleurico, pericardico, peritoneale, nonché il carcinoma del polmone.

<sup>58</sup> Come osserva anche un magistrato inquirente: v. G. Benedetti, *L'esposizione all'amianto nella giurisprudenza*, in «ISL. Igiene & Sicurezza del Lavoro», 2012, 6, pp. 317-326, qui p. 318.

<sup>59</sup> Corte d'Appello di Milano, 9 gennaio 2003, in «Orientamenti della giurisprudenza del lavoro», 2002, 4, (pubblicato nel maggio 2003), pp. 766-769, qui p. 768.

<sup>60</sup> Si tratta della sentenza Macola: v. Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2002, n.988, «Foro italiano», 2003, II, coll. 324-334, col. 327.

In secondo luogo, vale qui richiamare, come ulteriore elemento di riflessione, i valori-limite (TLV) indicati dal legislatore comunitario<sup>61</sup>, che pure potrebbero rappresentare, in queste cause, un parametro oggettivo degno di particolare considerazione (rispetto ad altri disponibili, come quelli stabiliti dalla gloriosa American Conference of Governmental Industrial Hygienists).

Ora, va senza meno concesso che se si è infine acceduto, in sede comunitaria (oltre che in vari paesi extra-europei), alla soluzione del bando ciò è stato dovuto all'inadeguatezza della politica del valore-limite di concentrazione delle fibre<sup>62</sup>, comunque vanificata dalla mancanza di dati scientifici sufficientemente stringenti e dal fatto che la tecnologia di microscopia elettronica in grado di conteggiare le nano-fibre di amianto, necessaria per verificare le concentrazioni, si è resa disponibile solo a partire dagli anni Novanta<sup>63</sup>.

Da questo travagliato processo evolutivo, però, solo la giurisprudenza di legittimità italiana sembra aver ricavato che – in queste cause – i c.dd. valori ambientali consigliati «non pongono né stabiliscono una precisa linea di demarcazione tra innocuo e nocivo»<sup>64</sup>. Assunto che si traduce in tre singolari corollari: quello per cui, a bene intendere, i valori-soglia non sono mai stati atti ad introdurre alcun elemento di maggiore certezza (sentenza Angele<sup>65</sup>); quello per cui a rilevare in materia di esposizione ad amianto sono da sempre e unicamente i disposti legislativi e la «comune prudenza» (sentenza Camposano<sup>66</sup>); quello per cui, non potendosi stabilire una soglia di rischio, conta solo – ai fini della responsabilità – l'impiego o meno dell'amianto (sentenza Ramacciotti<sup>67</sup>).

<sup>61</sup> A partire dall'art.8 della direttiva 83/477/CEE (e pur avendo riconosciuto, tra un «considerando» e l'altro, che le conoscenze scientifiche disponibili impediscono di stabilire con sicurezza una soglia che consenta di escludere, nell'impiego dell'amianto, rischi per la salute umana).

<sup>62</sup> Perini, *Gli stadi della tutela e la spiegazione causale*, cit., pp. 163-166.

<sup>63</sup> Perciò, se risulta necessario conservare dei valori-soglia nella regolamentazione e nel monitoraggio di tutte quelle attività implicate dalla bonifica e dallo smaltimento dell'amianto esistente, è anche vero che questi assumono ora ben diversa pregnanza. Almeno due i casi in cui sono già stati portati all'attenzione della Suprema Corte: nella sentenza Corigliano, Cass. pen., sez. III, 19 marzo 2004, n. 16724 (in «Foro italiano», 2005, II, col.175), e nella sentenza Pagano, Cass. pen., sez. III, 17 novembre 2010, n. 1791 (in «Cassazione penale», 10/2011, pp. 3523-3524). Sulle difficoltà «applicative» lasciate a suo tempo aperte dalla l. 257/1992 cfr. L. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *Rischio amianto*, Giuffrè, Milano 1997.

<sup>64</sup> A. Garlatti, *Colpa e progresso tecnologico: il contenuto dell'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro nell'ipotesi di tecnopatie conseguenti a esposizione ad amianto*, in «D & L. Rivista critica di diritto del lavoro», 2004, 4, pp. 753-764, qui p. 758.

<sup>65</sup> Cass. pen., sez. IV, 5 ottobre 1999, n.3567, in «Foro italiano», 2000, II, coll. 259-270 – Nota di R. Guariniello, *Malattie professionali, tumori da amianto, asbestosi*, coll. 260-263.

<sup>66</sup> Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2000, n. 5037, in «Foro italiano», 2001, II, coll. 278-285, qui coll. 284-285.

<sup>67</sup> Cass. pen., sez. IV, 27 agosto 2012, n. 33311 in «Foro italiano», 2012, II, coll. 517-521, qui col. 519.



## 6. Una (tragica) fantasmagoria inquisitoria

La fantasmagoria giurisprudenziale or ora delineata, che vede un diritto «positivo» (nel senso corrente) piegato – senza tanti infingimenti (e con molte accortezze «retoriche») – ad esigenze di controllo sociale collegate al momento attuale<sup>68</sup>, costituisce chiara espressione di un atteggiamento schiettamente inquisitorio, in materia, di tanta parte della giurisprudenza penale (laddove, beninteso, s'intende qui il termine «inquisitorio» in senso tecnico-modellistico<sup>69</sup>).

Cosicché, rimandando alle conclusioni alcune considerazioni sul ruolo della giurisprudenza – massime penale – nella società contemporanea, ci si può per ora limitare a registrare che, circa il problema-amianto, ad una giurisprudenza penale tendenzialmente «colpevolista», nonostante oscillazioni, fasi ed altri distinguo, si è da subito opposta una dottrina tendenzialmente innocentista, la quale non di rado avvisa in questa tipologia di cause la dissolvenza delle tradizionali categorie penalistiche.

Operativamente, gli inquirenti, per mettere «in forma» riferimenti normativi così disomogenei – e poco consentanei all'esperienza penale – come quelli utilizzati, ricorrono ad uno schema unitario di massima derivante dall'interconnessione di due elementi<sup>70</sup>. In base a tale schema, sul presupposto della *clausola di equivalenza* di cui al capoverso dell'art. 40 c.p. («Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo»), la quale determina la rilevanza penale dell'omissione c.d. impropria, vengono chiamati a rispondere i soggetti che, all'epoca dell'asserita esposizione del lavoratore all'amianto, si trovavano in *posizione* apicale – indi, *di garanzia* – entro la realtà produttiva di riferimento, e che non avrebbero adottato le adeguate misure precauzionali, così determinando gli esiti patologici da amianto<sup>71</sup>.

Tuttavia, pur rimanendo ferma l'idea che, ove vi sia di mezzo l'amianto, in una qualche responsabilità penale il datore di lavoro e i soggetti ad esso assimilati (delegati e preposti vari) debbano incorrere, si può nondimeno assistere a scostamenti – anche considerevoli – dallo schema accusatorio di cui sopra, e ciò in ragione di

<sup>68</sup> Si parli di prevenzione generale (N. Menardo, *Considerazioni sul nesso di causalità in caso di morte per esposizione a polveri di amianto* – Nota a Cass. pen., sez. IV, 27 agosto 2012, n. 333111, in «Giurisprudenza italiana», 2013, 6, pp. 1389-1393, qui p. 1389), o si alluda ad una sorta di «iperdeterrenza» (C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo* – Nota a Tribunale di Venezia, sez. I, 22 ottobre 2001 e Corte d'Appello di Venezia, sez. II, 15 dicembre 2004, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2005, pp.1684-1703, qui pp. 1701-1703).

<sup>69</sup> Giusto per fare ricorso ad una dicotomia – quella tra sistema inquisitorio e sistema accusatorio – che non a caso sembra essersi stagliata nettamente solo in età moderna: v. il mio *Nemo inauditus damnari potest. Storia, metamorfosi, limiti del principio del contraddittorio nel processo penale*, in M. Manzin, F. Puppò (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 115-157, qui pp. 140-157.

<sup>70</sup> Sulla quale cfr. M. Ricciarelli, *Il punto sulla correlazione causale tra mesotelioma ed esposizione ad amianto ai fini della responsabilità penale* – Nota a Trib. Bologna, 18 luglio 2005, in «La Giustizia penale», 2007, 3, coll. 168-185, qui coll. 169-171.

<sup>71</sup> M. L. Ferrante, *Reati omissivi impropri ed uso dell'amianto*, in Di Amato *et al.*, *La responsabilità penale da amianto*, cit., pp. 133-171.

problemi che afferiscono alla stessa configurazione di elemento oggettivo ed elemento soggettivo nei (pretesi) reati in esame.

### 6.1. Elemento oggettivo: quale condotta penalmente illecita?

Anzitutto, sotto il profilo dell'elemento oggettivo, ossia della condotta (assunta come) lesiva di un bene giuridico penalmente tutelato, lo schema accusatorio riportato mette in ombra una serie di questioni di non poco momento.

Tralascero qui la questione, piuttosto dibattuta, della natura omissiva o commissiva delle condotte ritenute penalmente perseguibili<sup>72</sup>, poiché, anche al di là delle possibili implicazioni pratiche della differente caratterizzazione (di cui qualcuno dubita<sup>73</sup>), portata all'estremo, essa – a ben vedere – rischierebbe di travolgere le stesse categorizzazioni dottrinali<sup>74</sup>.

Darò invece per scontata l'opinione dominante che – con almeno una rilevante eccezione<sup>75</sup> – vede appunto in tali condotte una omissione impropria: vale a dire, un'omissione non rilevante in quanto per se stessa contrastante con una norma penale che la impone (reato omissivo proprio), bensì rilevante in quanto causativa di un evento anti-giuridico che una condotta attiva ad essa alternativa, imposta da una norma penale, avrebbe – con elevata probabilità tendente alla certezza – potuto evitare. La sfera di operatività della fattispecie omissiva impropria viene allora a coincidere con quella dei reati c.dd. causali puri, finalizzati principalmente alla tutela dell'incolumità privata e pubblica<sup>76</sup>.

Ora, nello specifico delle cause da amianto, contraddistinte da notevole complessità sotto il profilo biomedico, la considerazione dell'elemento oggettivo conferisce particolare pregnanza, ai fini della verifica del nesso causale tra condotta omissiva te-

<sup>72</sup> Cfr. ad es. R. Blaiotta, *La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*, «Cassazione penale», 2/2006, pp. 797-807, qui p. 802, S. Cavallini, L. Ponzoni, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto: il diritto penale tra conservazione, tensione e trasfigurazione di causalità e colpa* – Nota a Cass. pen., sez. IV, 27 agosto 2012, n. 33311, in «L'Indice penale», 2013, 1, pp. 144-175, qui pp. 157-164 e S. Zirulia, *Causalità e amianto: l'eterno «duello» tra i consulenti tecnici delle parti* – Nota a Tribunale di Verbania, 19 luglio 2011, in «Il Corriere del Merito», 2012, 3, pp. 277-284, qui pp. 279-282.

<sup>73</sup> Ricciarelli, *Il punto sulla correlazione causale tra mesotelioma ed esposizione ad amianto ai fini della responsabilità penale*, cit., qui coll. 171-174.

<sup>74</sup> Visto che – a rigore – non v'è commissione che non implichi una qualche omissione: v. L. Masera, *Un nuovo caso di responsabilità penale per esposizione ad amianto* – Nota a Trib. Bari, sez. II, 13 dicembre 2004, «Il Corriere del Merito», 2005, 4, pp. 458-462, qui p. 461. La dottrina penalistica si è comunque attrezzata per far fronte a questa difficoltà categoriale di fondo: cfr. M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione per «aumento del rischio»*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1999, pp. 32-85.

<sup>75</sup> La sentenza Cozzini, di cui si dirà più oltre (§ 8.).

<sup>76</sup> Cioè, «di quei reati di evento, la cui carica di disvalore si concentra tutta nella produzione del risultato lesivo, mentre appaiono indifferenti le specifiche modalità comportamentali che innescano il processo causale»: G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2004<sup>4</sup>, pp. 550-551.

nuta ed evento, alla stessa evitabilità in assoluto dell'evento (mediante una condotta alternativa attiva possibile), imponendo nel contempo di tenere distinto tale ordine di discorso dal giudizio di accertamento della colpa<sup>77</sup>.

A tal fine, com'è noto, anche la considerazione dell'omissione impropria, laddove rilevi penalmente in relazione a fatti previsti dalla legge come delitti colposi, non può che implicare il riferimento a *regole precauzionali* «sedimentate» nell'esperienza, le quali dovrebbero permettere di *evitare* decorsi causali lesivi consentendo al soggetto di *rappresentarsi* eventuali rischi e di *prevenirne* il possibile verificarsi<sup>78</sup>.

Le regole precauzionali di riferimento potranno dunque essere *generiche*, e in tal caso varranno a vagliare l'antidoverosità della condotta omissiva tenuta dal soggetto – al posto della condotta doverosa imposta dalle regole stesse – ricalcando il relativo giudizio su un agente-modello, ed eventualmente legittimando un rimprovero in termini di *colpa generica*. Si tratta in effetti di quelle regole di «oculatezza» che impieghiamo nella vita di tutti i giorni, e che, nella loro genericità, al fine di individuare la condotta che nella situazione sarebbe stata doverosa, impongono di valutare l'*evento lesivo* in tutta la sua *concretezza* e, se vogliamo, *irripetibilità*.

Accanto alle regole precauzionali generiche sussistono però delle altre regole precauzionali, *specifiche*, contraddistinte dal contenuto spiccatamente tecnico. Queste potranno valere a vagliare l'antidoverosità della condotta omissiva tenuta dal soggetto – al posto della condotta doverosa imposta dalle regole stesse – legittimando un rimprovero in termini di *colpa specifica*, e cioè un rimprovero che abbia principalmente riguardo, più che all'agente modello che sta qui sullo sfondo con caratteristiche specifiche, al *fatto* della osservanza/inosservanza delle regole predeterminate dalle *leges artis*. Tali regole, nelle situazioni a cui attengono, sono deputate a risolvere in sé le valutazioni che debbono condurre il soggetto alla rappresentazione *astratta* del rischio, e dunque della prevenibilità di eventi lesivi che sono qui costituiti a priori in *classi*. Qualora rilevino delle regole precauzionali tecniche, il soggetto ha pertanto da tenersi per dispensato da una vera e propria valutazione della possibile lesività concreta di una certa condotta, e il giudizio – astratto – sulla doverosità o meno di una

<sup>77</sup> Per tutti questi temi, di cruciale importanza, cfr. due contributi di P. Veneziani: Utilizzazione di amianto ed omessa adozione di misure prevenzionali: una recente pronuncia della Cassazione in tema di responsabilità per omicidio colposo – Nota a Cass. pen., sez. IV, 19 settembre 1997, in «L'Indice penale», 1998, 2, pp. 544-564 e Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito, in «Cassazione penale», 2013, 3, pp. 1224-1244.

<sup>78</sup> Ciò che ne garantisce l'omogeneità categoriale: il «processo di individuazione e di concretizzazione della regola di condotta, la cui trasgressione dà luogo, in un certo contesto, a colpa, non può essere attuato se non alla stregua dei due criteri della rappresentabilità e della prevenibilità dell'evento»: v. M. Gallo, *Colpa penale (dir. vig.)*, voce in «Enciclopedia del Diritto», VII, Giuffrè, Milano 1960, pp. 624-644, qui pp. 637-638. Invero, ci si trova comunque di fronte a «comportamenti i quali, realizzando la fattispecie obiettiva di un reato colposo, dimostrano la loro idoneità a ledere o comunque mettere in pericolo un interesse tutelato», quali che siano i criteri di determinazione delle regole, che possono essere ispirati agli usi sociali o di carattere tecnico (come diremo subito sotto nel testo, distinguendo appunto dalle regole precauzionali generiche quelle specifiche).

condotta (attiva) alternativa a quella effettivamente tenuta verterà essenzialmente sul fatto dell'osservanza/inosservanza della condotta attiva imposta dalle regole stesse. Laddove, si badi bene, la stessa regola precauzionale inerente ad attività per se stesse pericolose, come quelle che comportano contatto con l'amianto, «non può consistere in un dovere di astensione, dato che altrimenti si finirebbe per trasformare la regola cautelare in un divieto, ovvero nel suo opposto logico»<sup>79</sup>.

Tanto premesso, a tutta prima si direbbe che, nei casi di esposizione (asseritamente) anti-doverosa del lavoratore all'amianto, i cui effetti si possono tra l'altro far sentire su persone terze<sup>80</sup>, dovrebbero venire in evidenza proprio regole precauzionali specifiche. Ecco allora che perlopiù si richiamano, in proposito, le regole precauzionali contenute nel dettaglio della normativa ricordata, le quali, riportate all'amianto, avrebbero imposto di rendere edotti i lavoratori dei rischi insiti nel contatto con l'amianto, di provvederli di mezzi idonei di protezione individuale, di sottoporli regolarmente a controllo sanitario, di adottare misure atte ad impedire o contenere il diffondersi delle fibre di amianto nell'ambiente di lavoro. Tutte regole che, astrattamente considerate, possono dirsi invero individuabili – anche nel nostro contesto – già sul finire del secolo scorso.

Tuttavia, le cose non sono così semplici, non foss'altro che per l'evidente tentativo di «versare vino nuovo in otri vecchi».

Quand'anche si desse infatti per superata la questione della natura del riferimento linguistico – anche se contenuto in testi giuridici – nel senso espresso da autorevoli epistemologi come Hilary Putnam<sup>81</sup>, e si concludesse per esempio che il termine «polveri» di cui all'art. 21<sup>2</sup> del D.P.R. 303/1956 non possa che riferirsi oggi anche a

<sup>79</sup> In effetti, la regola cautelare non può che mantenere carattere modale nello sceverare il tipo di condotta imposto da altri astrattamente possibili: si veda F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1999, pp. 86-115, qui pp. 88-89.

<sup>80</sup> Com'è noto, molti sono purtroppo i casi di consorti che, occupandosi degli indumenti da lavoro del marito che lavorava a contatto con l'amianto, hanno sviluppato patologie asbesto-correlate (spesso condividendo il destino di sofferenza e di morte del coniuge). In Italia, la giurisprudenza si è più volte occupata di questi casi: tra tutte le pronunce trascelgo la sentenza Camposano (Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2000, in «Foro italiano», 2001, II, coll. 278-285; con nota di R. Guariniello, *Dai tumori professionali ai tumori extraprofessionali da amianto*, coll. 278-282), e la sentenza Eva (Cass. pen., sez. IV, 17 dicembre 2003, n. 3924, in «Cassazione penale», 2005, 2, pp. 424-429; con nota di E. Di Salvo, *Tumori da amianto e nesso di causalità*, pp. 429-448), la quale ultima si ricorda più che altro per l'esito assolutorio, avendo la Suprema Corte mandato esente da pena l'imprenditore imputato, contrariamente ad ambo le decisioni dei gradi di giudizio precedenti. Per la letteratura scientifica cfr. V. Patel, P. N. Bogner, D. Klippenstein, N. Ramnath, *Malignant Pleural Mesothelioma After Household Exposure to Asbestos*, in «Journal of Clinical Oncology», 2008, 26, pp. 5480-5483, e un recente studio madrileno: M. F. González Gómez, *Actividades feminizadas y el amianto: los hallazgos «casuales»*, in «Medicina y Seguridad del Trabajo» (Internet) 2011, 57, pp. 106-110.

<sup>81</sup> H. Putnam, *Ragione, verità e storia*, Il Saggiatore, Milano 1994, pp. 31-32 (trad. it. H. Putnam, *Reason, Truth and History*, Cambridge University Press, Cambridge 1981) Sulle peculiarità del linguaggio giuridico cfr. poi M. Jori, *Linguaggio giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 257-288.

quelle che sono state meglio definite dalla scienza come «fibre» di amianto (ritenendo dunque che il riferimento non possa variare con le conoscenze scientifiche sulla *materia* del medesimo), i problemi non sarebbero certo finiti.

In effetti, anche «legando» i termini linguistici a doppio filo con (ciò che – in un dato momento – si dice essere) il reale, la possibilità di diverse, e fors'anche opposte, «positivizzazioni» del diritto permane: così, facili ironie a parte<sup>82</sup>, un controverso pronunciamento di merito, mediante il distinguo tra le «polveri» (in generale), di cui alle disposizioni cautelari vigenti all'epoca dei fatti, e le «fibre» di amianto (in particolare), di cui la scienza andava man mano scoprendo le micidiali proprietà, sembra invero esortare la giurisprudenza a riportarsi «coi piedi per terra»<sup>83</sup>.

Perseverando invece nell'intendimento di configurare – per questi fatti – una responsabilità penale colposa specifica, non ci si (vuole) avvede(re) che le regole precauzionali richiamate con lo scopo di definire la medesima sono del tutto indeterminate, collocate entro quadri normativi incongruenti rispetto alla gravità degli eventi lesivi dedotti, e altresì risalenti in relazione alle evidenze scientifiche sulle quali con ogni probabilità si sorreggevano. Sicché, sostenere, come si fa *oggi*, che esse regole – generiche e «vecchie», oltre che stabilite per classi «ordinarie» di eventi lesivi (nelle quali si può solo a fatica «stipare» le patologie tumorali da amianto, all'epoca, tra l'altro, nel limbo della conoscenza scientifica) – sarebbero state dappriincipio intese a prevenire, con le patologie di cui allora si aveva una qualche contezza, qualsiasi patologia da cui oggi venga ad essere affetto il lavoratore a cagione dell'attività lavorativa, costituisce un'evidente forzatura<sup>84</sup>.

Vengono invero meno, in queste prospettazioni, la specificità nell'indicazione della condotta doverosa omessa (visto che ad oggi l'unica soluzione praticabile è persa, e pare, mettere al bando l'amianto), nonché la determinatezza nella classe di eventi lesivi che la regola precauzionale è intesa a prevenire<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Mi riferisco a R. Rivero, *L'amianto negato ed impunito per i lavoratori morti per mesotelioma: ovvero quando le fibre non sono polveri*, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2006, 5, pp. 413-425).

<sup>83</sup> E cioè al concreto contesto storico-sociale entro il quale operava la normativa prevenzionale dell'epoca. La pronuncia in oggetto è Tribunale di Chiavari, 3 febbraio 2003, n.522 (in «Giurisprudenza di merito», 6/2003, pp.1218-1222). Come detto, essa ha per l'appunto cercato, rispetto all'orientamento dominante, un differente e più pertinente appiglio precisamente nella «positività» del dato testuale: in ossequio al quale andrebbe del resto altresì notato che la vera e propria «polverizzazione» dell'amianto lo rende in definitiva innocuo, si vedano Abú Shams, Pascal, *Características, propiedades, patogenia y fuentes de exposición del asbesto*, cit., p. 9. Preziose precisazioni inoltre in Carnevale, *Amianto: una tragedia di lunga durata. Argomenti utili per una ricostruzione storica dei fatti più rilevanti*, cit., p. 71.

<sup>84</sup> Ancor più là dove si afferma, con una certa sicumera, che le misure di prevenzione da adottare erano assolutamente identiche per l'asbestosi e per tutte le altre patologie da amianto conosciute e conoscibili: in tal senso Tribunale di Massa – Sez. dist. Carrara, 13 giugno 2004 (in «Rivista penale», 2004, 3, pp. 347-356, qui p. 354). Cfr. anche Cavallini, Ponzoni, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto: il diritto penale tra conservazione, tensione e trasfigurazione di causalità e colpa*, cit., *passim*, ma spec. pp. 171-173.

<sup>85</sup> F. Mucciarelli, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, in Deidda, Gargani (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, cit., pp. 177-233, qui pp. 207-210.

A ciò si aggiunga che è pur vero che, per se stesso considerato, il giudizio sulla responsabilità penale colposa relativa ad una certa condotta – pur da improntarsi sulla c.d. misura soggettiva della colpa – non esclude, ma anzi dovrebbe presupporre, un sistema di regole cautelari integrative, ma è anche vero che queste devono essere «proprie»<sup>86</sup>: regole che, per quanto appunto essenziali alla determinazione della colpa nel caso concreto anche *ab extra* (perché situate al di fuori del diritto penale), non per questo pregiudichino la complessiva valutazione di *tipicità* del fatto<sup>87</sup>.

E inoltre non è men vero che, trattandosi perlopiù di cause per fatti che risalgono agli anni Settanta-Ottanta, e cioè di cause per forme tumorali lungolatenti (i mesoteliomi), per valutare l'anti-doverosità delle condotte dei vari soggetti apicali che si sono avvicendati nelle posizioni di garanzia (datori di lavoro, amministratori delegati, addetti alla sorveglianza etc.), e capire la differenziazione dei compiti, l'allocazione delle responsabilità, i livelli di controllo e via dicendo, alla luce delle continue innovazioni tecnologiche e dell'evoluzione delle conoscenze scientifiche, addentrandosi nella complessità organizzativa delle realtà produttive di riferimento, s'incontrano non indifferenti difficoltà ai fini della determinazione di responsabilità *personali*<sup>88</sup>.

Ecco forse perché alla giurisprudenza penale è parso opportuno semplificare il tutto e ricorrere alle predette regole precauzionali – che con formula caritatevole potremmo denominare – «aperte», adducendo spesso – specie nei casi di carcinoma polmonare – che l'amianto avrebbe funto *comunque* da *concausa* (come nella sentenza Biorci<sup>89</sup>), e – specie nei casi di mesotelioma – che, per quanto non si riesca ad individuare l'esatto momento di insorgenza della malattia, l'intensità e la durata dell'esposizione ad amianto avrebbero *comunque* inciso sul periodo di *latenza* della patologia, accorciandolo (come nella sentenza Monti<sup>90</sup>).

Senonché, per questa via, trattandosi appunto di regole fondamentalmente fittizie, il giudizio sulla responsabilità in gioco finisce col ridursi a giudizio sul mero *fatto* della osservanza o inosservanza di tali regole<sup>91</sup>, e la conseguente azione penale

<sup>86</sup> P. Veneziani, *Regole cautelari «proprie» e «improprie»*, CEDAM, Padova 2003.

<sup>87</sup> Cioè, la valutazione, da parte del giudice, del suo corrispondere – o meno – alla figura di reato di cui alla previsione legale: v. F. Mucciarelli, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, cit., p. 194. A dispetto del carattere eccezionale e nominato del delitto colposo, va segnalato che negli anni è emerso proprio un problema di tipicità: cfr. F. Giunta, *La legalità della colpa*, «Criminalia», 2008, pp. 149-170.

<sup>88</sup> Cfr. V. Attili, *L'agente-modello «nell'era della complessità»: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, pp. 1240-1296. E v'è per questo chi ritiene che si possa configurare una responsabilità penale in quei soli casi in cui, individuato al di là di ogni ragionevole dubbio il periodo dell'esposizione, non vi sia stata comunque alcuna successione nelle posizioni di garanzia: così Bartoli, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, cit., p. 614.

<sup>89</sup> Cass. pen., sez. IV, 16 marzo 2001, n.10770, in «ISL. Igiene & Sicurezza del Lavoro», 2001, 6, p. 331.

<sup>90</sup> Cass. pen., sez. IV, 9 maggio 2003, n. 37432, in «Foro italiano», 2004, II, coll. 69-83, con nota di R. Guariniello, coll. 69-73.

<sup>91</sup> F. Palazzo, *Morti da amianto e colpa penale* (Nota a Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2010, n. 38991),

– pur formalmente imperniata su disposizioni «positive» – non può che risultare alquanto aleatoria, anche perché il problema di queste cause consiste precisamente nel valutare se l'esposizione ad amianto ha costituito o meno antecedente necessario della patologia<sup>92</sup>.

Ma c'è di peggio. A questo punto, infatti, una volta riconosciuto che le regole precauzionali in questione non erano in grado di *fissare* a priori una condotta doverosa *specificata* in caso di contatto lavorativo con l'amianto, diviene determinante la considerazione della loro *effettiva idoneità*, in una qualche «applicazione» astrattamente concepibile, a *prevenire* – con quell'alto grado di «credibilità razionale» richiesto in materia penale<sup>93</sup> – le patologie da amianto, anche se all'epoca non adeguatamente conosciute<sup>94</sup>.

Al riguardo, però, non si può che ammettere, quanto all'amianto, la sostanziale inidoneità preventiva di *ogni* regola si prenda a riferimento, se solo si considera che, come unanimemente riconosciuto dalla comunità scientifica, l'unico modo per azzerare i rischi legati a questo minerale è stato ed è ritenuto quello di metterlo al bando<sup>95</sup>. Si è anzi significativamente sostenuto da certa giurisprudenza di merito, rimasta però isolata, che la tecnologia adeguata a contrastare – per quel che ancora oggi può dirsi possibile – le subdole fibre di amianto (specie ultrafini), si è resa disponibile solo a partire dai primi anni Novanta<sup>96</sup>.

Di più: l'effettiva adozione delle regole precauzionali generali di cui alla normativa cautelare richiamata dagli inquirenti anche quanto al contatto con l'amianto avrebbe per giunta rischiato, perlomeno in taluni casi, di agevolare l'innescare patologico. Per esemplificare: le mascherine in dotazione fino a tutti gli anni Ottanta, non essendo adeguatamente filtranti (provviste di filtri c.dd assoluti), avrebbero comunque lasciato passare le fibre ultra-fini, facilitandone l'inalazione una volta che fossero rimaste all'interno delle stesse; gli impianti di aspirazione, non ancora ad alta efficienza HEPA, anziché eliminare le polveri, facendole vorticare le avrebbero nuovamente sollevate all'altezza dell'apparato respiratorio.

Traspaiono qui – o paiono comunque del tutto funzionali – le tesi sostenute

«Diritto penale e processo», 2011, 2, pp. 185-190, qui pp. 189-190.

<sup>92</sup> E così come una concausa insufficiente costituisce *contradictio in adiectis*, la stessa questione dell'incidenza sulla durata della latenza ha da revocarsi in dubbio: v. N. Folla, *Malattie professionali e responsabilità penale: un conflitto giurisprudenziale senza vie d'uscita?*, Nota a Corte d'Appello di Trento, 10 giugno 2009, in «Il Corriere del Merito», 2009, 11, pp. 1117-1127, qui p. 1122. Su questo aspetto della problematica, indubbiamente cruciale, torneremo comunque *infra*, al § 7.

<sup>93</sup> Che esprime «elevata probabilità logica» o «probabilità prossima alla – confinante con la – certezza» (per usare la felice, non meno che problematica, formula della sentenza Franzese, di cui meglio dirò).

<sup>94</sup> Cfr. M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Giappichelli, Torino 2012, passim, ma spec. pp. 108, 113-138.

<sup>95</sup> LaDou *et al.*, *The Case for a Global Ban on Asbestos*, cit., p. 900.

<sup>96</sup> Cfr. C. Baccaredda Boy, *Esposizione professionale ad amianto e criteri di imputazione del delitto di omicidio colposo* – Nota a Trib. Milano, G.I.P., sent. 4 giugno 2007, in «Foro ambrosiano», 2007, pp. 303-322, qui pp. 305-307.

da Gerolamo Chiappino dell'Università di Milano (da anni al centro di un acceso dibattito<sup>97</sup>), le quali implicano la non correlazione del rischio di mesotelioma alla dose di amianto, e cioè all'intensità e al tempo dell'esposizione, essendo sufficiente una dose-killer (teoria della *trigger-dose*), che potrebbe essere costituita solo da fibre ultra-fini.

Tali tesi, episodicamente recepite dalla giurisprudenza – di merito, ma anche di legittimità (nella sentenza Fiandino) – con conseguente assoluzione degli imputati<sup>98</sup>, sembrano derivare, come si fa notare da molti, da un «travisamento» degli studi di Selikoff, ma ad esse – quando non si ribatte con affermazioni di dubbia interpretazione<sup>99</sup> – si oppone un argomento che sembra, per dirla à la Perelman, quasi-logico, più che scientifico (senza che risulti per ciò stesso inficiato). Si sostiene infatti che, data la *clearance*, e cioè il processo di naturale «consunzione» che le fibre di amianto subiscono all'interno dell'organismo, il decadimento delle stesse dovrebbe considerarsi esponenziale se l'esposizione al minerale venisse meno o comunque diminuisse nel tempo<sup>100</sup>.

## 6.2. Elemento soggettivo: quale mens rea?

Oltre al problema di definire, mercé le regole precauzionali prese a riferimento, quale sarebbe stata – in questi pretesi casi di omissione (impropria) – la condotta doverosa che avrebbe consentito – con elevato indice di probabilità – di scongiurare l'evento lesivo o di ridurne significativamente la portata, resta comunque il problema di definire l'attitudine interiore che eventualmente possa legittimare il rimprovero di

<sup>97</sup> Cfr. L. Tomatis *et al.*, *Il ruolo della dimensione delle fibre di amianto nella patogenesi e nella prevenzione del mesotelioma*, «Epidemiologia & Prevenzione», 2006, pp. 289-294, la risposta di G. Chiappino, *Dimensioni delle fibre di amianto e mesotelioma*, in «Epidemiologia & Prevenzione», 2006, 30, pp. 358-360, e, *ivi*, la contro-replica (a p. 361). Non meno dura la posizione assunta da E. Merler, *L'associazione causale tra esposizione ad amianto e mesotelioma*, in L. Montuschi, G. Insolera (a cura di), *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bononia University Press, Bologna 2006, pp. 97-116, *qui* pp. 97, 102-116.

<sup>98</sup> Infatti, accedendo alla teoria della *trigger-dose*, oltre all'impossibilità di determinare il nesso causale nel caso concreto, si deve prendere atto, in caso di successione di soggetti nella posizione di garanzia, dell'impossibilità di determinare una responsabilità *personale*: su questa linea si segnalano Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 1999, n.11199, «ISL. Igiene & Sicurezza del Lavoro», 2000, 2, p. 95 (sbrigativamente liquidata nella nota di R. Guariniello, a tutto vantaggio di altre sentenze), e nella giurisprudenza di merito, oltre alle citate sentenze del Tribunale di Chiavari (nota 82) e del GIP di Milano (nota 95), Tribunale di Livorno, 7 gennaio 2003, in «Orientamenti della giurisprudenza del lavoro», 2003, pp. 577-589.

<sup>99</sup> Tipo: «la teoria della *trigger dose* o *dose killer* non risulta di alcuna utilità per il diritto» (R. Rivero, *La difficile giustizia per i lavoratori esposti all'amianto*, in «Questione Giustizia», 2009, 1, pp. 143-162, *qui* p. 156).

<sup>100</sup> Cfr. E. Merler, *Mesothelioma incidence decreases parallel to asbestos exposure decrement or interruption: a confirmation of a dose-response relationship, with implications in public health*, in «Epidemiologia & Prevenzione», 2007, 31 (4 Suppl 1), pp. 46-52.



colpa nei confronti dell'autore della condotta eventualmente ritenuta anti-doverosa.

Tralascero' qui un pur rilevante filone di discorsi che possiamo con sicurezza far risalire alle recenti sentenze rese sul caso Eternit (dopo la Giannitrapani)<sup>101</sup>, le quali – spargliando la stessa normativa correntemente presa a riferimento in giurisprudenza (ma prendendo spunto da precedenti giurisprudenziali come la sentenza Esposito: Cass. pen., 14 gennaio 1999, n.350) – arrivano addirittura a configurare una responsabilita' dolosa (artt. 434 e 437 c.p.); quantunque, a dire il vero, neppure con questi «nuovi» riferimenti normativi il diritto che la giurisprudenza si e' incaricata di positivizzare nel caso concreto si possa dire del tutto coerente, quanto alla base testuale, con la formulazione dei capi d'imputazione (dato anche che, in questi casi, l'elemento soggettivo si direbbe tutt'al più stemperare in colpa cosciente)<sup>102</sup>.

Certamente la scelta degli inquirenti, al di là delle indubbie peculiarità del caso, parrebbe dettata da esigenze pratiche più che tecnico-giuridiche, a riprova, se ve ne fosse bisogno, dell'atteggiamento pregiudiziale di tanta giurisprudenza: inutile infatti negare che la loro preoccupazione prima resta quella di evitare una prescrizione che sarebbe invece praticamente inevitabile se, com'è palese nella causa Eternit, si considerassero *funditus*, uno ad uno, migliaia di casi<sup>103</sup>.

Peraltro, sta di fatto che, pur non riuscendo facile – al momento – intuire a quali nuovi sviluppi giurisprudenziali potrebbe aprire il filone Eternit (che s'inserisce, del resto, nella tendenza espansiva del dolo eventuale<sup>104</sup>), accedendo all'opinione finora di gran lunga prevalente, che ravvisa una matrice fondamentalmente colposa nella responsabilita' in discorso, s'incorre in vere e proprie inconseguenze.

Com'è noto, per colpa s'intende, nella dottrina penalistica, «la violazione di un dovere generico o specifico di attenzione che determina un errore vincibile circa la liceità del fatto perpetrato, i limiti entro i quali si è autorizzati ad agire, il nesso causale che avvince alla condotta illecita un evento lesivo previsto o non previsto purché

<sup>101</sup> Tribunale di Torino, sez. I, 13 febbraio 2012, «Studium Iuris», 2012, 10, pp. 1179-1191 (a cura di A. Palma). Le pene inflitte sono state aggravate a seguito dell'appello (Corte d'Appello di Torino, 3 giugno 2013, III sez. pen.: se ne legga il dispositivo all'indirizzo <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1370370347Appello%20Eternit%20-%20dispositivo.pdf>).

<sup>102</sup> Art. 434 (*Crollo di costruzioni o altri reati dolosi*), dove si fa riferimento ad «altro disastro» in via residuale rispetto ai delitti contro la pubblica incolumità di cui ai precedenti articoli; art. 437 (*Rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro*), dove il tenore letterale della norma – che si riferisce a «disastri o infortuni sul lavoro» – parrebbe senz'altro escludere la malattia, ma deve fare i conti con quell'interpretazione affermatasi in Cassazione che è venuta accomunando alla malattia professionale, a rigore dipendente da fattori interni alla persona del lavoratore, una malattia-infortunio, a rigore dipendente da qualsiasi fattore esterno (come l'amianto), benché categorialmente nata, grossomodo attorno agli inizi del Novecento, con riferimento a fattori microbici e virali: cfr. M. Innocenzi *et al.* (a cura di), *Malattia-infortunio. Trattazione in ambito INAIL*, INAIL, Milano 2007.

<sup>103</sup> Si veda S. Zirulia, *Caso Eternit: luci ed ombre nella sentenza di condanna in primo grado*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2013, 1, pp. 471-509, qui p. 489.

<sup>104</sup> Mucciarelli, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, cit., p. 221.

prevedibile e che comunque doveva e poteva venir evitato»<sup>105</sup>.

Ecco allora che la rappresentabilità del rischio e la prevenibilità dell'evento lesivo che sul versante dell'elemento oggettivo rilevano come dovere di condotta conforme a regole precauzionali specifiche o meno vengono qui in evidenza in relazione all'effettivo *potere del soggetto* di condursi in maniera conforme alle regole precauzionali considerate rilevanti nella situazione concreta<sup>106</sup>. Come rileva Astolfo Di Amato:

«[i]l dato essenziale della colpa, quindi, non è tanto nella effettiva riferibilità psicologica di una determinata condotta, quanto piuttosto nel rimprovero di non aver attivato quei poteri di controllo che il soggetto avrebbe potuto e dovuto attivare per scongiurare la lesione dell'interesse protetto»<sup>107</sup>.

È il problema – squisitamente filosofico-penale – della *esigibilità* della condotta alternativa, rispetto a quella nei fatti tenuta dal soggetto, qualora si ritenga che essa avrebbe potuto rivelarsi – con una probabilità confinante con la certezza – non lesiva, oppure lesiva in misura significativamente minore<sup>108</sup>.

Ebbene, per quel che riguarda le condotte in discorso, data la dianzi rimarcata inconferenza delle regole precauzionali addotte, il preteso giudizio di colpa specifica finisce in realtà col dissimulare un giudizio di *colpa generica*, deprivato, però, delle peculiarità circa la valutazione dell'evento lesivo nella sua concretezza<sup>109</sup>.

Se invece si riconoscesse tale giudizio per quel che è, atteso il «lasco» riconosciuto al soggetto nella determinazione delle regole precauzionali da seguire nella situazione si riterrebbe piuttosto necessario riconsiderare caso per caso eventuali sue responsabilità alla stregua di un *modello di agente* sì qualificato (*homo eiusdem professionis et conditionis*), ma che escluda gli automatismi determinati dall'individuazione di regole precauzionali specifiche (*stricto sensu* tecniche)<sup>110</sup>, e che, facendo giust'appunto leva sul principio di *esigibilità*, recuperi – nell'incertezza della «copertura» della legge scientifica nel contesto – un contenuto di colpevolezza (vale a dire, di «rimproverabilità»)<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> G. Bettiol, *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova 1982<sup>11</sup>, pp. 475-476.

<sup>106</sup> S. Canestrari, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in «L'Indice penale», 2012, 1, pp. 21-30.

<sup>107</sup> *La colpa*, in Di Amato *et al.*, *La responsabilità penale da amianto*, cit., pp. 173-219, qui p.179.

<sup>108</sup> Sull'*esigibilità* determinante nella struttura soggettiva del reato colposo, cfr. G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, CEDAM, Padova 1990, pp. 320-336.

<sup>109</sup> Vale a dire, non includibile entro una classe di eventi lesivi ad evitare i quali sono specificatamente previste una o più regole tecniche (che pertanto esauriscono in se stesse, o meglio, nel fatto della loro effettiva osservanza o inosservanza da parte del soggetto nella situazione, la valutazione su rappresentabilità del rischio ed evitabilità dell'evento).

<sup>110</sup> Per difficile che si riveli di volta in volta (ri)costruirlo (v. Attili, *L'agente-modello «nell'era della complessità»: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, cit., pp. 1291-1296). Ad ogni modo, nelle società complesse risulta decisivo farvi riferimento per commisurare, in termini di conoscenza, l'adeguamento *esigibile* da parte dell'ordinamento giuridico: cfr. anche G. Marinucci, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2005, 1, pp. 29-59.

<sup>111</sup> Cfr. G. P. Accinni, *Criteri di imputazione per colpa tra leggi scientifiche e accertamenti giudiziari*,

La pseudo-colpa specifica in discorso da un lato rende allora più che mai esplicito, in questi casi in cui si tratta di comprendere quale regola si sarebbe dovuto seguire e perché, quello che si potrebbe definire un «vuoto di positività»<sup>112</sup>, dall'altro lato, trascendendo il piano strettamente giuridico, induce a prendere sul serio la problematicità insita nello stesso «seguire» una regola, di ciò dovendo dirsi costitutiva la dimensione pratico-comunitaria.

Sovviene, è pressoché scontato, il «secondo» Wittgenstein delle *Ricerche filosofiche*, allorché sottolinea come «seguire una regola» implichi un giudizio su di una *prassi* che assume rilevanza solo in quanto pubblica<sup>113</sup>. In parole povere, data la dimensione comunitaria delle regole, ogniqualvolta tentiamo di oggettivarle, verificando se un determinato soggetto in una determinata situazione le stia seguendo o meno (o le abbia seguite o meno), cadiamo in un paradosso per cui qualsiasi comportamento concreto può – in qualche modo – venire accordato con la regola presa a riferimento. Il punto è che, per uscire da quello che a parere di Wittgenstein è un «frintendimento», bisogna slittare dal piano dell'interpretazione di un preteso «fatto» per restituire la regola alla sua dimensione di «pratica», «uso», «abitudine» comunitariamente rilevanti e condivisi<sup>114</sup>.

Si comprenderà bene, pertanto, che, acclarata la sostanziale inservibilità delle regole precauzionali – pretesamente – specifiche richiamate dalla giurisprudenza in tali casi, il discorso di sposta sulla (ri)costruzione del modello di agente<sup>115</sup>, cioè dell'*homo eiusdem condicionis et professionis* di riferimento per il settore della filiera produttiva dell'amianto di volta in volta in considerazione al fine di valutare che cosa fosse esigibile dai singoli soggetti in *posizione di garanzia* in termini di concreta rappresentabilità del rischio/prevenibilità dell'evento lesivo<sup>116</sup>.

Ora, quando si tratti di focalizzare l'attenzione sul profilo propriamente soggettivo della problematica, da reputarsi – com'è agevole intendere – decisivo, il discorso dei fautori della responsabilità penale da amianto paiono poco inclini a misurarsi con

«Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, 3, pp. 928-952 e Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., parte II.

<sup>112</sup> Giunta, *La legalità della colpa*, cit., p. 163.

<sup>113</sup> L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino 1967, pp. 74-83, 94-109 (§§ 139-155, 172-202). Celebre S. Kripke, *Wittgenstein, su regole e linguaggio privato*, Bollati Boringhieri, Torino 2000, che vi vede un autentico paradosso scettico.

<sup>114</sup> Ciò che viene «fissato» della regola trascende dunque i segni in cui essa può essere esposta (i quali non possono naturalmente interpretarsi da sé): cfr. Putnam, *Ragione, verità e storia*, cit., p. 75.

<sup>115</sup> Circa le connotazioni generali di questa modalità fondamentale del giuridico e le sue alterne vicende cfr. Atili, *L'agente-modello «nell'era della complessità»: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, cit.

<sup>116</sup> Veggasi Di Amato, *La colpa*, cit., *passim*, ma spec. pp. 185-187 e 201. Sulla c.d. posizione di garanzia cfr., in generale, D. Pulitanò, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in «Cassazione penale», 2006, 2, pp. 778-796, qui pp. 781-784, e, nello specifico della responsabilità penale da amianto, con stretto riferimento all'elaborazione giurisprudenziale, M. Ascione, *La tutela penale rispetto al rischio amianto*, «Giurisprudenza di merito», 2010, 4, pp. 900-935, qui pp. 927-934.

l'esperienza di quegli anni. Cosa peraltro doverosa se solo si pone mente a quattro punti che credo siano emersi con nitore dalla precedente trattazione<sup>117</sup>:

- la perdurante incertezza della scienza in materia (che rendeva, e rende, ogni aggiornamento a dir poco impervio);
- la circostanza che il bando dell'amianto risale al 1992 (ciò che ne presuppone, fino ad allora, la legale utilizzabilità);
- l'eccezionale latenza dei mesoteliomi (che ha a lungo impedito la piena percezione della pericolosità del minerale);
- la non individuazione, ad oggi, di regole precauzionali idonee (che inficia la configurazione di condotte alternative).

Ad ogni modo, onde meglio valutare eventuali profili colposi nell'impiego dell'amianto nella seconda metà del secolo scorso, si può ben provare ora a riproporre una sommaria cronistoria «ufficiale» delle precipue tappe della progressiva presa di coscienza della sua nocività per la salute umana anche nel nostro paese<sup>118</sup>.

Come già in precedenza notato, le prime conoscenze in materia riguardano casi di fibrosi polmonare registrati, in Europa, già a fine Ottocento. Si tratta di casi inquadrabili con molta difficoltà dalla medicina, e non ancora districabili dai problemi generali legati alla allora copiosa diffusione delle polveri negli ambienti di lavoro (quando in realtà l'asbestosi poté dirsi descritta scientificamente solo negli anni Venti).

In Italia, la prima segnalazione ufficiale risale al 1908, e fu data da Scarpa al XVII Congresso della Società Italiana di Medicina Interna, per quanto non se ne fosse certo del tutto ignari: anzi, due anni prima, nel 1906, la questione aveva occasionato agitazioni operaie culminate in una sentenza del Tribunale di Torino<sup>119</sup>.

A seguito di quanto sopra furono intrapresi – ma siamo ormai attorno alla metà degli anni Trenta – i primi studi sistematici sulle popolazioni di lavoratori esposti all'amianto, laddove comunque il maggior pericolo associato alla pneumoconiosi (fi-

<sup>117</sup> V. anche R. Bartoli, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2011, 2, pp. 597-636, qui p. 633.

<sup>118</sup> Cfr. utilmente P. W. J. Bartrip, *History of asbestos related disease*, in «Postgraduate Medical Journal», 2004, 80, pp. 72-76, e, più diffusamente, M. Bona, *La datazione delle conoscenze/conoscibilità dei rischi, occupazionali e ambientali, da esposizione all'amianto e le misure di prevenzione nella prospettiva delle responsabilità civili e penali*, in C. Altomare et al., *Amianto: responsabilità civile e penale e risarcimento danni*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna (RN) 2012<sup>2</sup>, pp. 137-282. In prospettiva comparatistica, cfr. Coggiola, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, cit., cap.II.

<sup>119</sup> Tribunale di Torino, 31 ottobre 1906, n.1197. Peraltro la sentenza in parola concerneva solo indirettamente la nocività dell'amianto per i lavoratori, essendo intervenuta nel contrasto insorto tra *The British Asbestos Company* e i responsabili del foglio *Il Progresso del Canavese e delle Valli di Stura*, che la società britannica, a cui fu dato torto, accusò di diffamazione per aver denunciato la nocività dell'amianto per la salute dei lavoratori (parlando del decesso di molti lavoratori dell'amianto per tisi, anemia, bronchite, gastroenterite). Va peraltro detto che tale pronunciamento venne comunque del tutto ignorato dalla dottrina giuridica dell'epoca. Cfr. Bona, *La datazione delle conoscenze/conoscibilità dei rischi, occupazionali e ambientali, da esposizione all'amianto e le misure di prevenzione nella prospettiva delle responsabilità civili e penali*, cit., pp. 188-194.

brosi del polmone) indotta dall'amianto, ritenuta di per se stessa malattia non grave, sarebbe consistito nelle complicanze, e in particolare nella tubercolosi (così anche il surricordato Scarpa).

In Italia sono di poco successivi – risalendo a fine anni Trenta, primi Quaranta – gli studi decisamente meglio strutturati di Enrico C. Vigliani (allora direttore degli Istituti di Medicina Industriale dell'ENPI, Ente Nazionale di Propaganda per la Prevenzione degli Infortuni)<sup>120</sup>, i quali conducono a ritenere fortemente sottostimata la potenzialità nociva dell'amianto, benché le soglie di guardia indicate per la concentrazione delle fibre siano considerevolmente superiori a quelle appena anteriori alla messa al bando del minerale cinquant'anni dopo<sup>121</sup>.

Tuttavia, se le acquisizioni scientifiche sulla correlazione amianto/asbestosi possono dirsi consolidate negli anni Trenta-Quaranta, ben più tarde risultano le conoscenze scientifiche consolidate circa la correlazione amianto/tumori.

Dalle prime segnalazioni con riferimento al carcinoma polmonare, che risalgono alla metà degli anni Trenta<sup>122</sup>, trascorrono vent'anni perché si giunga ad un vero e proprio studio epidemiologico, quello – già ricordato – dell'inglese Doll; questo però inaugura un decennio in cui sorgono diversi contrasti al riguardo (anche per via di alcune «interferenze»<sup>123</sup>), finché, nel 1964, si tiene a New York, organizzato dalla New York Academy of Sciences, lo storico Congress on biological effects of asbestos, i cui atti vengono pubblicati l'anno successivo, formalizzando le acquisizioni di base circa il carattere cancerogeno dell'amianto<sup>124</sup>. Solo pochi anni prima, nel 1960, Wagner e collaboratori avevano correlato a quella rara forma tumorale che è il mesotelioma, accuratamente descritta con ritardo, anche perché veniva in precedenza scambiata per metastasi di un adenocarcinoma primitivo situato altrove.

Ciò nonostante, si può tranquillamente sostenere che dagli anni Sessanta i dubbi sulla nocività dell'amianto crisotilo, di gran lunga il più diffuso nella produzione industriale, sono arrivati quasi fino ai giorni nostri: difatti, a parte la recentissima revisione teorica di cui si è detto in precedenza (al § 2.), se sembra ormai assodata una sostanziale equivalenza della sua nocività rispetto a quella degli anfiboli, o comunque

<sup>120</sup> Vigliani pubblicò una serie di studi che culmineranno nello *Studio sull'asbestosi nelle manifatture di amianto* (Stabilimento Tipografico Giovanni Capella, Ciriè 1940).

<sup>121</sup> Parliamo di 200 fibre/cc contro il valore-limite inferiore a 1 fibra/cc previsto nel testo originario dall'art. 31 del d. lgs. 277/1991 (in seguito il limite verrà ulteriormente abbassato).

<sup>122</sup> Una ricapitolazione significativa, perché risalente agli anni in cui si stavano consolidando definitivamente le evidenze scientifiche circa il potenziale oncogeno dell'amianto, in Z. Cope, *Asbestos and malignancy*, «British Medical Journal», 1964, 1, pp. 202-203.

<sup>123</sup> Come uno studio sponsorizzato dalla *Quebec Asbestos Association* che ravvisava appena un lieve incremento del rischio di tumore al polmone in lavoratori esposti ad amianto crisotilo, senza però risultare – nell'impianto – statisticamente significativo: D. C. Braun, T. D. Truan, *An epidemiological study of lung cancer in asbestos miners*, in «AMA Archive of Industrial Health», 1958, 17, pp. 634-653.

<sup>124</sup> Un dettagliato resoconto dell'evento – contesto, protagonisti, svolgimento – in M. Greenberg, *Biological Effects of Asbestos: New York Academy of Sciences 1964*, in «American Journal of Industrial Medicine», 2003, 43, pp. 543-552.

la sua non innocuità<sup>125</sup>, ancora negli anni Novanta se ne discuteva a tutto campo, come del resto si può evincere da un *update* di inizio decennio dello stesso Wagner<sup>126</sup>.

Per quanto riguarda infine l'Italia, il quadro scientifico «ufficiale» può dirsi completo solo con il XXXV Congresso Nazionale di Medicina del Lavoro, tenutosi a St. Vincent nel 1971, e con il IV Congresso Internazionale sull'Asbesto, tenutosi al Politecnico di Torino nel 1980.

Stante quanto sopra, risulterà, penso, curioso che si continuino a versare fiumi d'inchiostro per rammemorare studi su evidenze scientifiche a tutt'oggi non ancora pienamente acquisite (se mai lo saranno), ma non si spreca in genere una parola che sia una sui molti, troppi *bias* che hanno accompagnato l'ascesa e il declino della «civiltà dell'amianto». Per esempio, si ricorda poco, e al più di passata, che in Italia – dalla metà degli anni Cinquanta – le carrozze ferroviarie delle Ferrovie dello Stato furono coibentate con l'amianto, e che lo stesso fu fatto con gli aerei della compagnia di bandiera, con la Marina Militare, con varie aziende municipalizzate, con l'edilizia pubblica (enti pubblici, scuole, ospedali etc. etc.)<sup>127</sup>.

Si può dunque a buon diritto sostenere, come fa più di qualcuno, che, se proprio si cerca un colpevole, questo è lo Stato italiano (la cui unica scusa, a quanto pare, è quella di non esistere come entità personale).

Questo viene evidenziato in dottrina<sup>128</sup>, dai relatori dall'ultimo disegno di legge in materia<sup>129</sup>, e, sul fronte processuale, dai legali dello studio che difende la Landini – impresa edile che dal 1954 al 1992 ha prodotto lastre in fibrocemento – dall'accusa di aver cagionato danni alla salute di molti lavoratori (47 al momento i casi accertati)<sup>130</sup>.

Ne discende che il ricorso al parametro dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo i termini della colpa generica (e non di un'inconsistente colpa specifica), imporrebbe di riconoscere i presupposti dell'*errore inevitabile* di cui alla storica sentenza della Consulta n. 384/1988.

<sup>125</sup> M. S. Kanarek; *Mesothelioma from Chrysotile Asbestos: Update*, in «Annals of Epidemiology», 2011, 21, pp. 688-697.

<sup>126</sup> J. C. Wagner, *The discovery of the association between blue asbestos and mesotheliomas and the aftermath*, in «British Journal of Industrial Medicine», 1991, 48, pp. 427-432.

<sup>127</sup> È balzato recentemente agli onori delle cronache il caso degli MD 80 dell'Alitalia: G. Corsetti, *A.A.A.: offesi aereo all'amianto*, in «Corriere della Sera» del 13 marzo 2012.

<sup>128</sup> Così, senza ambagi, Bartoli, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, cit., p. 635, e, sostanzialmente, anche L. Montuschi, *Il rischio amianto: quale tutela? Introduzione al dialogo*, in Montuschi, *Insolera* (a cura di), *Il rischio da amianto*, cit., pp. 9-21, qui pp. 19-20, e L. Siracusa, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra «caos» e «logos»*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2009, 4, pp. 969-1021, qui p. 1012.

<sup>129</sup> Presentato il 15 marzo 2013, riprende precedenti «versioni»: cfr. atto Senato n. 3696 – XIV legislatura, presentato il 20 dicembre 2005, e atto Senato n. 23 – XV legislatura, presentato il 28 aprile 2006.

<sup>130</sup> Richiamando nei confronti dello Stato il vincolo costituzionale – ex art. 32 della Carta fondamentale – a tutelare la salute dei cittadini: cfr. F. Savelli *Amianto, se l'azienda fa causa allo Stato*, in «Corriere della Sera» del 11 ottobre 2010.

Diversamente argomentando, e cioè assumendo che l'esenzione da responsabilità penale – per ritenuta insussistenza dell'elemento soggettivo del reato – postuli che «lo sforzo compiuto [sia stato] il massimo concretamente attuabile»<sup>131</sup>, si lascia per un verso trasparire la (drammatica) consapevolezza dell'inesistenza di un «freno» positivo all'azione penale, per un altro verso demandando alla giurisprudenza una prescrizione estemporanea del limite della responsabilità stessa, anziché il mero riconoscimento dei termini fondamentali dello stesso. Quando il concetto stesso di limite non rinvia ad un riconoscimento oggettuale, bensì ad un fare esperienza della condizione di finitudine, e della sua intrascendibilità trascendibile<sup>132</sup>.

### 7. (Non ir)ragionevoli dubbi

Dubbi su questa vicenda – tutta italiana, lo si ribadisce – della responsabilità penale da amianto sono disseminati in ognuna delle pagine che precedono.

Tuttavia, quando si parla di «ragionevolezza» (o meno) dei dubbi che si possono nutrire al riguardo si allude alla causalità penalmente rilevante, a livello probatorio, siccome definita nella «epocale» sentenza Franzese della Suprema Corte a Sezioni Unite<sup>133</sup>.

Come ognuno sa, in tale pronuncia la causalità penalmente rilevante, a differenza di quella civilmente rilevante, basata sul meno rigoroso criterio del «più probabile che non»<sup>134</sup>, viene ancorata al criterio dell' «al di là di ogni ragionevole dubbio»: criterio che impone di considerare raggiunta la prova del nesso causale, mediante giudizio controfattuale, solo in presenza di «elevata probabilità logica» o – *rectius* – di una probabilità prossima alla (confinante con la) certezza che realizzatasi in ipotesi la condotta doverosa – assunta come – impeditiva dell'evento *hic et nunc* verificatosi, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva»<sup>135</sup>.

<sup>131</sup> Garlatti, *Colpa e progresso tecnologico: il contenuto dell'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro nell'ipotesi di tecnopatie conseguenti a esposizione ad amianto*, cit., p. 764 (corsivi rimossi).

<sup>132</sup> Cfr. L. Illetterati, *Filosofia come esperienza del limite. Problemi di introduzione*, CUSL, Padova 2002.

<sup>133</sup> Cass., Ss. Uu., 10 luglio 2002, n. 30328 in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, pp. 1133-1144.

<sup>134</sup> Nonostante gli auspici contenuti nella stessa sentenza Franzese, l'irriducibilità del criterio civilistico del «più probabile che non» a quello penalistico è stata rafforzata da Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n.21619 (in «il Corriere giuridico», 2008, 1, pp. 35-42), la quale ha addirittura segnato uno «slittamento» verso la teoria dell'aumento del rischio ripudiata dalla sentenza Franzese, e qui invece riproposta, sia pure in un'ottica «discendente», con riferimento alla c.d. causalità da perdita di *chance*. Cfr. M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due «dimensioni di analisi»* – Nota a Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n.21619, in «il Corriere giuridico», 2008, 1, pp. 42-65; per un più ampio raffronto tra le accezioni di causalità si rinvia a S. Landini, *Causalità giuridica e favor veritatis*, in «Rivista di diritto civile», 2003, pp.418-439.

<sup>135</sup> Cass., Ss. Uu., 10 luglio 2002, n. 30328, cit., p.1141. Formulazione che ritorna in maniera «contorta» nella giurisprudenza penale in materia di amianto. Sul «difficile bilancio» post-Franzese di

Ad esplicazione di tale portato fondamentale, possiamo di seguito riportare i capisaldi della sentenza Franzese (trovatisi a comporre un netto contrasto all'interno della giurisprudenza della Corte):

- l'adesione al modello della *conditio sine qua non*, per il quale può dirsi causa penalmente rilevante «la condotta umana, attiva o omissiva, che si pone come condizione 'necessaria' – *conditio sine qua non* – nella catena degli antecedenti che hanno concorso a produrre il risultato, senza la quale l'evento da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificato»<sup>136</sup>;

- fissato il concetto di causa penalmente rilevante, si passa ad esporre, quanto all'evento verificatosi *hic et nunc*, il metodo di accertamento della stessa, che può prevedere tanto generalizzazioni del senso comune quanto sussunzioni di singoli eventi sotto leggi scientifiche, universali (esprimenti regolarità senza eccezioni) o statistiche (esprimenti ricorrenze percentuali di nessi tra eventi)<sup>137</sup>;

- prendendo esplicitamente posizione contro il più risalente dei due indirizzi in contrasto tra loro, la Corte specifica poi che, in sede di accertamento della causalità penalmente rilevante, non ci si può contentare della sua nozione «debole», la quale, per via di «pretese difficoltà probatorie», avalla quella teoria dell'aumento del rischio che comporta «un'abnorme espansione della responsabilità»<sup>138</sup>;

l'approdo del ragionamento è il seguente: «l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio, quindi il ragionevole dubbio in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta [...] rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'accusa e l'esito assolutorio del giudizio»<sup>139</sup>.

Tuttavia, la prassi del decennio trascorso evidenzia più che altro, rispetto al modello causale di cui alla sentenza Franzese<sup>140</sup>, una esasperata e snaturante focalizzazione dell'attenzione sugli eventi che presentano coefficienti medio-bassi di probabilità, laddove si reputa che questi possano venire considerati condizionanti «se corroborati dal positivo riscontro probatorio circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa»<sup>141</sup>.

tale giurisprudenza cfr. il § 1. del contributo di R. Bartoli, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale* ([http://www.penalecontemporaneo.it/area/1/-/1-344-la\\_responsabilit\\_penale\\_da\\_esposizione\\_dei\\_lavoratori\\_ad\\_amianto/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/1/-/1-344-la_responsabilit_penale_da_esposizione_dei_lavoratori_ad_amianto/)).

<sup>136</sup> Ss. Uu., 10 luglio 2002, n. 30328, cit., pp. 1135-1136.

<sup>137</sup> Ivi, pp. 1139-1142.

<sup>138</sup> Ivi, p. 1139.

<sup>139</sup> Ivi, p. 1141.

<sup>140</sup> Non certo scevro da difficoltà e zone d'ombra: cfr. O. Di Giovine, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in «Cassazione penale», 2008, 5, pp. 2151-2188, qui pp. 2182-2187; in prospettiva teoretica, cfr. S. Fuselli, *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, FrancoAngeli, Milano 2008.

<sup>141</sup> Cass., Ss. Uu., 10 luglio 2002, n. 30328, cit., p. 1140. Cfr. F. D'Alessandro, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in «Cassazione penale», 2007, 12, pp. 4812-4852 (sulla causalità omissiva: pp. 4842-4852).



Tale inconveniente sembra essersi riverberato in particolare proprio sulla giurisprudenza di legittimità in materia di responsabilità penale da esposizione ad amianto. Se infatti si può ben riconoscere che «qualunque sia il tipo di processo [...] nel quale comunque entri in gioco l'esposizione ad amianto, è facile riscontrare un significativo scostamento dalle regole che [in esso] governano, in modo peculiare [...], la materia delle prove»<sup>142</sup>, resta parimenti notevole che in queste cause si è assistito ad un faticoso aggiustamento di linea che si direbbe tributare alla sentenza Franzese un omaggio più che altro formale<sup>143</sup>.

Sembra invero evidente che, a dispetto – per l'appunto – dell'intervento delle Sezioni Unite sul ganglio vitale di queste cause, la giurisprudenza della IV Sezione della Suprema Corte, non senza una travagliata «dialettica interna»<sup>144</sup>, sta tentando di riproporre la linea colpevolista consolidatasi nel precedente decennio. Quella stessa linea che si era dapprima appoggiata alla teorica dell'aumento del rischio (inizi anni Novanta: epoca dei «pretori d'assalto»), per poi adagiarsi su una mera probabilità statistica impiegata in termini nudamente nomologico-deduttivi (nel periodo che va dalla seconda metà degli anni Novanta ai primi di questo secolo)<sup>145</sup>.

Con la sentenza Franzese ambo gli approcci indicati sono stati mostrati nella loro parzialità, e dunque spazzati via, per aprire ad un modello di causalità penale che imponga una prova per esclusione ragionevole e ragionata di decorsi causali alternativi entro contesti di condotta debitamente ricostruiti nella loro concretezza<sup>146</sup>. Ciò che dovrebbe valere anche e soprattutto nelle cause da amianto, date le incognite che le contraddistinguono<sup>147</sup>.

Di fatto, però, il nuovo modello di causalità penale è venuto assumendo, in queste cause, delle connotazioni peculiari.

<sup>142</sup> F. Focareta, *Anomalie e innovazioni in tema di prova nei processi sui danni da esposizione all'amianto*, in Montuschi, Insolera (a cura di), *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, cit., pp. 87-96, qui p. 87.

<sup>143</sup> Cfr. R. Bartoli, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, cit., pp. 597-600 e, nell'ottica critica peculiare a questo A., F. Stella, *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese (Cass. IV sez. pen.)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, pp. 379-431.

<sup>144</sup> Perini, *Gli stadi della tutela e la spiegazione causale*, cit., p. 162. Siracusa, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra «caos» e «logos»*, cit., *passim*, ma spec. pp. 983-984 e 1004-1015.

<sup>145</sup> Per la periodizzazione esposta cfr. L. Siracusa, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra «caos» e «logos»*, cit., pp. 975-1004.

<sup>146</sup> Naturalmente, resta il problema di fondo, per quanto concerne le scienze empiriche, delle assunzioni implicite pudicamente risolte nella clausola *coeteris paribus*: O. Di Giovine, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, cit., pp. 2153-2157.

<sup>147</sup> «Il vero banco di prova della tenuta garantistica del modello giurisprudenziale [in materia di responsabilità penale da amianto] è costituito dal rigore con cui in concreto venga compiuto il giudizio di eliminazione dei decorsi alternativi» (L. Masera, *Esposizione ad amianto e nesso causale: nuovi spunti di riflessione* – Nota a Corte d'Appello di Genova, 30 marzo 2005, «Il Corriere del Merito», 2005, 11, pp. 1186-1190, qui p. 1189).

Come si è visto, in caso di contatto con l'amianto non risulta configurabile, per l'epoca e in assoluto, una condotta che, pur prevedendo il contatto col minerale, presenti significativi margini di sicurezza, e, corrispondentemente, risulta impossibile parlare – propriamente – di colpa.

Ecco che allora, nel «volatilizzarsi» del rapporto causale penalmente rilevante, sono state seguite in giurisprudenza diverse strategie intese a provocare uno slittamento dal piano della causalità concreta, che le Sezioni Unite hanno ancorato alla probabilità logica, a quello della causalità generale, configurata in base alla astratta correlazione tra l'esposizione ad amianto e certe patologie. Come dire: posta una correlazione percentuale (considerata) significativa tra esposizione ad amianto e una certa patologia, ove concretamente riscontrate l'una e l'altra avrebbe da tenersi per provato altresì il nesso eziologico<sup>148</sup>.

China particolarmente preoccupante perché, oltre a rasentare la classica fallacia *post hoc, ergo propter hoc* (ossia lo scambio del nesso causale con una mera successione temporale<sup>149</sup>), e in realtà molte altre tra le fallacie in cui sembra essere incorsa la giurisprudenza della Suprema Corte nei suoi ripetuti tentativi di insinuarsi negli interstizi della sentenza Franzese dilatando la nozione ivi consacrata di causalità<sup>150</sup>, ha determinato un significativo mutamento di paradigma.

A seguito di tale mutamento si può considerare raggiunta la prova del nesso causale anche in presenza di frequenze medio-basse in ragione di una (pretesa) *mancata diminuzione del rischio* mediante condotte alternative (pretesamente) imposte da regole precauzionali.

Più analiticamente<sup>151</sup>, possiamo dire che, con riferimento alla regola precauzionale (specifica) che avrebbe il compito di rendere prevedibile una certa classe di eventi lesivi, il paradigma «ortodosso» prevedeva che essa valesse ad «abbracciare», fino all'evento di reato, tutti i più significativi eventi causali intermedi: quindi, per le cause da amianto, avrebbe dovuto prevedere tanto l'asbestosi che le neoplasie.

A tale paradigma, evidentemente inservibile – nelle cause da amianto – per prevedere eventi patologici diversi dall'asbestosi (per la quale, lo ricordiamo, il caso-morte è del tutto eccezionale), se ne è pertanto surrettiziamente sostituito un altro, *ad hoc*, che

<sup>148</sup> Di Amato, *La colpa*, cit., p. 188; Folla, *Malattie professionali e responsabilità penale: un conflitto giurisprudenziale senza vie d'uscita?*, cit., p. 1122.

<sup>149</sup> Un caso particolare della fallacia *non causa pro causa* (Arist., *Soph. El.*, 5, 167 b in Id., *Opere*, II, Laterza, Roma-Bari 1994, pp. 236-237), che consiste nel far prevalere una connessione meramente accidentale o secondaria sulla vera e propria connessione causale.

<sup>150</sup> Cfr. F. Stella, *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità. La sentenza Orlando, la sentenza Loi, la sentenza Ubbiali* (Cass. Sez. IV pen.), in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, 1, pp. 23-49.

<sup>151</sup> C. Piergallini, *Esposizione ad amianto e tutela della salute: profili penalistici*, in Montuschi, *Insolera* (a cura di), *Il rischio da amianto*, cit., pp. 31-44, qui pp. 36-37 e *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo* – Nota a Tribunale di Venezia, 2 novembre 2001 e Corte d'Appello di Venezia, 15 dicembre 2004, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2005, 1, pp. 1684-1703.

ridescrive in termini unitari – e cioè senza anelli intermedi – l'evento di reato come patologia polmonare potenzialmente mortale<sup>152</sup>.

Addirittura, a partire dal suddetto mutamento di paradigma, la giurisprudenza di legittimità, in caso di (asserita) inosservanza della regola precauzionale – stabilita come – di riferimento, si è spinta a configurare un'alternativa senza via d'uscita per il soggetto apicale in posizione di garanzia: se l'organo-bersaglio della patologia di cui è causa è il polmone, si assume che l'osservanza della regola precauzionale avrebbe prevenuto il mesotelioma pleurico allo stesso modo in cui era deputata a prevenire l'asbestosi; in caso di patologia che abbia invece colpito diverso organo, si ritiene che la regola precauzionale sarebbe comunque valsa a prevenire – in generale – qualsiasi danno alla salute (astrattamente) da amianto. In ogni caso, come si può notare, grazie ad un notevole «lascio» nell'interpretazione delle regole cautelari, lo «spettro» normativo delle fattispecie che sostengono la responsabilità penale da amianto è tale che i giudici possano a piacimento estenderle, nell'applicazione, a casi impensati ed impensabili al tempo in cui sono state concepite<sup>153</sup>.

Tale «disinvoltura» nel trattare le regole precauzionali ritenute di riferimento trova d'altronde piena rispondenza nell'attitudine della nostra giurisprudenza penale a riscrivere, in materia di amianto, la stessa conoscenza scientifica pur di positivizzare una certa idea di diritto: gabellando per leggi statistiche meri studi epidemiologici (in spregio ai dettami della sentenza Franzese)<sup>154</sup>, e facendosi senz'altro condizionare da proprie pregresse acquisizioni, va da sé, totalmente ascientifiche (come quelle della sentenza Lodigiani<sup>155</sup>), essa è giunta insino a sostenere teorie non certo accettate incontrovertentemente dalla comunità scientifica, come quella secondo cui l'asbestosi può dirsi esplicitare un'efficacia concausale nell'eziopatogenesi del mesotelioma (sentenza Pilato<sup>156</sup>), o quella secondo cui l'asbestosi può evolvere in mesotelioma (sentenza Stringa<sup>157</sup>).

Risultato: per un orientamento fattosi del tutto prevalente a partire dalla fonda-

<sup>152</sup> Ma se ad oggetto della regola precauzionale «specificata» viene posta «soltanto l'asbestosi e la sua capacità di evolvere in patologie polmonari potenzialmente mortali» (Piergallini, *Esposizione ad amianto e tutela della salute: profili penalistici*, cit., p. 37), tale regola finisce col «coprire» un'ampia ed imprecisabile «gamma di sviluppi causali»: C. Piergallini, *Attività produttive e imputazioni per colpa: prove tecniche di «diritto penale del rischio»* – Nota a Pretura di Torino, 9 febbraio 1995 e Corte d'Appello di Torino, 15 ottobre 1996, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1994, 4, pp. 1473-1495, qui p. 1487.

<sup>153</sup> Cfr. anche Garlatti, *Colpa e progresso tecnologico: il contenuto dell'obbligazione di sicurezza del datore di lavoro nell'ipotesi di tecnopatie conseguenti a esposizione ad amianto*, cit., pp. 762-764.

<sup>154</sup> Cavallini, Ponzoni, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto: il diritto penale tra conservazione, tensione e trasfigurazione di causalità e colpa*, cit., p. 155. L'utilizzabilità degli studi epidemiologici è discussa: contra, Pulitanò, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, cit., p. 792; pro, condizionatamente, L. Maserà, *Epidemiologia e nesso di causalità*, in «Cassazione penale», 2008, 11, pp. 4415-4442.

<sup>155</sup> Cass. pen., sez IV, 17 ottobre 1990, in «Cassazione penale», 1992, p. 2102: accelerare il momento della morte di una persona, la cui salute è pure irrimediabilmente compromessa, equivale a cagionarla.

<sup>156</sup> Cass. pen., sez IV, 29 ottobre 2008, n.47380, in «Guida al diritto», 2009, 6, pp. 98-99.

<sup>157</sup> Tribunale di Bari, sez. II, 16 giugno 2009 [http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Trib.%20Bari,%2016.06.2009%20\(sent.\)%20%E2%80%93%20Est.%20Mintola%20\(Fibronit\).pdf](http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Trib.%20Bari,%2016.06.2009%20(sent.)%20%E2%80%93%20Est.%20Mintola%20(Fibronit).pdf)

mentale sentenza Macola<sup>158</sup>, resa proprio all'indomani della Franzese, il solo fatto del protrarsi dell'esposizione ad amianto avrebbe quantomeno determinato, come concausa, una riduzione del tempo di latenza del mesotelioma, e quindi un colposo abbreviamento della vita del lavoratore<sup>159</sup>.

Eppure, come riconosciuto da molti, spesso con intenti tutt'altro che critici, nel caso di neoplasie da amianto, «eventi multifattoriali per loro natura», le scienze mediche ed epidemiologiche, almeno per il momento, possono solo (provare a) rispondere sull'aumento della probabilità di un evento B a seguito di un evento A. In tal senso, per lo stato dell'arte, la domanda «L'evento A ha causato l'evento B?» deve dirsi «strutturalmente mal posta»<sup>160</sup>.

Ciò che per l'appunto conduce fuori della causalità penalmente rilevante, perlomeno se si intende prendere sul serio, e fino in fondo, i principi enunciati dalle Sezioni Unite, sopra brevemente riassunti.

A porre un argine alla deplorable tendenza sopra tratteggiata, se non altro in nome di una razionale ripartizione delle competenze, sembra essere intervenuta – in tempi recenti – la sentenza Cozzini<sup>161</sup>, con la quale la Suprema Corte ha rivisto il suo orientamento per occuparsi del «giudizio di razionalità, di logicità dell'argomentazione esplicativa» e demandare al giudice di merito l'ingrato compito di sancire – al momento della pronuncia – quale sia lo stato dell'arte<sup>162</sup>.

A dirla tutta, però, non si direbbe trattarsi di un vero e proprio *revirement*, bensì di qualcosa che resta a mezza via tra l'irrisolutezza e la ponderazione, restando *suspense gradu*. Quando invece «sarebbe stato più corretto ed opportuno concludere nel senso della assoluta impossibilità di affermare una responsabilità, proprio a causa dell'inesistenza del nesso causale, derivante dall'incapacità del sapere scientifico di fornire un'autentica spiegazione dell'evento»<sup>163</sup>.

Tutt'al contrario, con la sentenza Cozzini la Suprema Corte ribadisce più blandamente la vocazione» colpevolista della giurisprudenza di legittimità in queste cause, che si presenta qui sotto le mentite spoglie di una netta caratterizzazione commissiva delle

<sup>158</sup> Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2002, n.988, in «Foro italiano», 2003, II, coll. 324-334.

<sup>159</sup> Sentenze Mascarin, Cass. pen., sez. IV, 11 aprile 2008, n.22165, «Cassazione penale», 2010, 1, pp.205-211 – Nota di M. Surace, *La morte del lavoratore per l'esposizione a polveri di amianto: condizioni perché sussista la responsabilità del datore di lavoro*, pp. 211-214 e Pittarello, Cass. pen., sez. IV, 22 marzo 2012, n. 24997, in «Foro italiano», 2012, II, coll. 517-518, 521-524 – Nota di R. Guariniello, coll. 525-530 (che la tratta congiuntamente all'analogo sentenza Ramacciotti, di cui v. anche *infra*, nota 166).

<sup>160</sup> A. Marinaccio, *Esposizione ad amianto ed insorgenza di casi di mesotelioma maligno. Evidenze epidemiologiche e causalità*, in R. Pucella, G. De Santis (a cura di), *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, CEDAM, Padova 2007, pp. 113-123, qui p. 123.

<sup>161</sup> Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, in «Cassazione penale», 2011, 5, pp. 1679-1712.

<sup>162</sup> *Ivi*, pp. 1699-1701.

<sup>163</sup> R. Bartoli, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?* – Nota a Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, in «Cassazione penale», 2011, 5, pp. 1712-1723, qui p. 1719.

condotte ritenute anti-doverose, in quanto frutto di determinazioni di tipo *organizzativo*<sup>164</sup>. Ne sia prova, l'escogitazione, in essa sentenza, di un inedito quanto astorico argomento – *ad adiuvandum* – che fa leva su una sorta di riformulazione della *culpa in eligendo*: la «mancata valutazione dei rischi con collaborazione di figure professionali qualificate»<sup>165</sup>. Ad ogni buon conto, anche per i profili per i quali si potrebbe ritenere migliorativa del precedente orientamento, essa sentenza non parrebbe destinata a determinare un mutamento giurisprudenziale in materia, essendo già stata soppiantata da cospicua giurisprudenza di legittimità (l'ultima delle quali è la sentenza Ramaccioti<sup>166</sup>), e insino da «pesante» giurisprudenza di merito<sup>167</sup>.

Più promettente, ancorché – pure esso – da rimeditare, l'orientamento di Cassazione che ascrive la responsabilità delle sole morti (eccezionalmente) conseguite a quell'asbestosi che le regole precauzionali miravano a prevenire, evincibile dalla sentenza resa sul caso Quagliierini<sup>168</sup>.

Nel gioco di questi contrasti, anche profondi, in seno alla giurisprudenza di legittimità, resta pertanto da interrogarsi, al termine di questo nostro itinerario, sulle sconessioni sistemiche che derivano dall'accanimento da essa talora mostrato, e, più in generale, *sit venia verbis*, sulla posta in gioco.

## 9. Versari in re illicita – oggi

Chiamiamo le cose col loro nome: la giurisprudenza penale in materia di esposizione dei lavoratori ad amianto sembra rinverdire i fasti della responsabilità oggettiva di cui all'odioso canone *versari in re illicita*<sup>169</sup>, richiamato da molti commentatori<sup>170</sup>;

<sup>164</sup> In sintesi: Ivi, p. 1712. E bisognerebbe comunque appuntare che, contrariamente a quanto di primo acchito si è portati a pensare, la caratterizzazione commissiva della condotta, quale esposizione a rischio del lavoratore, può in concreto risultare più sfavorevole all'imputato, dal momento che il comportamento alternativo lecito è accreditabile di probabilità di successo anche non confinanti con la certezza, a differenza di quello valutato in caso di caratterizzazione omissiva della sua condotta (cfr. Veneziani (*Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, cit.)).

<sup>165</sup> Si veda Bartoli, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, cit., pp.1721-1722.

<sup>166</sup> Cassazione pen., sez. IV, 27 agosto 2012, n.33311, riportata in R. Guariniello, *Rassegna della Cassazione penale (7 giugno - 27 agosto 2012)*, in «ISL. Igiene & Sicurezza del Lavoro», 2012, 10, pp. 554-556 (in apertura vengono riportati gli estremi di altre tre sentenze critiche della Suprema Corte).

<sup>167</sup> Tribunale di Torino, sez. I, 13 febbraio 2012, in «Studium iuris», 10/2012, qui pp. 1184-1185 (già citata sentenza di I° sul caso Eternit).

<sup>168</sup> Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2010, n.38991, in «Rivista penale», 2011, 7-8, pp. 788-804 (spec. pp. 798-799).

<sup>169</sup> Che in realtà attiene in origine all'indegnità (anzi: alla condizione di irregolarità) dell'omicida – senza luogo a distinguere tra i casi di intenzionalità e inintenzionalità nell'uccidere – a ricevere il sacramento dell'ordine sacerdotale: cfr. H. Kollmann, *Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus iuris canonici*, in «Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft», 1914, pp. 46-106.

<sup>170</sup> L'espressione si trova ad es. in D. Micheletti, *Tumori da amianto e responsabilità penale* – Nota a Pretura di Torino, 9 febbraio 1995, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 1997, 1,

anzi, non manca neppure chi si spinge a sostenere che il dibattito si svolge tra fautori ed oppositori del canone in discorso<sup>171</sup>.

Il fatto è che nel perseguire penalmente le pretese condotte anti-doverose che avrebbero determinato le patologie da amianto viene denegata la stessa personalità della responsabilità penale; specie in quei casi, nient'affatto infrequenti, in cui, durante i decenni di latenza di un mesotelioma, si siano avvicinati diversi soggetti nelle posizioni di garanzia.

Di talché è dato affermare che, col contentarsi dei soli dati di fatto dell'utilizzo dell'amianto e dell'insorgenza di una malattia (detta per ciò solo: professionale), nelle cause penali da amianto sono stati vulnerati tutti e ciascuno i principi posti a presidio della positività penale intesa nell'accezione moderna, e dunque come intangibile dimensione testuale a garanzia dei diritti fondamentali dei consociati dinanzi al potere costituito: dal principio di riserva di legge a quello di tassatività, a quello di non retroattività al divieto di interpretazione analogica.

Esito di cui sono sovente spia vere e proprie contraddizioni: per esempio in quella sentenza in cui – nel florilegio di affermazioni apodittiche, spacciate per certezze scientifiche – si ribadisce che vi è stata «inerzia assoluta» da parte degli imputati, quando invece, dal contesto della stessa motivazione, si evince che ciò essi avevano quantomeno provveduto ad installare un nuovo impianto di aspirazione (sulla cui funzionalità, riportata all'epoca, si sarebbe poi comunque potuto e dovuto controvertere)<sup>172</sup>.

Il *vulnus* ai principi fondamentali del diritto si rivela quindi *vulnus* ai principi fondamentali del processo perché vede falsato l'apporto del reo alla costruzione del «suo» caso, in ragione dell'obliterazione della presunzione d'innocenza (*in dubio pro reo*) e dell'inversione dell'onere della prova che «svuotano» lo stesso principio del contraddittorio<sup>173</sup>. Un *vulnus* che, pregiudicando lo stesso diritto di difesa del reo<sup>174</sup>, determina

pp. 218-235, qui p.235 e in F. Mucciarelli, *Colpa e causalità: una sentenza contro il brocardo «qui in re illicita versatur, teneatur etiam pro casu»* - Nota a Tribunale di Milano, 20 dicembre 1999, in «Foro ambrosiano», 2000, pp. 294-300.

<sup>171</sup> G. Dondi, *Esposizione ad amianto, mesotelioma del lavoratore e responsabilità del datore*, in Montuschi, Insolera (acuradi), *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, cit., pp. 63-76, qui p. 68.

<sup>172</sup> È la sentenza Trioni: cfr. Corte d'Appello di Milano, 30 agosto 2004, n.2017, «D & L. Rivista critica di diritto del lavoro», 2004, 4, pp. 1065-1074, qui p. 1070. Servendosi della sentenza di Cassazione sul caso Trioni (Cass. pen., sez. IV, 2 maggio 2003, n. 20032), F. Stella evidenzia il «ragionar male» della giurisprudenza di legittimità, che riuscirebbe a sciupare anche ottime motivazioni come, in questo caso, quella approntata dal giudice di prime cure (Tribunale di Milano, 20 dicembre 1999): cfr. *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese (Cass. IV sez. pen.)*, cit., pp. 398, 408-410.

<sup>173</sup> Ferrante, *Reati omissivi impropri ed uso dell'amianto*, cit., p. 171. Nullomeno, il contraddittorio – strutturale, in quanto principio, al processo penale – può farsi simulacro, e cioè mera contraddizione empirica di detti di parti, venendo risolto nelle regole tecniche della disciplina processuale vigente (cfr. ancora il mio *Nemo inauditus damnari potest. Storia, metamorfosi, limiti del principio del contraddittorio nel processo penale*, cit., spec. pp. 150-157).

<sup>174</sup> Siracusa, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra «caos» e «logos»*, cit.,

quell'incertezza che in ambito penale assume proporzioni angosciose, e che proprio l'accezione moderna di «positività» aveva inteso esorcizzare<sup>175</sup>: difatti, in questi casi il diritto penale che scaturisce dalla relativa giurisprudenza non può di certo considerarsi, secondo la tesi classica dell'ermeneutica giuridica, un diritto «positivizzato» in sede di interpretazione<sup>176</sup>.

Tecnicamente, la squalifica del reo, del quale viene ritenuta irrilevante (o quasi) la difesa, viene perseguita rinunciando alla tipicità del fatto per accedere ad una surrettizia *tipologia d'autore*, che concepisce la pena come stigma, di contro allo stesso presidio costituzionale della funzione rieducativa.

Ho altrove tentato di riproporre la tipologia d'autore quale forma retorica ineludibile del discorso penale (dove invero si ragiona di persone più che di figure di reato)<sup>177</sup>, ma occorre in proposito precisare che la consapevolezza della necessità dell'operare di una tipologia d'autore nell'esperienza penale ne deve comportare l'esplicitazione, e dunque l'apertura alla dialettica processuale e alla possibilità della confutazione del discorso che su quella si sostiene.

Tutto ciò, come si è appunto detto poco sopra, viene invece accuratamente evitato nelle cause per amianto in cui, rendendo – si può dire – del tutto pleonastico il processo, si stravolge l'esigenza di una critica considerazione della tipologia d'autore come chiave di interpretazione dei fatti di cui è causa per additare lo stereotipo dell'imprenditore senza scrupoli, disposto a tutto pur di aumentare il proprio profitto<sup>178</sup>, o addirittura per evocare la *longa manus* della *lobby* dell'amianto (anche in combutta con compagnie di assicurazione).

Naturalmente non s'intende con questo negare le pressioni economiche che si sono fatte senza dubbio sentire in passato<sup>179</sup>, e che sarebbe illusorio pensare ormai cessate<sup>180</sup>. S'intende piuttosto mettere in guardia da un incontrollato sviluppo «stereotipizzante» che, anche sull'onda emotiva della vicenda Eternit, sembra avere subito un'ulteriore,

p. 995

<sup>175</sup> Su tali principi cfr. P. Moro, *La via della giustizia. Il fondamento dialettico del processo*, Libreria Al Segno, Pordenone 2004<sup>2</sup>, pp. 32-46.

<sup>176</sup> Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2001<sup>3</sup>.

<sup>177</sup> D. Velo Dalbrenta, *La scienza inquieta. Saggio sull'Antropologia criminale di Cesare Lombroso*, CEDAM, Padova 2004, pp. 278-282. Sulla strutturalità della tipologia d'autore per il ragionamento penale, con una decisa opzione antropologica, si rimanda ad A. A. Calvi, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, CEDAM, Padova 1967.

<sup>178</sup> Fa capolino l'imprenditore sfruttatore di manodopera descritto mordacemente da W. Block, *Difendere l'indifendibile*, Liberilibri, Macerata 1993, pp. 197-207.

<sup>179</sup> Senza risparmiare neppure lo stesso «pioniere» Wagner, i cui studi non poterono che venire osteggiati in Sudafrica, paese tra i massimi produttori mondiali di amianto: cfr. J. McCulloch, *The Discovery of Mesothelioma on South Africa's Asbestos Fields*, in «Social History of Medicine», 2003, 16 pp. 419-436 (da mettere però a confronto con J. C. Wagner, *The discovery of the association of mesotheliomas and asbestos exposure*. «European Respiratory Revue», 1993, 3, pp. 9-11).

<sup>180</sup> Si veda l'editoriale *Asbestos Scandal*, in «Nature», 2010, 468, p. 868.

consistente amplificazione ad opera dei mass-media (eloquente indice della curvatura che va assumendo di questi tempi il diritto penale, già colta da attenta dottrina<sup>181</sup>), ma anche della letteratura<sup>182</sup>. E rammentare per un istante ai molti che nel nostro paese vorrebbero far passare l'equazione amianto = grande industria (= crimine organizzato) la complessità del tessuto socio-economico italiano (specie negli anni Sessanta-Settanta), determinante nella più parte di queste cause, evidenziando nei fatti di Casale Monferrato, stante almeno il quadro probatorio emerso in sede giurisdizionale, un *unicum*<sup>183</sup>.

Per converso si dovrebbe concentrare l'attenzione sulla conoscenza degli stessi processi produttivi al tempo adottati, solitamente alquanto approssimativa, e sulla multifattorialità del mesotelioma: guardarsi bene dal ritenere assurdamente indiziante un'esposizione accertata all'amianto, seppur minima (perché ad esempio si trattava di lavorazione episodica, espletata con mezzi di protezione, servendosi di tecniche per quanto possibile sicure, a cielo aperto etc.), è infatti altrettanto importante che evitare di trascurare altre plausibili cause della patologia, sovente esposizioni ad amianto allo stato ignote, magari di altre imprese nelle quali il lavoratore aveva in altro periodo lavorato, data la notevole «circolazione» di lavoratori tra imprese concorrenti negli anni del *boom* economico<sup>184</sup>.

Tutte circostanze che, se adeguatamente soppesate, potrebbero portare alla luce *bias* non di poco conto nel ragionamento degli inquirenti, ma che – attesa l'obliterazione della presunzione d'innocenza e l'inversione dell'onere probatorio – restano difficilmente comprovabili dalla difesa della persona sottoposta ad indagini, se non attingendo appunto a risorse non comuni (nella gran parte dei casi comunque di gran lunga inferiori a quelle di cui dispone una Procura della Repubblica).

Nella prassi, queste cause vedono piuttosto delle indagini preliminari che possono

<sup>181</sup> Cfr. ad es. C. E. Paliero, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, pp. 467-538.

<sup>182</sup> All'ormai classico P. Volponi, *Memoriale*, Einaudi, Torino 1962 adesso si possono affiancare anche altre opere, l'ultima delle quali sembra essere S. Valenti, *La fabbrica del panico*, Feltrinelli, Milano 2013.

<sup>183</sup> Cfr. le testimonianze – in qualche modo – «di parte», ma preziose, contenute in G. Rossi, *La lana della salamandra*, Ediesse, Roma 2009. Va peraltro ricordato che, nel panorama nazionale, anche con riferimento all'amianto stanno emergendo ulteriori notevoli criticità: a Bari, per es., con la Fibronit: cfr. M. Musti *et al.*, *The relationship between malignant mesothelioma and an asbestos cement plant environmental risk: a spatial case-control study in the city of Bari (Italy)*, in «International Archives of Occupational and Environmental Health», 2009, 82, pp. 489-497.

<sup>184</sup> Si poteva lavorare in condizioni le più varie, nelle quali il contatto con l'amianto poteva farsi subdolo (si pensi che capannoni o macchinari potevano presentarne), e le stesse mansioni a cui erano adibiti i lavoratori potevano in se stesse implicare rischi ad oggi ancora non adeguatamente considerati, che potrebbero fuorviare l'accertamento giurisdizionale dei fatti. Per dirne una, nel settore edilizio i processi di vetrificazione di cisterne in cemento destinate al contenimento di liquidi potabili (generalmente: acqua e vino), comportavano – per i lavoratori – un contatto con agenti chimici ben più tossico, per durata ed intensità dell'esposizione, che non – ad esempio – il montaggio di cupolini di rivestimento in cemento amianto; se poi si considera che le sostanze impiegate contenevano zeoliti, ovvero minerali scientificamente riconosciuti in grado – al pari dell'amianto – di innescare mesoteliomi ...



venire svolte superficialmente, anche sulla semplice base di schematiche informative SPISAL, INAIL etc. e di sommarie informazioni rese in genere da parenti e affini delle (pretese) vittime dell'amianto industriale, talora trascurando ogni altro riscontro (anche epidemiologico). Il che non significa solo che molti dei processi in materia sembrano imbastiti senza che si disponga di elementi di prova promettenti, ma anche che si rendono necessarie costose consulenze tecniche di parte ed approfondite indagini difensive, che però possono di fatto essere precluse alla persona sottoposta ad indagini proprio per ragioni economiche<sup>185</sup>.

Sembra così prevalere, in giurisprudenza, un rigorismo che, nel misconoscere il lento «filtrare» delle conoscenze patologiche dall'ambito scientifico nella società (e se ne hanno continue riprove<sup>186</sup>), spaccia per verosimile – negli anni cruciali della seconda metà del secolo scorso – un mondo di piena consapevolezza politica del rischio-amianto, di consolidate certezze tecnico-scientifiche circa la sua gestione, di corrispettive, adeguate cautele normalmente diffuse nel mondo del lavoro, trascurando completamente la dimensione sociale della conoscenza<sup>187</sup>.

Su detto sfondo, del tutto sganciato dalla realtà delle cose, una normativa qualunque, purché coeva ai fatti (onde «rispettare» il principio di legalità), va dunque bene per determinare chi sia penalmente responsabile di queste morti; nel pieno convincimento che un responsabile penalmente perseguibile vi debba per forza essere<sup>188</sup>, onde «trasformare un tema di carattere essenzialmente sociale e collettivo in un tema di responsabilità individuale»<sup>189</sup>. Meglio ancora, in un tempo che avversa l'iniziativa privata (alimentandosi di un malinteso senso del «sociale»), se si tratta di imprenditori ...<sup>190</sup>.

Emblematici di tale giurisprudenza «intransigente», e di quelle sue preclusioni mentali che le impediscono di misurarsi con il caso (essendo la soluzione preconstituita per classi di casi il presupposto di ogni modello colpevolista), sono i contributi di magistrati inquirenti come Raffaele Guariniello e Roberto Rivero, benché certo non siano i soli nomi che si potrebbero menzionare (ma solo e semplicemente quelli dei magistrati più «impegnati»)<sup>191</sup>

<sup>185</sup> Bisogna pur sempre considerare che nel volgere di 30-40 anni, tanti sono in genere quelli passati dai fatti dei processi celebrati nell'ultimo decennio, i soggetti chiamati a rispondere per l'esposizione dei lavoratori ad amianto, in virtù della posizione di garanzia che rivestivano, potrebbero benissimo versare oggi in ben diverse condizioni.

<sup>186</sup> Per fare solo un esempio: i campi elettromagnetici (per i quali c'è seriamente da temere, dopo più di vent'anni di incremento tecno-scientifico, che la determinazione di valori-soglia risulti rimedio, ancora una volta, inadeguato).

<sup>187</sup> Cfr. C. Amoretti, *Sulla dimensione sociale della conoscenza*, in «Cassazione penale», 2010, 7-8, pp. 393-403.

<sup>188</sup> Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, cit., p. 1702.

<sup>189</sup> Di Amato, *Introduzione a La responsabilità penale da amianto*, cit., p.3.

<sup>190</sup> Tengo qui presenti le riflessioni contenute in A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale»; 2005, 1, pp.535-572 e C. Lottieri, *Le imprese come capri espiatori? – pro manuscripto*.

<sup>191</sup> Cfr. ad es. R. Guariniello, *Tumori professionali da amianto e responsabilità personale* – Nota a Cass.

Ciò detto, sarebbe peraltro altrettanto sbagliato vedere in tale atteggiamento giurisprudenziale semplicemente una torsione ideologica del modello inquisitorio (in realtà neppure così impensabile, al giorno d'oggi<sup>192</sup>). E parimenti sarebbe riduttivo liquidarlo come necessità di far fronte ai problemi appalesati dalla «società del rischio» e affrontati, dalla stessa giurisprudenza di legittimità, attraverso il – discusso e discutibile – principio c.d. di precauzione<sup>193</sup>.

Se le dette supposizioni fossero corrette, del resto, non si vedrebbe perché non scegliere, per la responsabilità da esposizione lavorativa ad amianto la via civile (direi: nella duplice accezione di «inclusiva dei *cives*» e «pertinente alla branca privatistica»), che oltretutto compensa l'onere della prova degli attori – che può altresì essere invertito – con una causalità decisamente più favorevole, o non puntare con decisione sul fondo per le vittime dell'amianto (pur con tutte le criticità da affrontare)<sup>194</sup>.

Se poi proprio si intendesse seguire – ad ogni costo – la via penale, va comunque tenuto presente che oggi – dopo il d. lgs. 8 giugno 2001, n.231 – *Societas delinquere potest*: per quanto si tratti di una responsabilità amministrativa dell'ente in presenza di alcune fattispecie delittuose, con l'art.300 del d. lgs. 9 aprile 2008, n.81, essa è stata invero estesa alle fattispecie di omicidio colposo, lesioni gravi e gravissime<sup>195</sup>.

No, si deve convenire che tutto quanto sta accadendo ha a che vedere con la crisi della positività giuridica nella sua accezione moderna. Non si vede altrimenti come si sia potuto dilatare a dismisura lo «spettro» di disposizioni vigenti, anche laddove penalmente rilevanti, fino a renderle in se stesse normativamente «spettrali» (ci si passi il *calembour*), presupponendo di ottenere in ogni tempo una rappresentazione indefor-

pen., sez. IV, 11 luglio 2002, n.988, in «Foro italiano», 2003, II, coll. 324-329, Rivero, *La difficile giustizia per i lavoratori esposti all'amianto*, cit. Più equilibrata P. Cameran, *Le problematiche processuali peculiari delle indagini penali e dei processi penali in materia di patologie asbesto-correlate*, in G. Moro, R. Tosato (a cura di), *Malattie da amianto. Danni alla persona ed esperienze giurisprudenziali*, Ediesse, Roma 2012, pp. 163-176.

<sup>192</sup> Cfr. A. Angeletti et al., *Giudici e inquisitori*, Liberilibri, Macerata 1999.

<sup>193</sup> Cfr. D. Castronuovo, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del «penale» nella giurisprudenza della Cassazione*, (<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Castronuovo%20pdf%20definitivo.pdf>). F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in «Criminalia», 2006, pp. 227-247, L. Stortoni, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, 1, pp.71-89.

<sup>194</sup> Cfr. F. Casson, *Prospettive de iure condendo ed innalzamento della tutela. Il Fondo Vittime dell'amianto*, in Moro, Tosato (a cura di), *Malattie da amianto*, cit., pp. 147-162.

<sup>195</sup> Ancorché in linea col diritto vigente, non si tratta forse di una soluzione totalmente condivisibile, non foss'altro che perché non *toto coelo* distinta da quelle colpevoliste fin qui adottate, che pretendono di introdurre elementi di certezza là dove non ve ne sono, o non ve ne sono a sufficienza (da rimeditare le considerazioni «liberali», in materia di illeciti societari, di F. Stella, *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1999, pp. 1254-1270). Tuttavia, essa, con opportuni aggiustamenti, integrazioni e correzioni, può forse contribuire ad ovviare all'eccessivo rigore giurisprudenziale in materia: cfr. O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in «Cassazione penale», 2009, 3, pp. 1325-1351. Per un approccio comparatistico alla responsabilità penale dello Stato cfr. E. Pavanello, *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico. Societas delinquere potest*, Padova University Press, Padova 2011, spec. Capp. 7-8.

mabile dei fatti sulla base del solo testo (questo in effetti l'ultimo legame da recidere).

In casi come quelli della pretesa responsabilità penale da amianto, gli spettri delle disposizioni giuridiche richiamate, espansi all'inverosimile per far fronte ad istanze sociali che esse non possono – propriamente – contenere (per ragioni metafisiche, logiche e cronologiche), non risultano invero più apprezzabili alla stregua di «datità» – di volta in volta definibili nei contorni – da rendere ogni volta perfette attraverso una neutra «applicazione» giurisprudenziale, bensì a meri fini propiziatori di una sorta di collettivo «rituale espiatorio»<sup>196</sup>.

Non risulta allora più sufficiente ragionare qui sul testo come vincolo, nonostante l'impreteribile lezione dell'ermeneutica giuridica, che ne mette in luce la duplice valenza di «elemento selettore» e di portato di pratiche interpretative<sup>197</sup>; e neppure ci si può contentare dell'altrettanto impreteribile lezione del liberalismo penale, per la quale tutto ciò che non è espressamente vietato, risulta consentito, sì da limitare per primo il potere statale, acciocché non abusi dello strumento penale<sup>198</sup>.

Bisognerà piuttosto ragionare, come d'altronde si è da tempo cominciato a fare<sup>199</sup>, sul ruolo della giurisprudenza e del suo argomentare in uno scenario di dissoluzione del sistema penale moderno, che, nel crepuscolo dello Stato, o meglio, del suo mito, pretende di meglio salvaguardare i diritti dei cittadini mettendoli forse ancor più a repentaglio: se non altro perché, lo si evince bene nel contesto dell'antico continente, l'incontrollato proliferare delle fonti viene smantellando silenziosamente quel che la modernità – con tutte le sue contraddizioni – aveva messo a punto come sistema di garanzie, di cui il concetto di positività aveva finito col costituire l'espressione sintetica<sup>200</sup>.

Ciò pone dei nuovi problemi al giudice in quanto interprete che, nel doversi coordinare col legislatore, può cominciare a valersi di argomenti altri rispetto a quelli prodotti nel suo contesto nazionale, non che problemi di ricostruzione, sulla base della pragmatica giudiziaria, di quel che è divenuta nel frattempo, mutando impercettibilmente giorno dopo giorno, la stessa metodologia giuridica<sup>201</sup>.

<sup>196</sup> L. Stortoni, *Amianto: ragioni e limiti della tutela penale*, in Montuschi, Insolera (a cura di), *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, cit., pp. 57-62, qui p. 61.

<sup>197</sup> Cfr. Viola, Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit., pp. 239-278 e *passim*. Propone di emendare la prospettiva ermeneutica da un fondo di normativismo F. Zanuso, *L'ordine oltre le norme. L'incauta illusione del normativismo giuridico*, in F. Zanuso, S. Fuselli (a cura di), *Il Lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, FrancoAngeli, Milano 2011, pp. 39-69.

<sup>198</sup> Cfr. anche D. Velo Dalbrenta, *Diritto penale*, voce in «Dizionario del Liberalismo Italiano», I, Rubbettino, Soveria Mannelli 2011, pp. 374-380.

<sup>199</sup> Cfr. T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1992, pp. 419-452 e C. E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1994, 4, pp. 1220-1250.

<sup>200</sup> V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma 2012.

<sup>201</sup> Cfr. W. Hassemer, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in «Criminalia», 2007, pp. 73-

Non possiamo allora che concludere questo nostro lavoro riconoscendo, con Gustav Radbruch, che anche lo studio della positività del diritto penale abbisogna di «più» giurisprudenza, senza che ciò possa andare a detrimento dell'idea di una (qualche) sistematica<sup>202</sup>.

Anzi, ripensare la stessa positività penale sembra oggi condurre a riscoprire quella cultura del precedente, cifra della nostra civiltà giuridica, che la modernità ha – viemmen inconsapevolmente – «appannato»<sup>203</sup>. In ogni caso, serve a reintraprendere ancor sempre – nella concretezza dell'esperienza – una tormentata ricerca di cosa è di diritto a partire da dati testuali inevitabilmente imperfetti, anziché vedere nei loro possibili «spettri», dietro la *factio* dell'onniveggenza del Legislatore, un punto di approdo da far «quadrare» con la soluzione normativa «intuita» dall' «interprete» come intrinsecamente giusta. Piuttosto, se risulta necessario che la giurisprudenza, nel recepire istanze sociali «nuove», venga di continuo chiamata a considerare criticamente la stessa dimensione testuale del diritto penale alla luce del mutare dell'esperienza, risulta parimenti necessario che tale incessante lavoro critico sia suscettibile di autentico (spregiudicato) controllo razionale *nel caso*<sup>204</sup>.

E a nulla varrebbe ribattere che per tale via, «sganciando» la decisione giudiziale dal diritto (ritenuto) positivo (unicamente perché contenuto in un testo legale) si creerebbero *ex post* figure di reato (con tutto ciò che ne potrebbe conseguire quanto ai fondamenti stessi dello Stato di diritto). Questo è semmai quanto accade ora, come appunto dimostra esemplarmente la vicenda della responsabilità penale da esposizione del lavoratore ad amianto nell'ordinamento italiano, se solo si riflette sul fatto che la prima sentenza in materia, per un caso di mesotelioma pleurico, risale a soli quattro mesi dopo la messa al bando del minerale dal nostro paese ...<sup>205</sup>.

106, G. Hirsch, *Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in «Criminalia», 2007, pp. 107-120, C. Sarra, *Dialoghi con se stesso. Sul c.d. «uso dialettico» del precedente giudiziario*, in M. Bianchini, G. Gioia, *Principio di proporzionalità e dialogo tra Corti. Saggi per un simposio*, CLEUP, Padova 2012, pp. 251-273.

<sup>202</sup> G. Radbruch, *Jurisprudence in the Criminal Law*, in «Journal of Comparative Legislation and International Law», 1936, pp. 212-225.

<sup>203</sup> Cfr. A. Cadoppi, *Introduzione allo studio del precedente giudiziale nel diritto penale italiano*, in «L'Indice penale», 1998, 1, pp.57-100.

<sup>204</sup> M. Basciu (a cura di), *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, CEDAM, Padova 1998.

<sup>205</sup> Pretura di Pordenone, 7 luglio 1992, in «Foro Italiano», 1992, II, coll. 720-724. La sentenza in parola, peraltro, escludeva il nesso causale tra l'esposizione ad amianto e la morte del lavoratore. Tempo un lustro e, pur dopo diverse pronunce pretorili di condanna (quali Pretura di Mantova, 19 ottobre 1993, Pretura di Torino, 9 febbraio 1995 e Pretura di Padova, 3 giugno 1998), con Pretura di Bergamo, 3 aprile 1997 («Foro Italiano», 1998, II, coll. 484-504, con nota di L. Tramontano, *Ancora in tema di morte per intossicazione da amianto: brevi rilievi problematici sulla «ri-descrizione dell'evento» nella verifica del nesso causale*, coll. 484-487), viene ripresa la linea assolutoria; in sede di legittimità l'esito viene però ribaltato (il noto caso Covili: Cass. pen., sez. IV, 25 settembre 2001, n. 1652, in «Foro italiano», 2002, II, coll. 289-296 – Nota di G. Fiandaca, coll.289-291), e da allora l'impostazione rigorista sembra imporsi *de plano*.



*Nota sugli Autori*

**Stefano Berteà**

Reader in Law

University of Leicester (UK)

**Maurizio Bianchini**

Ricercatore confermato in Diritto Commerciale

Università degli Studi di Padova

**Riccardo Borsari**

Ricercatore confermato in Diritto Penale

Università degli Studi di Padova

**Alessandro Calegari**

Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo

Università degli Studi di Padova

**Paolo Moro**

Professore Straordinario di Filosofia del Diritto

Università degli Studi di Padova

**Federico Reggìo**

Assegnista di Ricerca

Università degli Studi di Padova

342

**Claudio Sarra**

Ricercatore confermato in Filosofia del Diritto

Università degli Studi di Padova

**Alberto Tedoldi**

Professore Associato di Diritto Processuale Civile

Università degli Studi di Verona

**Daniele Velo Dalbrenta**

Professore Associato di Filosofia del diritto

Università degli Studi di Verona

Soprattutto il vorticoso sviluppo tecnologico e il dinamismo inarrestabile delle economie determinano un accrescimento delle attese regolative in settori dell'esperienza sempre più ampi e sfuggenti dal controllo di un unico centro politico di normazione. La ricerca della "norma positiva" diviene viepiù problematica in un contesto di frammentazione dei centri istituzionali di produzione, di affermazione "multilivello" di principi e di organizzazione delle tutele, di limitazioni sempre più estese della sovranità statale, di crisi delle categorie giuridiche tradizionali legate a rigide concezioni moniste e legaliste. L'esperienza giuridica contemporanea mostra di conseguenza una forte e consaputa tendenza ad individuare la pronuncia giurisdizionale quale momento di positivizzazione giuridica per eccellenza, specialmente quand'essa proviene da una Corte "suprema", sia questa in posizione di vertice di un'organizzazione giudiziaria locale, sovranazionale o internazionale. La ricerca della "norma giuridica", intesa come un *positum*, un dato riscontrabile indipendentemente dai *desiderata* soggettivi (secondo una tradizione metodologica tuttora diffusa negli studi giuridici), si sposta quindi verso il momento di produzione istituzionale "dell'ultimo testo", la *res iudicata*, sulla quale vengono a concentrarsi non solo le aspettative di soluzione del caso concreto ma anche quelle di una regolazione generale ed astratta, normativa nel senso più pieno del termine. Nei contributi di cui l'opera consiste, i quali provengono da diversi settori della ricerca giuridica (filosofia del diritto, diritto processuale civile, diritto commerciale, diritto amministrativo, diritto penale, diritto europeo), si dispiega un'ampia riflessione sulla "crisi" della positività giuridica organizzata intorno al tema del valore della giurisprudenza e in particolare della cosa giudicata. Con libertà di approccio, le diverse competenze e sensibilità mostrano in *corpore vili* le fattezze e criticità di questi gangli dell'esperienza giuridica. All'opera hanno partecipato: Stefano Berteà, Maurizio Bianchini, Riccardo Borsari, Alessandro Calegari, Paolo Moro, Federico Reggio, Claudio Sarra, Alberto Tedoldi, Daniele Velo Dalbrenta.