

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA UNIVERSITÀ DI MESSINA

N. 275

COMPLESSITÀ E INTEGRAZIONE DELLE FONTI NEL DIRITTO PRIVATO IN TRASFORMAZIONE

CONVEGNO IN ONORE DEL PROF. VINCENZO SCALISI

Messina 27-28 maggio 2016

a cura di

M. TRIMARCHI - A. FEDERICO - M. ASTONE
C. CIRAOLO - A. LA SPINA - F. RENDE
E. FAZIO - S. CARABETTA



GIUFFRÈ EDITORE

Sezione non inclusa

VINCENZO CIRAULO (*)

Porgo il saluto dell'Ordine degli avvocati di Messina che ho l'onore di presiedere agli Illustri relatori ed agli Illustri ospiti. Mi sia consentito innanzitutto di porgere un sentito ringraziamento all'Università degli Studi di Messina e al suo Rettore Prof. Pietro Navarra, al Dipartimento di Giurisprudenza e al suo Direttore Prof. Giancarlo de Vero e al Comitato scientifico, tra tutti al Prof. Trimarchi e al Prof. Federico per avere coinvolto il nostro Ordine, per averci concesso il privilegio di sedere al tavolo di questa Presidenza e per aver organizzato l'odierno convegno nel corso del quale avremo la possibilità di arricchirci grazie alle Eccellenze del mondo Accademico italiano che avremo modo di ascoltare.

Se il 20 Giugno 1985, data in cui ho sostenuto e superato l'esame di Istituzioni di Diritto Privato, proprio con il Prof. Vincenzo Scalisi, mi avessero detto che a distanza di oltre 30 anni mi sarei trovato in questa magnifica aula, al cospetto dei massimi esponenti della cultura civilistica italiana nell'ambito di un convegno in onore del Prof. Scalisi avrei sorriso e tacciato di follia il mio interlocutore.

Il caso, la fortuna, mi ha concesso questa meravigliosa opportunità della quale approfitto per fare alcune brevi considerazioni. Innanzitutto, certo di avere la condivisione di tutti i presenti, così come già detto in altre occasioni e da ultimo nell'incontro organizzato in Corte d'Appello in memoria del Prof. Falzea, voglio rivendicare con orgoglio il fatto di essermi laureato in questa Università, nella Facoltà di Giurisprudenza che ha visto tra i suoi Presidi il Prof. Salvatore Pugliatti e il Prof. Angelo Falzea.

(*) Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Messina.

Grazie a questi maestri ed ai loro allievi, tra i quali di primaria importanza occupa ovviamente il Prof. Scalisino formate intere generazioni di avvocati, magistrati, notai, dirigenti che oggi occupano posti di rilievo nella nostra Società civile.

Con altrettanto orgoglio rivendico l'appartenenza all'avvocatura messinese che proprio perché si è formata all'interno di queste mura, considero un'Eccellenza nel panorama nazionale per vivacità intellettuale e competenze. L'avvocatura messinese da sempre è interprete di quei valori e di quei principi, appresi sempre tra queste mura, che storicamente le appartengono; ha svolto, svolge e svolgerà quel ruolo sociale che geneticamente le compete e non soltanto perché riconosciuto dalla Costituzione o dalla nuova legge professionale.

Mi piace ricordare che gli avvocati messinesi hanno contribuito alla formazione della legislazione degli inizi del secolo scorso, hanno garantito l'esercizio della giurisdizione unitamente ai pochi magistrati subito dopo il terremoto del 28 Dicembre 1908 all'interno di una struttura precaria sita nella zona falcata, hanno perso la vita per mano della mafia per non essersi voluti piegare alle logiche criminali cittadine.

Prima di concludere, consentitemi di dare il mio modesto contributo allo svolgimento dei lavori di queste due giornate di studio dedicate al Prof. Vincenzo Scalisino su un tema che lo stesso Professore anni addietro con grande lungimiranza aveva di fatto già individuato e rispetto al quale in poche ma significative ed esaustive righe, aveva già tracciato un percorso di riflessione che oggi e domani troverà il suo compimento grazie agli Illustri relatori.

Il Prof. Scalisino nel suo lavoro intitolato: "Fonti, teoria e metodo, alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della postmodernità", alla pagina 167 così scriveva 4 anni or sono, leggo testualmente pregandovi di apprezzare non solo la densità del contenuto ma anche la metrica ed armonica sonorità del testo: "l'intero sistema normativo appare così governato dal mutamen-

to e dal movimento e dunque si presenta inevitabilmente
ed elastico, dinamico e mobile, instabile ed inquieto, stretto
l'eterna dialettica tra continuo e discontinuo, dimensione dialettica
nica e condizione sincronica, appunto più che come una tela di
Penelope tessuta, disfatta e ritessuta; invece come un basso rilievo
mai finito che accolga ininterrottamente i nuovi eventi della
vita, incessantemente si rimodelli e si ricomponga per riportare la
molteplicità a nuova unità, la discontinuità astratta nella continuità
concreta e mobile dell'esperienza, l'eventuale dissidio tra
forma e sostanza a nuova sintesi, la tensione dialettica tra fatto e
valore a nuovo possibile piano d'intesa". Nel suo intenso percorso
accademico ha affrontato con mirabile competenza gli istituti del
negozio giuridico, delle successioni, del diritto canonico, della
legislazione europea, della responsabilità civile e del danno e l'intensa
produzione scientifica ci consegna in maniera ben delineata
la personalità e il valore del Prof. Vincenzo Scalisi, che sento il
dovere di ringraziare a titolo personale ma anche a nome di tutti
quegli avvocati che nel corso degli anni in cui ha insegnato presso
la nostra prestigiosa Facoltà di Giurisprudenza hanno avuto la
fortuna di incontrarlo sul loro cammino.

Concludo rinnovando il compiacimento sincero per l'iniziativa ed auguro a tutti Voi un buon lavoro, grazie.

Acquista
qui

Termine estratto capitolo

Sezione non inclusa

VINCENZO SCALISI (*)

RICORDO DI ANGELO FALZEA, IL MAESTRO

Ogni convegno, ogni incontro di studio è sempre una festa del sapere, ma quella odierna è la prima che non vede la partecipe presenza del Maestro che di ognuno di questi momenti era stato sempre il protagonista assoluto: parlo di Angelo Falzea, il mio Maestro, ma posso anche dire il Maestro di tanti di noi, venuto meno l'11 febbraio di quest'anno.

Ma se la fisicità dell'essere occupa i luoghi, è lo spirito, che è poi il principio costitutivo del pensiero, è lo spirito che invece colma i vuoti e restituisce anche a chi non è più duratura presenza. In questo senso Angelo Falzea sarà sempre tra noi, ad additarci ancora — con il rigore e la severità, che gli erano abituali — le strade e i percorsi del sapere, perché imponente, davvero imponente, è il patrimonio di concetti e di idee che ha lasciato e che hanno fatto di Lui non solo la guida impareggiabile della Scuola giuridica messinese, promossa e fondata da Salvatore Pugliatti, ma sicuramente anche uno dei più eminenti rappresentanti della scienza giuridica di tutti i tempi.

Anche per questo penso di potere con convinzione affermare che la presenza in quest'aula così numerosa e partecipata di tanti intervenuti — Autorità, insigni Maestri del diritto, studiosi e operatori professionali, ma anche studenti e molte persone comuni — è la testimonianza più limpida di un sentito e corale tributo alla memoria della eccezionale e irripetibile personalità di Angelo Falzea, e alla sua Scuola. A tutti desidero esprimere la più profonda

(*) Professore emerito nell'Università di Messina.

e sincera gratitudine, con un ringraziamento tutto particolare per la Sig.ra Vittoria Falzea, che ricordiamo assidua accompagnatrice del professore ad ogni convegno e che così con la sua presenza ha voluto preservarci anche in questa occasione il filo prezioso della continuità.

Tracciare un ricordo del Maestro è tra i compiti più ardui per un allievo, perché inevitabilmente comporta parlare anche di se stessi. Come in ogni *interpretatio*, anche in questo caso, chi parla è parte egli stesso del discorso e poi, si sa, tra maestro e allievo vi è sempre nesso di necessaria coappartenenza. Perché *magister* nel senso più alto è colui che, con l'arte della persuasione e il dono della fiducia, accede alla parte più intima di un altro essere e vi accende il fuoco della conoscenza, dischiude le porte del sapere, allena lo spirito alla creatività, ma sa anche suscitare il dubbio e risvegliare il dissenso (1). Stretto diviene allora il legame, perché l'allievo altro non è che il frutto dei semi che il Maestro ha saputo piantare nella coscienza di lui. In questo senso Falzea è stato maestro di superiore livello, insuperabile nell'arte della persuasione, assai prodigo di fiducia verso i giovani, e scuola di grande libertà intellettuale è stata quella da lui allevata sulla scia impressa da Salvatore Pugliatti, “un Maestro — scrive Falzea di Pugliatti — che amava l'autonomia di pensiero degli allievi” (2).

Ho conosciuto Falzea la mattina di un giorno dispari (perché nei giorni dispari teneva le lezioni) del mese di gennaio del 1960, quando — fresco vincitore di una borsa di studio messa a disposizione dall'Università di Messina dell'allora Rettore Salvatore Pugliatti — iniziai a frequentare quella irripetibile e coinvolgente palestra di formazione che a quel tempo erano le mitiche lezioni di parte generale del corso istituzionale di diritto privato tenute dal prof. Falzea e da lì a qualche anno divenute oggetto di

(1) V. le mirabili pagine di G. STEINER, *La lezione dei maestri*, Garzanti, Milano, 2004, spec. p. 24, 31, 56, 100.

(2) Salvatore Pugliatti *giurista innovatore* (2003), ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III. *scritti d'occasione*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 369.

un autonomo insegnamento, il celebre corso di *Teoria delle scienze giuridiche*.

Si trattava di vere e proprie lezioni di teoria generale del diritto, che, nonostante l'asperità degli argomenti trattati, riuscivano sempre, in forza di un ragionamento particolarmente rigoroso e serrato, ma esposto sempre con insuperata chiarezza, riuscivano sempre a catturare la mente di chi ascoltava, il quale, senza neppure accorgersene, veniva poco a poco immesso nelle più accese e dibattute dispute intorno al diritto e alle sue categorie e gradatamente, quasi preso per mano, accompagnato alla meta e reso partecipe della soluzione o costruzione teorica volta a volta prospettata.

A quel tempo le lezioni non contavano, se non in minima parte, su un supporto cartaceo e l'insegnamento, alla maniera socratica, era affidato quasi del tutto alla "oralità". Anche in questo Falzea è stato un maestro fuori dal comune, iscrivendosi alla schiera dei grandi pensatori della tradizione occidentale, che erano soliti affidare il loro insegnamento non soltanto e non tanto alla muta immobilità della scrittura quanto piuttosto e soprattutto anche alla parola, la parola pronunciata. Maestro è colui che sa "parlare" ai discepoli e, parlando, li forma. E difatti, scrive Steiner, da Platone a Wittgenstein « l'ideale della verità è stato sempre vissuto come un ideale di oralità » (3).

Da quelle lezioni, che hanno formato intere generazioni di studiosi e di operatori del diritto e che pure ubbidivano al canone di un pensiero assolutamente razionale, nasceva il "sentimento", il sentimento del diritto, l'amore per il diritto, perché, per dirla con il celebre passo delle *Metamorfosi* di Ovidio riferito a Pitagora (lb. XV, versi 63-64), quelle lezioni consentivano alla mente di vedere anche laddove neppure alla vista la natura consente. E così, dopo averle frequentate il primo anno, poteva succedere di avvertire il bisogno di riascoltarle ancora nei successivi anni di corso. Io stesso rimasi un assiduo e fedele frequentatore, pure do-

(3) G. STEINER, *La lezione dei maestri*, cit., p. 16.

po che la sorte aveva voluto che fossi proprio io a succedere a Falzea nell'insegnamento del diritto privato, allorquando il Maestro era succeduto a Pugliatti nell'insegnamento del diritto civile. Nasceva da quelle assidue frequentazioni che alla fine si riuscisse a conoscere il pensiero del Maestro — come a volte lo stesso Falzea era solito scherzosamente ripetere — più di quanto non lo conoscesse lui stesso: ma qui entra in gioco un altro fattore, l'arcano del c.d. « mistero » ermeneutico, che ha fatto dire al grande Schleiermacher, il padre dell'ermeneutica contemporanea, che a volte l'interprete riesce a sapere del pensiero dell'Autore più e meglio che lo stesso Autore (4). In quel mistero è l'asse del viaggio che ogni discepolo intraprende con il proprio Maestro.

Non subito, ma solo col tempo comprendemmo che quelle lezioni rappresentavano per il Maestro il laboratorio di gestazione di un pensiero in formazione, nel quale egli veniva mano a mano sottoponendo a un processo di rivisitazione sistematica integrale, radicale e senza precedenti, l'intero campo di categorie e concetti della giuridicità, nonché il concetto stesso del diritto, per adeguare entrambi, come egli scriverà, agli aspetti eminenti della realtà umana e sociale (5). Nascono da qui, e da un'attenzione tutta speciale che Falzea dedica a quelli che egli chiama “i miei studenti”, in nome di un dichiarato atto di fede nella capacità delle nuove generazioni (6), nascono da qui, dicevo, la gran parte degli scritti ora racchiusi nei tre corposi volumi di “*Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*” (7), i quali sotto ogni aspetto — per acutezza di analisi, originalità di pensiero, ampiezza

(4) L'ha ricordato, di recente, G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 71, 244.

(5) *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, sesta ed. ampliata, Giuffrè, Milano, 2008, p. XX (*Per la prima edizione (1975)*).

(6) *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, p. VII (*Avvertenza*).

(7) Il primo è dedicato alla teoria generale del diritto, il secondo alla dogmatica giuridica e il terzo agli scritti d'occasione: tutti editi dalla Casa Editrice A. Giuffrè di Milano e pubblicati rispettivamente nel 1999, 1997, 2010.

MARIO TRIMARCHI (*)

**COMPLESSITÀ E INTEGRAZIONE DELLE FONTI
NEL DIRITTO PRIVATO IN TRASFORMAZIONE**

Grazie, Professore, per i momenti di autentica e profonda commozione che ci ha donato nel ricordo di Angelo Falzea.

Anche a nome di tutti gli altri allievi del prof. Scalisi, ringrazio quanti con la loro presenza hanno voluto testimoniare sincera stima ed affetto per l'onorato, il Presidente emerito della Corte Costituzionale prof. Gaetano Silvestri, i Presidenti della Corte d'appello dott. Michele Galluccio e del Tribunale dott. Antonino Todaro, tutte le Autorità e ancora quanti hanno portato il saluto delle istituzioni che rappresentano e innanzitutto il Magnifico Rettore della nostra Università prof. Pietro Navarra, il Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza Salvatore Pugliatti, i presidenti della Fondazione Bonino-Pulejo, dell'Ordine degli avvocati e del Consiglio notarile, che hanno contribuito, insieme alle case editrici Giuffrè e Giappichelli, al sostegno dell'iniziativa. Ringrazio i relatori per aver accettato il nostro invito, nonché i colleghi provenienti da numerose università e i nostri studenti. Un sentito grazie — infine — a tutti coloro che hanno partecipato all'organizzazione di questo incontro.

La scelta del tema “Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione” si ricollega alle ricerche condotte, soprattutto nell'ultimo ventennio, dal Nostro Onorato e alla sua intuizione secondo cui il diritto privato sta vivendo una fase di profonda trasformazione e non di mera crisi o di semplice

(*) Professore ordinario nell'Università di Messina.

evoluzione. I mutamenti, invero propri di ogni tempo, sono oggi, adesso a momenti e caratteri essenziali del fenomeno giuridico, così come trasmessici dalla modernità, nonché alla funzione del giurista e delle categorie concettuali.

Tale trasformazione è stata senza dubbio indotta dalla globalizzazione e dal policentrismo normativo che hanno determinato un nuovo momento storico di emersione della complessità. Complessità che non costituisce il mero presupposto sociologico della riflessione del giurista, ma integra piuttosto il dato connotativo della giuridicità. Il diritto del ventunesimo secolo è il diritto della complessità nel senso che alla complessità sociale, c.d. estrinseca consegue e corrisponde la complessità giuridica, c.d. intrinseca.

La teorica della complessità solleva peraltro ardue questioni epistemologiche. Talora si utilizza la parola complessità come rivestita di un'aurea alchemica di invocazione magica per giustificare o comprovare particolari difficoltà nella comprensione o nella applicazione delle norme.

In effetti il nesso tra complessità e diritto non è agevole da cogliere. Si potrebbe, infatti, assumere che tale rapporto sia di contrapposizione, nel senso che la prima descriverebbe il mondo del disordine (cioè della realtà sociale) ed il secondo quello dell'ordine (cioè delle regole di condotta). Invero, posto che il diritto è espressione e parte della realtà umana e sociale, giacché il reale è complesso, ne consegue che il diritto è un fenomeno complesso. È illusorio pensare che la complessità e il disordine ricorrano in ambito sociale e che poi il diritto e l'ordine regnino in quanto operanti sul piano del dover essere. Può ben verificarsi che date regole giuridiche prefigurino uno stile di vita non pienamente coincidente con i reali assetti di interesse dei consociati. Angelo Falzea nella voce *Complessità giuridica*, contenuta negli *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, ha così modo di cogliere, quali momenti essenziali e connessi della giuridicità, rispettivamente, una complessità sostanziale, data dall'intreccio degli interessi rilevanti e una complessità formale, costituita dall'insieme degli elementi evidenzianti le regole di condotta.

Assunto, quindi, che la complessità giuridica è una delle espressioni del fenomeno della complessità, vale a dire, è rilevato che la complessità non va confusa con la complicazione. Quest'ultima è causata dalla moltiplicazione delle regole e dalla vertiginosa inflazione normativa che comportano incertezza del diritto; la complessità, invece, non attiene ad un problema di tipo quantitativo e non è, quindi, il contrario di semplicità, bensì di semplificazione: ed invero non tutto ciò che è complesso è necessariamente complicato.

La complessità, specie quella giuridica, alimentata dalla internazionalizzazione del diritto e segnata dalla contraddittorietà e dalla indeterminatezza delle regole, delinea piuttosto un ordinamento fortemente segnato da interdipendenze, discontinuità, interazioni e conseguentemente da un inevitabile grado d'incertezza. Un diritto, in altri termini, non più unidirezionale, monistico e a struttura verticale, ma piuttosto pluridimensionale, pluralistico e a struttura reticolare.

La complessità del diritto comporta, allora, la necessità di superare ogni impostazione che lo configuri come un sistema chiuso, certo, fisso, stabilito e stabile e di prediligere un metodo che lo studi come un fenomeno per più aspetti instabile, incerto, discontinuo e aperto. All'immagine tradizionale della piramide subentra quella di rete, nel senso che si constata la presenza di un tessuto giuridico pieno di intrecci e interazioni dove è obsoleta l'idea di un centro e diffusa, invece, quella della problematicità degli assetti normativi e della non perfetta prevedibilità del nuovo equilibrio, comunque transeunte, che il sistema tende a raggiungere.

In questo quadro il giurista deve saper resistere all'ideologia dell'ordine unificante ed evitare di subordinare i fatti ai concetti. Deve, invece, frequentare la dimensione dell'inedito (da non confondere con l'ignoto) e provare a ragionare anche secondo logiche *fuzzy*, cioè sfocate o non rigorose. La mondializzazione del diritto ha infatti moltiplicato le interdipendenze tra sistemi anche molto diversi e prodotto connessi grovigli normativi spesso inestricabili

con lo strumentario tradizionale. In particolare la coppia identità/conformità non è più sempre in grado di dare risposte soddisfacenti ed è quindi necessario utilizzare una logica fondata sulla coppia prossimità/compatibilità, perseguendo essenzialmente l'armonizzazione delle regole con un approccio attento alla comparazione e al riconoscimento della piena operatività dei principi, quali regole adeguate alla complessità, espressione di una razionalità né puramente giuspositivista né puramente giusnaturalista.

Tale rinnovata metodologia non è, peraltro, destinata a modificare l'obiettivo del giurista, che rimane sempre quello di conoscere la realtà giuridica, anche attraverso analisi sistematiche, in modo da garantire un livello adeguato di certezza del diritto in quel dato momento del fluire storico.

Ciò che cambia sono gli strumenti per conseguire quello scopo: i concetti classici semplificanti risultano, infatti, spesso lontani dalla realtà e non sono utili per elaborare risposte soddisfacenti alle sfide della società contemporanea. Non si tratta, allora, di uccidere il concetto, quanto piuttosto di superare il concetto moderno astratto e unificante a favore di un concetto con funzioni di concatenamento e di connessione, rispettoso della pluralità e capace di cogliere la c.d. *unitas multiplex*, l'uno nel molteplice e il molteplice nell'uno. In effetti la pressione della globalizzazione genera uno stato di inquietudine e però la complessità giuridica non può sfociare in un positivismo empirico, che si atteggi poi, come rileva Falzea, o nella visione ottimistica di un rigido normativismo o in quella pessimistica di un opaco fattualismo.

Una diversa impostazione, che non ritenga possibile convertire il disordine in un nuovo seppur temporaneo ordine, non riuscirebbe invero ad evitare lo spettro del relativismo. I ritmi evolutivi incalzanti delle esigenze umane e le linee di sviluppo contraddittorie della società rendono problematici l'adeguamento e la stessa individuazione delle regole, ma il potere dell'interprete, — pur nella consapevolezza che non è fuori ma dentro il circolo ermeneutico, è *conditor iuris*, facitore esso medesimo di diritto —,

NATALINO IRTI (*)

**SULLA “POSITIVITÀ ERMENEUTICA”
(PER VINCENZO SCALISI)**

SOMMARIO: 1. La generazione e la domanda fondamentale. — 2. Due significati di “valore”. — 3. La meta-positività. — 4. All'interno della positività: indirizzo linguistico. — 5. *Idem*: indirizzo fattuale; una pagina di Vincenzo Scalisi. — 6. Interpretazione come posizione di norma. — 7. La “positività ermeneutica”. — 8. La figura unitaria di Vincenzo Scalisi.

1. *La generazione e la domanda fondamentale*

Ci siamo trovati insieme, sul finire di aprile, in un convegno romano, volto a disegnare un itinerario fra le “città giuridiche”, a ricostruire connessioni fra luoghi e scuole di diritto. Vi manifestai un qualche dissenso: non *filii loci* siamo, ma *filii temporis*; non figli di questa o quella città, ma figli della nostra epoca, che tutti ci avvolge e stringe in sé. E perciò affacciai la diversa prospettiva della “*generazione*”, di coloro che, nati e operanti a un dipresso nel medesimo periodo, si ritrovano intorno a una *questione fondamentale*, la quale traccia una “cornice d'identità” e può farci “antagonisti nella nostra stessa contemporaneità”. Ed anche in questo morbido pomeriggio di Sicilia, nel rendere festoso omaggio a Vincenzo Scalisi, preferisco offrire una *lettura storiografica*, e non, per così dire, *geografica*, della sua figura e della sua opera. E, in tale proposito, sembrerò a volte allontanarmi da lui, ma sarà soltanto descrizione dello sfondo e del quadro complessivo.

(*) Professore emerito nell'Università La Sapienza di Roma. Accademico dei Lincei.

La questione fondamentale della nostra genesi è una *domanda che sta prima di ogni altra domanda*, e tutte orientate verso una *meta*, riguarda il *vincolo di positività*. Se il diritto sia, per usare un'espressione di Albert Camus, un "*affaire fra uomini*", un comando dato da uomini ad altri uomini, un terreno e laico rapporto delle volontà; ovvero se esso sia, in qualche modo e misura, aperto a un al di là, a "essenze" oggettive e assolute, che offrono fondamento e garantiscono "legittimità" alle norme volute dagli uomini.

All'interno di ciascun ambito — *positività e anti-positività* —, si delineano indirizzi di pensiero, sfumature critiche, varianti di metodo. Ed anche talune parole, di carattere essenziale o simbolico, presentano diversità di contenuto e significato.

2. *Due significati di "valore"*

Così accade per la parola "*valore*", che è dominante nelle pagine di Scalisi, e sulla quale è indispensabile fermare il nostro discorso. Poiché è parola, che ha largo uso, e viene impiegata nei campi più vari e lontani (dall'economia alla politica, dalla pedagogia scolastica alla moda, dalla religione al diritto, e via seguendo), un elementare *dovere di lealtà dialogica*, un immediato rispetto per i disputanti, esige che ne sia subito chiarito il significato. Del "*valore*" si può ripetere ciò che Montesquieu, sul principio del libro undecimo dell'*Esprit*, scrive della libertà: « non c'è parola che abbia ricevuto maggior numero di significati diversi, e che abbia colpito gli spiriti in tante diverse maniere ... » (al punto, rammenta il barone per istruttiva curiosità, che « un certo popolo ha scambiato la libertà con l'uso di portare una lunga barba », ed erano i moscoviti i quali non potevano tollerare che lo zar Pietro gliela facesse tagliare).

Negli studi giuridici, quali si sono svolti nel Novecento e nel primo decennio del nuovo secolo, sono registrabili *due significati* di "*valore*", i quali, ancora una volta, ci riconducono all'antitesi fra positività e antipositività. O la parola "*valore*" indica un'espres-

sione dell’agire umano e del corso storico; o un valore positivo e meta-temporale. O “qualcosa”, che troviamo nel cammino terreno, e perciò caduco e mutevole, nato dal nulla e destinato a tornare nel nulla; o “qualcosa”, che, per arcane vie di intuizione e di peculiare “sensibilità”, si rivela al di sopra della storia che corre e precipita nel tempo.

3. *La meta-positività*

In quest’ultimo significato, il “valore” è rottura e rifiuto della nuda positività. Ne traggo prova da pagine del mio venerato maestro, Emilio Betti, e di quell’eminente studioso, che fu Luigi Mengoni, esemplare anche per la radicale sincerità delle tesi professate. Quando leggiamo, nelle lezioni bettiane del 1949, che i principî generali di diritto presentano una « eccedenza di contenuto deontologico o assiologico », qui il “valore” ha significato ultra-positivo o anti-positivo, e designa (come fu chiarito dallo stesso maestro nei *“Prolegomeni a una teoria generale dell’interpretazione”*) « qualcosa di assoluto e che ha in se stesso, in quanto essenza, il proprio fondamento di validità ». E così in Luigi Mengoni, allorché egli scrive — nella “Prefazione” del 1985 a *“Diritto e valori”* — che « i “valori fondamentali” della Costituzione hanno un modo di essere diverso da quello del diritto positivo: non valgono in quanto “posti”, ma per se stessi, indipendentemente dalla loro concretizzazione in programmi normativi di azione», e pure ribadisce «il vincolo del diritto positivo a valori metalegislativi, al rinvio ad essi come a misure di “diritto giusto” ... ».

Ho richiamato pagine che, all’aprirsi e al chiudersi del secondo Novecento, rompono gli argini della positività giuridica, e indicano nei “valori” [come e da chi intuiti o sentiti, non è detto] criterî di giudizio delle norme positive, di qualsiasi norma positiva: criterî, non posti dall’uomo, non fondati sull’energia della volontà, ma soltanto su se stessi.

4. *All'interno della positività: indirizzo linguistico*

Accennavo poco di sopra che, all'interno della stessa positività, si enunciano e svolgono indirizzi diversi, e che la parola "valore" è anche impiegata in senso, per così dire, intra-positivo, e dunque allo scopo di designare, non ciò che è meta-legislativo e meta-storico, ma ciò che è dentro la stessa positività.

Qui, gettando uno sguardo storiografico sul nostro personale lavoro, si delineano due indirizzi, che vorrei denominare indirizzo linguistico e indirizzo fattuale (ripeto: indirizzi all'interno della stessa positività).

Per l'indirizzo linguistico, — lo riassumo per semplici cenni — il diritto si risolve in *testi di parole*, in proposizioni destinate da uomini ad altri uomini, in comandi garantiti dall'uso di apparati coercitivi. E l'interprete, teorico o pratico, avvocato o giudice, è chiamato ad accertare il significato o la pluralità di significati del singolo testo. Ed egli adotterà i metodi, autorizzati o previsti dalla stessa legge: letterale, sistematico, storico, teleologico. E potrà chiamare "valori", per affezione alla parola o moda di studio, i principî generali, estratti per induzione generalizzatrice dalle stesse norme positive.

Sul linguaggio originario del legislatore — nazionale, europeo, internazionale — si costruirà il linguaggio dell'interprete, un meta-linguaggio, vincolato al primo da criterî di coerenza e di rigore logico. L'applicazione del diritto procede per sequenza di fattispecie e giudizi sussuntivi.

5. *Idem: indirizzo fattuale; una pagina di Vincenzo Scalisi*

Ma il testo linguistico non basta all'indirizzo fattuale: che è — mi preme di ribadire — indirizzo meta-linguistico, ma non meta-positivo. Gli ascoltatori hanno già avvertito come, muovendo da lontano e disegnando il quadro storico, abbia già delineato la figura di Vincenzo Scalisi e aperto il dialogo con la sua opera.

NICOLÒ LIPARI (*)

DOTTRINA E GIURISPRUDENZA QUALI FONTI INTEGRATE DEL DIRITTO

SOMMARIO: 1. Dottrina e giurisprudenza come fonti del diritto nell'ottica tradizionale. La posizione di Capograssi. — 2. Dottrina e giurisprudenza nell'esperienza contemporanea. L'assottigliarsi delle differenze. La funzione decisiva del principio di ragionevolezza. Dallo *jus positum* allo *jus in fieri*. L'integrazione tra dottrina e giurisprudenza. — 3. La ricerca di una prevedibilità degli esiti al di là della certezza. La funzione di dottrina e giurisprudenza nell'ottica della c.d. comunità interpretativa. La loro reciproca interazione. — 4. Il nuovo significato dell'intuizione di Capograssi. La comunità interpretativa e il rapporto diritto-morale. La funzione stabilizzatrice di un processo interpretativo integrato. La coppia dottrina-giurisprudenza quale fonte esclusiva del diritto.

1. *Dottrina e giurisprudenza come fonti del diritto nell'ottica tradizionale. La posizione di Capograssi*

Proporsi oggi il tema della dottrina e della giurisprudenza quali fonti del diritto non può consistere semplicemente nell'aggiungere due voci all'elenco di cui all'art. 1 delle preleggi, un enunciato che si è ormai concordi nel riconoscere privo di qualsiasi valenza precettiva. Sarebbe un atteggiamento assolutamente antistorico sol che si consideri, per limitarsi ad un esempio soltanto, che risale ormai a circa cinquant'anni fa il bel saggio di Luigi Lombardi Vallauri (1), in cui non solo si poneva l'accento sull'immane creatività della giurisprudenza, ma si chiariva

(*) Professore emerito nell'Università La Sapienza di Roma.

(1) L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

altresì che la vera fonte del diritto giurisprudenziale è la tradizione collettiva del ceto dei giuristi (2).

Ci si potrebbe semmai interrogare sulle ragioni che hanno così a lungo ostacolato un simile elementare riconoscimento, se è vero che per decenni dopo l'entrata in vigore del codice civile i paradigmi scolastici ribaditi da una consolidata tradizione universitaria hanno parlato di "fonti del diritto" in senso formale senza in queste in alcun modo includere la dottrina e la giurisprudenza. E ciò, nonostante risalisse a ben prima del nuovo codice civile il volume di Giuseppe Capograssi sulla scienza del diritto (3), dove esplicitamente si afferma, nel ribadire che solo il pensiero riflesso aiuta l'azione a fissarsi e consolidarsi sottraendola alla caducità che la vita ha in se stessa, che, a ben vedere, la scienza del diritto (intesa, in senso lato, come forma riflessiva sull'esperienza giuridica) è "l'unica vera fonte del diritto nell'esperienza giuridica" (4). Né basterebbe a spiegare una tale sordità l'atteggiamento diffuso fra i giuristi di disinteresse, per non dire disprezzo, di qualsiasi presupposto filosofico (5), perché i più accreditati manuali istituzionali sono comunque rimasti per anni

(2) È stato giustamente detto che tutto "ciò che condiziona l'interpretazione è fonte" (così R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, p. 457) e quindi non può non esserlo la dottrina, la quale tuttavia "non è mai, o quasi mai, menzionata come fonte del diritto nei testi costituzionali, nè nelle declamazioni politiche o giuridiche ufficiali" (v. ancora R. SACCO, *Dottrina, fonte del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, VII, Torino, 1991, p. 215).

(3) G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1939, oggi in *Opere*, II, Milano, 1959, p. 379 ss.

(4) Cfr. CAPOGRASSI, *op. cit.*, in *Opere*, II, cit., p. 585.

(5) È ben noto il consenso (esplicito anche quando non dichiarato) fra i giuristi rispetto all'atteggiamento di P. BONFANTE (*Il metodo naturalistico nello studio del diritto*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1917, p. 53; v. anche ID., *Filosofia del diritto e scienza del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1923, p. 454 ss.), il quale aveva definito la filosofia giuridica "come una fase prescientifica nello studio del diritto". Operare al di fuori di ogni dichiarato presupposto filosofico appariva "il criterio più sicuro per conservare intatte le doti del vero giurista" (così E. CAMMARATA, *Sulle tendenze antifilosofiche della giurisprudenza moderna in Italia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1922, p. 23).

privi di qualsiasi riferimento giurisprudenziale. Nell'ottica del giuspositivismo, che riconduce il diritto a un sistema di enunciati posti, il procedimento interpretativo, quale che fosse la sua fonte, veniva inteso, almeno a parole, come esplicitazione di un dato oggettivamente valutabile, riducendosi quindi il ruolo della dottrina e della giurisprudenza a momento meramente subordinato, enunciativo di una norma preesistente, non creativo della medesima (6).

La rottura dei paradigmi formalistici ha fatto venir meno la rete di concetti ordinanti, fra i quali in primo luogo quello delle fonti quali indici direttivi di una società sottoposta alla forza della legge (7).

2. *Dottrina e giurisprudenza nell'esperienza contemporanea. L'assottigliarsi delle differenze. La funzione decisiva del principio di ragionevolezza. Dallo jus positum allo jus in fieri. L'integrazione tra dottrina e giurisprudenza*

Nell'esperienza contemporanea dottrina e giurisprudenza sono venute progressivamente assumendo ciascuna un ruolo diverso da quello che aveva assegnato loro la tradizione. La dottrina ha perso quello che era il suo connotato caratterizzante legato ad una riflessione *in vitro* in chiave di validità. Nel momento

(6) Oggi invece possiamo ritenere ormai pacificamente riconosciuto, nonostante i rigurgiti di un ricorrente formalismo, il passaggio dalla tradizionale staticità del positivismo, che individua la norma come un'oggettività conclusa nettamente distinta dal soggetto interpretante, a quel processo ininterrotto di positivizzazione che connota la teoria ermeneutica del diritto, processo indissolubilmente legato alla concretezza degli atti che individuano, nella varietà delle situazioni storiche, la posizione della norma: cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, p. 108.

(7) Non erano peraltro mancati, fin dall'inizio del secolo scorso, segni significativi di un atteggiamento antiformalista. Un giurista francese di inizio secolo aveva già segnalato l'impotenza della legge affermando che "*le droit ne domine pas la société, il l'exprime*": J. CRUET, *La vie du droit positif et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 336.

in cui si riconosce il valore determinante del caso e (8) ne discende di riflesso la messa in crisi del concetto tradizionale di validità. Questa suppone un'ottica generalizzante, un'uniformità di esiti al di là delle singole accidentalità, evenienza questa difficile da riconoscere entro un contesto essenzialmente pluralistico. Il dramma della moderna scienza giuridica sta proprio qui: deve abbandonare le sue categorie tradizionali o quanto meno svuotarle della loro pretesa generalizzatrice per accostarsi il più possibile al caso concreto. Ma nel far ciò essa avvicina sempre più la sua funzione a quello che tradizionalmente era riconosciuto come il ruolo proprio della giurisprudenza. Laddove si riconosca l'insufficienza del criterio della validità formale per l'identificazione del diritto positivo, il punto focale dell'analisi si sposta dal punto di vista dell'atto di posizione a quello dell'atto di riconoscimento, dall'origine all'uso delle norme (9). Il carattere giuridico della regola non viene più cercato, anche a livello teorico, in un criterio di validità formale nell'ottica di fonti ordinate secondo un ordine gerarchico, ma piuttosto nella concretezza pratica del modo in cui essa viene interpretata e applicata.

Per converso, la giurisprudenza, pur essendo perfettamente consapevole dell'incidenza della singola decisione su di uno speci-

(8) Cfr. F. VIOLA, *La legalità del caso*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, I, *Principi fondamentali*, Atti del 2° Convegno nazionale della Sisdic, Capri 18-20 aprile 2006, Napoli, 2007, p. 315 ss. H. G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), trad. it., Milano, 1982, p. 382, afferma testualmente che “il compito dell'interpretazione è la *concretizzazione della legge* nel caso particolare, cioè *l'applicazione*” e riconosce che “si verifica così un perfezionamento creativo della legge”.

(9) È questa la chiave in cui ho tentato un ripensamento delle tradizionali categorie ordinanti del diritto civile: cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013. Ed è una chiave che certamente assegna un ruolo significativo all'operatore (pratico o teorico) del diritto chiamato ad organizzare i suoi strumenti qualificativi in un contesto in cui le c.d. “fonti” si sovrappongono e si intersecano. È stato giustamente osservato che la molteplicità dei luoghi di formazione della giuridicità impone che qualcuno si faccia carico dei vortici che inevitabilmente si creano tentando di riportarli, pur fra mille ostacoli, “entro un alveo finalmente fecondo per la vita collettiva”: cfr. U. BRECCIA, *Immagine della giuridicità contemporanea. Tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Immagine del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, p. 62.

GIUSEPPE BENEDETTI (*)

ERMENEUTICA DELLA COMPLESSITÀ ()**

Io vorrei innanzitutto ringraziare dell'invito gli organizzatori del convegno su un tema importante di rilievo generale, al quale si è aperta anche l'intensa riflessione del giurista. Ma più mi coinvolge la dedica che rende onore a Enzo Scalisi. Così, l'incontro di studio assume anche un forte sapore simbolico ponendo in luce l'etica del magistero scientifico e didattico.

Enzo Scalisi è giurista finissimo, è l'intellettuale che tutti conosciamo, autorevole continuatore di una scuola illustre. Senza obliare l'eredità dei Maestri — e l'abbiamo inteso con quanta autorità e passione ne ha parlato — Egli ha saputo evolverla come si addice all'Allievo autentico. Per Lui l'ansia della ricerca certamente non ha a che fare con l'evento amministrativo relativo alla titolarità dell'insegnamento. È giurista della contemporaneità. Sa che nell'età della crisi postmoderna al Maestro di diritto si chiede qualcosa di più che contemplare la notte del mondo mistificata in giorno tecnico. Egli deve ordinarlo, gli rimane sempre di essere custode dell'ordine giuridico, frequentandolo come *ars boni et aequi*.

Ma credo che il modo migliore per onorare uno studioso sia di meditare sulla sua pagina. Lo farò eleggendolo a uno dei più diretti referenti del mio discorso. Egli anche sul tema della complessità ha scritto pagine che si possono contraddire ma non ignorare.

Caro Enzo, sono parole molto sincere, lo sai. Potrebbe pensare qualche presente dall'orecchio malizioso che siano parole

(*) Professore emerito nell'Università La Sapienza di Roma.

(**) Il testo riproduce la relazione, registrata e trascritta.

d'occasione; non è così. Ho una prova certa. Io ho la certezza di essere uno dei giudici di un fatto importante di un concorso, il concorso che lo ha portato in cattedra.

Concentrerò il mio discorso essenzialmente sul tema della complessità; quello dell'integrazione, che è ad esso intrinsecamente collegato in una struttura unitaria, è più specificamente svolto, come abbiamo inteso, da altri interventi.

Mi è stata chiesta una relazione di ermeneutica senza tanti aggettivi o specificazioni. Ermeneutica che è in assoluta complementarità con gli altri interventi. Il fatto che poi si innesta nel contesto così importante che è quello della complessità e della integrazione ci ha indotto a mettere un genitivo: ermeneutica della complessità.

Si impone subito una prima domanda: qual è la connessione che lega i due termini?

Nell'orizzonte giuridico la complessità abita l'ermeneutica; è un modo di essere e di guardare il mondo degli uomini, di intenderlo per ordinarlo. Non si tratta di incontro accidentale, ma di una struttura di coappartenenza. Anzi, l'irrompere della complessità, accompagnata dalla perdita di efficienza di talune categorie tradizionali, come quella di fattispecie, accresce il gioco e perciò il rilievo del pensiero ermeneutico.

All'indagine ermeneutica spetta però il compito di tematizzare al suo interno le strutture della complessità. Già la specificazione che è nel titolo della relazione ha direzione e senso: non vuole indicare l'oggetto dell'ermeneutica; assume valore di appartenenza o, se si vuole, valore attributivo. E qui si impone la prima citazione dell'Onorato che parla di « approdo ermeneutico della complessità ».

È bene trascorrere oltre, però, perché il tema della complessità è ricco di diverse sfaccettature e richiede anche di gettare lo sguardo in altri territori del sapere. E lo faremo subito, seppure in estrema sintesi, come premessa generale necessaria a introdurre in giusta luce il discorso nell'area giuridica.

Il paradigma della complessità non è stato tematizzato dap-

prima dai giuristi e neppure dagli studiosi di discipline umanistiche, ma dagli scienziati, già all'alba del Novecento dai fisici. È stato poi sviluppato come teoria comune a diversi scrittori e diversi settori della ricerca scientifica.

Uno dei massimi studiosi e docenti di teoria dei sistemi complessi rappresenta efficacemente la crisi della fisica classica. La scienza moderna restituisce — egli dice — solo una prima approssimazione del mondo più grande, profondo e complesso. È avvenuta un'esplosione, un'esplosione di un nuovo universo. Dice sempre quell'Autore che ho citato: il materiale è divenuto immateriale; il mondo materiale visibile non rappresenta più di una piccola percentuale della massa totale di un universo composto principalmente da energia oscura.

Gli scienziati hanno precisato che la complessità è la caratteristica di un sistema non riconducibile alle parti costituenti, ma all'interazione fra essi. Il tutto è più che la somma delle sue parti.

E questa proposizione è fondamentale anche per noi giuristi e perciò io ne muovo non per un richiamo culturale, ma proprio perché penso che possa essere utile anche al pensiero dei giuristi.

Per comprendere un sistema complesso, quindi, assume rilievo il ruolo dell'osservatore, che solo può cogliere la relazione tra le parti e la complessiva organizzazione del sistema. Come appare evidente già da questi brevi cenni, l'andare incontro alle cose si fonde con un nuovo modo di guardarle perché, come avverte Heidegger, « Le cose sono "là" solo dove ci sono degli occhi ».

La nuova prospettiva scientifica esalta gli aspetti della complessità, della discontinuità, della contraddizione, della non linearità e dell'aleatorio quali tratti che lo caratterizzano. Il paradigma della complessità del mondo considerato nel suo più ampio respiro assume così il rilievo di un rigoroso e vigoroso movimento epistemologico.

Ci ha pensato poi l'epistemologo Popper a teorizzare nella filosofia generale il fallibilismo, per cui l'errore è entrato a far parte delle strutture gnoseologiche: la verità della scoperta rimane tale finché non è smentita.

La teoria della complessità viene elaborata per una filosofia generale contemporanea, e non solo, come filosofia della scienza. Ma già lo scienziato — l'ho appena ricordato — si muove sulla doppia valenza del paradigma ontologico ed epistemologico. Di qui all'ingresso di quel paradigma nel mondo giuridico il passo è breve e l'ermeneutica è pronta ad accoglierlo. Per la verità questo già era stato indicato molto tempo prima proprio dagli scienziati.

Ma dobbiamo domandarci: come avviene l'innesto? La domanda finisce col confermare il rilievo dell'illuminante contesto culturale appena accennato perché, a mio sommesso avviso, di notevole utilità si rivelano richiami e analogie tra scienza e diritto, che aiutano a costruire con precise suggestioni l'ermeneutica della complessità.

Questo orientamento suppone però un deciso indebolimento della contrapposizione classica tra *naturwissenschaft* e *geisteswissenschaft*.

È tempo di costruire un anello di congiunzione tra le due specie contrapposte, come dimostrato esemplarmente da certe precise tendenze attuali di filosofia della scienza.

Riprendiamo la domanda: per quale via si giunge all'innesto? Badate, questo non è ancora il problema del come ma solo una considerazione analitico-descrittiva sul piano storiografico.

Ora, senza avere pretese di costruire teorie, registro solo l'impressione secondo la quale l'innesto avviene, per così dire, dal basso. È la figura dell'albero rovesciato che serve a rappresentare un clima culturale.

Dottrina e prassi, in un loro movimento che muove da posizioni diverse ma converge precisamente, si sono alleate per far emergere a tutto tondo la domanda sociale di tutele effettive nel quadro di un ordinamento sempre più complesso e variegato anche là dove non esiste una previsione specifica.

Di qui la ricerca di rimedi muovendo non dal sillogismo apodittico della norma di legge, ma da un ragionare mosso dall'ansia di tutelare effettivamente interessi umani meritevoli nel-

GIUSEPPE VETTORI (*)

IL DIRITTO AD UN RIMEDIO EFFETTIVO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Il pensiero postmoderno e la sensibilità per le differenze. — 2. La giurisprudenza delle Corti italiane ed europee. — 2.1. Le Corti italiane — 2.2.a) La Corte di Giustizia della EU. — 2.2.b) La Corte EDU. — 3. La *Drittwirkung* dei diritti fondamentali. — 4. L'effettività nel linguaggio giuridico e nel dibattito filosofico. — 5. Certezza e prevedibilità. Altre figure di certezza.

1. *Il pensiero postmoderno e la sensibilità per le differenze*

Poco dopo la metà del novecento un autore si poneva l'interrogativo, eterno, su quale criterio si potesse utilizzare per riconoscere se una legge è giusta o un'affermazione è vera. La risposta fu netta. Fino al secolo precedente ci si era rivolti alle grandi narrazioni "per legittimare o criticare le idee e le azioni, ma l'uomo postmoderno non ci crede più" (1).

Si accorge che il "sapere è diventato un tipo particolare di merce, fonte di profitto e mezzo di controllo". Sicché la ricerca di una legittimità non può essere affidata a un criterio formale o tecnologico, incapace di "giudicare del vero e del giusto". Né al solo consenso ottenuto con il dialogo, perché "l'invenzione si produce sempre attraverso il dissenso".

Da qui la riflessione sulla società postmoderna, dispersa in

(*) Professore ordinario nell'Università di Firenze.

(1) J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, trad. it. di C. Formenti, Milano, Feltrinelli, 1981, p. 7

“una molteplicità di linguaggi che la percorrono ma senza nessuna verità ma solo combinazioni pragmatiche”.

Il dibattito è poi divampato in ogni scienza e converge su alcuni dati. La complessità come “categoria-madre che indica un (congedo) dalla modernità, ma non ancora un approdo e una riva sicura”. Il tramonto della riduzione ad unità e del pensiero unico (3) e, soprattutto, la scoperta delle diversità (4), tramite un pensiero capace di raffinare la “*sensibilità per le differenze e rafforzare la capacità di tollerare ciò che non è misurabile con un’unica misura*” (5).

Su questa via si sono seguiti itinerari diversi nella civilistica italiana (6). Vincenzo Scalisi (7) e la Scuola di Messina (8) hanno

(2) J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, op. cit., p. 114 ss. e in quarta di copertina, ma v. anche G. MINDA, *Postmodern Legal Movement*, New University Press, 1995; ID., *Teorie postmoderne del diritto*, trad. di C. Colli, Bologna, 2001, p. 311 ss.; G. VATTIMO, *Nihilismo ed emancipazione. Etica, Politica, Diritto*, Garzanti, 2003, p. 15 ss. per cui si può parlare di post-modernità, seguendo l’insegnamento di Heidegger e Foucault, come “ontologia dell’attualità” ossia come un “discorso che cerca di capire che cosa l’essere significa nella situazione presente”, N. IRTI, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, 3 ed.; ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.

(3) V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 21, 33; A. GARGANI, *Il sapere senza fondamenti*, Torino, 1975; G. VATTIMO – A. ROVATTI (a cura di), *Il pensiero debole*, Milano, 1983; G. VATTIMO, *La fine della modernità: Nihilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, 1987, 2 ed., p. 12 ss.

(4) G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, op. cit., p. 341 e 405, ma anche J. DERRIDA, *L’écriture e la difference*, Paris, 1967; ID., *La scrittura e la differenza*, trad. it. di G. Pozzi, Torino, 1971, e nuova ed. 1990 con int. di G. Vattimo; ID., *Forza di legge*, trad. it. di A. DI NATALE, 2003, Torino, p. 50 ss.; E. LÈVINAS, *Totalité et Infini*, Le Haye, 1962, trad. it., *Totalità e infinito*, Milano 1986, p. 98 ss.

(5) J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, op. cit., p.7, ma altresì F. JAMESON, *Il postmoderno o la logica culturale del tardo capitalismo*, trad. it. di S. Velotti, Milano 1989; P. ROSSI, *Paragone degli ingegni moderni e postmoderni*, Bologna, 1989; A. VILLANI, *Le “chiavi” del postmoderno: un dialogo a distanza*, Napoli, 1988, p. 14; G. VATTIMO, *La fine della modernità. Nihilismo ed ermeneutica nella cultura post-moderna*, cit., p. 28 ss.

(6) Un grande merito va all’analisi della legalità costituzionale da parte di P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.; ID., *Scuole tendenze e metodi: problemi del diritto civile*, Napoli, 1989; ID., *La persona i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005; ID., *Il diritto civile nella legalità*

orientato con opere di grandissima profondità e con una
Una forte attenzione alle situazioni di interesse che non
sciano attrarre da uno schema tipico, ma che invece possono
avere valenza sistematica e potere conformativo degli istituti,
tanto da sottrarre loro la funzione di modello (9). La necessità
di un metodo assiologico-pratico che pone al centro della giuri-
dicità la realtà storico sociale e gli interessi umani filtrati
dall'interesse della comunità, nel rispetto del dato positivo. La
denuncia, quando serve, di ciò che è contrario all'uomo e alla
sua dignità (10).

costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, Napoli, 2006; ID., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497 ss. Per una limpida precisazione di metodo v. P. FEMIA, *Nota di lettura. Voltare le spalle al destino: sistema aperto o aperture sistematiche*, in C.W. Canaris, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, trad. it. di G. Varanese, Napoli, 2009, p. 185 s. e M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 840 ss. V. anche G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015. Per una diversa visione, N. IRTI, *Nihilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1165 ss.; ID., *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 700 ss. e, da ultimo, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

(7) V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, op. cit., p. 31, in part. 33, ove si fa riferimento al “bagno di fattualità” o di “storicità” degli studi di Pugliatti che “esalta la complessità come progressivo scoprimento della diversità e della ricerca delle differenze, come principio euristico della postmodernità” ove “tutto è diversità ed eterogeneità nel senso della derridiana *différance*”. ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 155 ss; ID., *Il nostro compito nella nuova Europa*, in V. SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, p. 3 ss.; ID., *Fonti – Teoria – Metodo. Alla ricerca della “regola giuridica” nell’epoca della post-modernità*, Milano, 2012, in part. p. 5 ss. v. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, Milano, 2002, p. 104.

(8) In part. S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, 1, Milano, 1943, p. 36 ss.; ID., *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, p. 58; ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2010; ID., *Diritto civile. Metodo – teoria – pratica*, Saggi, Milano, 1951, e A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e dogmatica giuridica*, Milano, 1999.

(9) SCALISI, *Categorie e istituti*, op. cit., p. 25 e S. PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, in *Atti del XV Congresso Nazionale di Filosofia*, 1948, p. 505 ss., ora in *Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica*, Saggi, Milano, 1951 p. 691 ss.

(10) V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile*, cit., p. 5 ss. e G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, pp. 14-15 ed ivi la Introduzione di P.

Ermeneutica e buona dogmatica, dunque, strumenti per affrontare il presente e come viatico per il futuro in una analisi che incontra fatalmente il tema dell'effettività (11) come principio di ordine e di riduzione della complessità.

Vorrei parlarne illuminato da questo pensiero straordinario, soffermandomi su tre aspetti. L'attenzione giurisprudenziale al principio di effettività. Il suo ruolo nella conversione del fatto in diritto. La sua funzione ermeneutica e rimediabile. Cominciamo dal primo.

2. *La giurisprudenza delle Corti italiane ed europee*

2.1. *Le Corti italiane*

La Corte Costituzionale (12) trae dal coordinamento degli

Piovani, p. VII (richiamando il testo) "Ci sono realtà che l'intelletto puro non può spiegare né sopprimere perché sono realtà fatte di storia, mosse da sentimenti complessi, tessute di esperienze molteplici, connesse con la vita in un nodo di esistenze antiche e rinnovate che l'intelletto può solo aiutare a dipanare. La religione è una di queste esperienze: il diritto è una di queste esperienze", p. VII "l'astrazione è l'atto col quale lo spirito si rende conto della complessità... pregio insostituibile ... tuttavia strumentale" perché "l'intelletto è una realtà quasi subalterna e affievolita: realtà primaria è l'azione".p. VIII. v anche E. BALDUCCI, *La verità e le occasioni*, Alba, 1960, p. 101 sulla parabola del buon samaritano. "Due pensarono profondi pensieri, uno fece qualcosa. Ma dopo aver fatto, certo pensò qualcosa. In quel pensiero si era accesa la verità del fatto. Chi fa la verità arriva alla sua luce. Chi discute la verità senza farla, la perde".

(11) M. HEIDEGGER, *Ontologia dell'effettività*, tr. it. di G. Auletta, Napoli, 1992, p. 18 "effettivo significa dunque qualcosa che è articolato in ragione del carattere di essere che è così a partire da sé stesso e pertanto "è", p. 20 "L'espressione ermeneutica deve mostrare il modo unitario del rivolgersi, accostarsi, affrontare e esplicitare la effettività".

(12) V. lo scritto notissimo di CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935 (ristampa 1965), p. 39 ss.; e per una trattazione illuminante del principio in molti istituti del diritto processuale, PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003; ID., *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Dir. e giur.*, 1978, I, 1 ss.; ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stasi del processo*, in *Scritti giuridici*, I, *Teoria generale del processo. Processo civile*, Milano, 2007, p. 61; PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, p.16; ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 56; PIOVANI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965 p. 420 ss.

Termine estratto capitolo