

*Estratto*

# ARCHIVIO GIURIDICO

*Filippo Serafini*

*dal 1868*

*Direttori*

GIUSEPPE DALLA TORRE  
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI  
Ord. Università di Bologna

*Comitato Direttivo*

MARIO CARAVALE  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA  
Pres. Em.  
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO  
Prof. Em. Università  
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI  
Ord. Università di  
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA  
Prof. Em. Università  
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO  
Ord. Università della  
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI  
Ord. Università  
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI  
Prof. Em. Università  
di Firenze

PAOLO MENGOLZI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO  
Cat. Universidad  
de Huelva

ALBERTO ROMANO  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPI  
Ord. Università  
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

# ARCHIVIO GIURIDICO

*Filippo Serafini*

*dal 1868*

*Direttori*

GIUSEPPE DALLA TORRE  
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI  
Ord. Università di Bologna

*Comitato Direttivo*

MARIO CARAVALE  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA  
Pres. Em.  
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO  
Prof. Em. Università  
di Roma "TorVergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI  
Ord. Università di  
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA  
Prof. Em. Università  
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO  
Ord. Università della  
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI  
Ord. Università  
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI  
Prof. Em. Università  
di Firenze

PAOLO MENGOZZI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO  
Cat. Universidad  
de Huelva

ALBERTO ROMANO  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO  
Ord. Università  
di Roma "La Sapienza"

Anno CLI - Fascicolo 3 2019



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.  
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma  
Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957  
Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia.....	€ 114,00
Formato cartaceo estero .....	164,00
Formato digitale (con login).....	98,00
Formato digitale (con ip) .....	107,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login).....	136,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login) .....	185,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip) .....	145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip).....	194,00
Fascicolo singolo cartaceo* .....	30,00
Fascicolo singolo digitale .....	25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. \*Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a [info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it)) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it) entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94  
[info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it) [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it)  
[www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it)  
[facebook.com/mucchieditore](https://facebook.com/mucchieditore)  
[twitter.com/mucchieditore](https://twitter.com/mucchieditore)  
[instagram.com/mucchi\\_editore](https://instagram.com/mucchi_editore)

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Legodigit (TN).  
Finito di stampare nel mese di settembre del 2019.

### ***Direttori***

Giuseppe Dalla Torre – Prof. Em. “Lumsa” di Roma

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

### ***Comitato Direttivo***

Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Massimo Stipo – Ord. Università di Roma “La Sapienza”

### ***Comitato Scientifico***

Enrico Al Mureden – Università di Bologna

Salvatore Amato – Università di Catania

Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma

Christian Baldus – Università di Heidelberg

Michele Belletti – Università di Bologna

Michele Caianiello – Università di Bologna

Marco Cavina – Università di Bologna

Olivier Echappé – Université de Lyon 3

Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore

Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano

Herbert Kronke – Università di Heidelberg

Francesco Morandi – Università di Sassari

Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid

Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”

Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne

Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma

Giuseppe Rivetti - Università di Macerata

Gianni Santucci - Università di Trento

Nicoletta Sarti – Università di Bologna

Carmelo Elio Tavilla - Università di Modena e Reggio Emilia

### ***Redazione***

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum - Avvocato del Foro di Roma

Dott.ssa Maria Teresa Capozza - “Lumsa” di Roma

Dott. Matteo Carnì - “Lumsa” di Roma

Dott. Manuel Ganarin - Università di Bologna

Prof.ssa Alessia Legnani Annichini - Università di Bologna

Dott. Alessandro Perego - Università di Padova

## *Norme e criteri redazionali*

- L'Autore di un'opera o di un articolo citato in nota va riportato con l'iniziale del nome precedente il cognome in maiuscoletto (es.: A. GELLIO); l'iniziale del nome e il cognome di più Autori di un'opera o di un articolo vanno separati da una virgola (es.: A. GELLIO, M. BIANCHI).
- Il titolo di un'opera o di un articolo va riportato in corsivo; la particella "in" che precede il titolo di un'opera collettanea, di un dizionario, di una rivista, anch'esso in corsivo, va invece riportata in tondo (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, ...). L'abbreviazione del titolo di una rivista è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo. Il titolo di un contributo o di un'opera va citato per esteso la prima volta; per le successive citazioni l'abbreviazione è facoltativa, purché sempre coerente all'interno del testo.
- L'indicazione del luogo e dell'anno di pubblicazione vanno in tondo, separati da una virgola (es. Modena, 2004).
- L'indicazione del numero e delle parti di una rivista vanno inserite in tondo dopo l'anno di edizione. È obbligatoria se ogni numero o parte ha una numerazione di pagina autonoma (es.: *Foro it.*, 2011, I, c. 2962 ss.); se invece i numeri o le parti di una rivista seguono una stessa numerazione progressiva l'indicazione del numero o della parte in tondo dopo l'anno di edizione è facoltativa (es.: *Archivio giuridico*, 2012, 2, p. 58 ss.).
- L'indicazione del numero della o delle pagine/colonne citate nella nota deve essere preceduta da "p." (pagina) o "pp." (pagine) oppure da "c." (colonna) o "cc." (colonne); mentre, se le pagine proseguono oltre quella citata, si fa seguire "ss." (es.: A. GELLIO, *La simulazione nel matrimonio*, in *Rivista giuridica*, 2011, I, p. 81 ss.).
- Le abbreviazioni "cit." e "loc. cit.", indicative di opere già citate, vanno in tondo dopo il titolo o una parte del titolo in corsivo; mentre va in corsivo l'abbreviazione "*op. cit.*", indicativa di un titolo di volume o di un articolo già citato (così come la particella "*ivi*"): "*op. cit.*" si può usare se di un Autore è citata una sola opera.

- Il numero di edizione dell'opera va indicato in apice dopo l'anno di pubblicazione (es. 2010<sup>4</sup>).
- L'Editore non va citato per le opere italiane; può essere citato per quelle antiche o straniere.
- Uso delle virgolette: per riportare in tondo brani di autori o il testo di disposizioni normative: «.....» (caporali); per riportare citazioni interne ad altre citazioni: “.....” (doppi apici); l'uso degli apici singoli ‘.....’ è possibile soltanto per evidenziare con enfasi concetti o espressioni particolari.
- Le parole straniere vanno in corsivo, eccetto quelle entrate nel linguaggio corrente. Le citazioni tra virgolette a caporale in lingua straniera vanno in tondo.
- Capoversi a rientrare all'inizio di ogni nuovo paragrafo.
- L'indicazione dell'abbreviazione “vol.” (seguito da numero romano) e del vocabolo “tomo” (seguito da numero arabo) sono facoltative, purché sempre coerenti all'interno del testo (es. T. TIZIS, voce *Potestà dei genitori*, in *Dizionario giuridico*, vol. XIV, Roma, 2000, p. 113 ss.).
- L'abbreviazione di nota va in tondo: “n.” o “nt.”.
- Per opere di più autori: titolo dell'opera in corsivo seguito, dopo la virgola, dal nome o dai nomi dei curatori in maiuscoletto separati da una virgola, laddove vi siano (es.: *Le società*, a cura di T. TIZIS, A. GELLIO, Roma, 2011).

Arnaldo Morace Pinelli

## IL RAPPORTO TRA DIRITTO E GIUSTIZIA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO, ANCHE ALLA LUCE DEL PENSIERO DI VILLEY, COTTA ED HERVADA\*

SOMMARIO: 1. Diritto e giustizia nel pensiero di Villey, Cotta ed Hervada. – 2. Il positivismo normativo in Italia. – 3. Dalla fattispecie ai valori: la giurisdizionalizzazione del diritto. – 4. Diritto e giustizia, alla luce della Costituzione. – 5. La giustizia contrattuale. – 6. *Segue*: la causa c.d. in concreto ed il rilievo riconosciuto alla categoria dell'operazione economica unitaria. – 7. Etica e diritto nel Codice civile e nella legge fallimentare. – 8. *Smart contract* e giustizia contrattuale.

### 1. *Diritto e giustizia nel pensiero di Villey, Cotta ed Hervada*

Michel Villey, Javier Hervada e Sergio Cotta hanno indagato l'essenza del diritto, rinvenendo un indissolubile legame tra diritto e giustizia. Secondo l'insegnamento del realismo giuridico classico, che specialmente i primi due giuristi ripropongono e sviluppano, «il diritto è ciò che è giusto»<sup>1</sup>.

---

\* Il presente scritto, sottoposto a valutazione, riproduce, con alcuni ampliamenti ed il corredo delle note, il testo della relazione tenuta al Convegno di studi *“L'essenza del diritto. Le proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada”*, tenutosi presso la Pontificia Università della Santa Croce (Roma, 1-2 aprile 2019).

<sup>1</sup> Secondo J. HERVADA, *Cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, Roma, 2013, p. 31 ss., la giustizia, in quanto «virtù di dare a ciascuno il suo, il suo diritto», «segue il diritto, non lo precede, è posteriore a esso, nel senso che opera in relazione al diritto preesistente» e può invocarsi solo qualora si ravvisi un diritto naturale preesistente, in quanto la giustizia non crea o conferisce diritti, ma rimedia alla loro lesione, dando ciò che ad essi corrisponde. La presenza di leggi ingiuste si spiega allora agevolmente per il fatto che tali leggi ledono il preesistente diritto naturale.

Questo rapporto tra diritto e giustizia è ben spiegato da C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, Milano, 2000, p. 93 ss., spec. p. 96.

La fonte primaria del diritto e della giustizia è individuata nella natura. Il diritto non è tale per il fatto di essere posto dall'autorità statale (ossia per la volontà dell'uomo) ma in quanto (e se) corrisponde alla natura umana. La norma deve essere razionale, ossia conforme alla natura umana e ciò implica un costante confronto con la realtà<sup>2</sup>.

---

Secondo l'illustre Autore «la realtà giuridica è legata ai rapporti sociali tra le persone umane. Il diritto non è una realtà autoreferenziale all'individuo, ma presuppone l'alterità o intersoggettività di almeno due soggetti distinti. Tali soggetti si trovano in situazioni correlative: il primo appare quale titolare di qualcosa che è suo, che gli appartiene» (i beni materiali, la vita, la libertà, la fama, ecc.). «Questa appartenenza non è un mero fatto di potere, ma costituisce una situazione legittima, avente cioè una giustificazione tale che la colloca nell'ambito del dover essere o della norma. La dimensione specificamente giuridica di questo dover essere compare laddove entra in scena l'altro soggetto umano, obbligato a rispettare o ad attualizzare in qualche modo il dominio dell'altro su ciò che è suo [...]. In quest'ottica il diritto appare essenzialmente legato alla giustizia, virtù morale il cui oggetto è proprio il rispetto o l'adempimento del diritto. Si tratta qui della giustizia situata nell'ambito dell'esperienza giuridica», ossia «quella cui si riferisce la celebre definizione del giurista romano Ulpiano: [...] la giustizia è la costante e perpetua volontà di dare a ciascuno il suo diritto. Il diritto viene considerato quale oggetto della giustizia, ossia come ciò che è giusto».

Cfr. pure E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Roma, 2013, p. 29 ss.: «Il dare a ciascuno il suo è un'attività buona. L'abito di dare a ciascuno il suo diritto è una virtù, la virtù della giustizia». L'illustre Autore richiama il pensiero di San Tommaso d'Aquino che «nel suo trattato sulla virtù della giustizia, definisce il diritto come l'oggetto della giustizia, come ciò che appartiene a un soggetto e bisogna darglielo (S. Th., II-II, q. 57, a.1). il diritto è [...] *ipsa res iusta*. Il diritto è quindi l'oggetto della virtù della giustizia, la stessa realtà giusta. È ciò che appartiene a un soggetto in quanto gli è dovuto: il *suum* in quanto dovuto».

L'identificazione del diritto con ciò che è giusto consente anche di comprendere la profonda armonia che lega etica e diritto. Cfr., sul punto, C.J. ERRÁZURIZ M., *L'etica e il diritto: istanze separate o armoniche?*, in *Iustitia*, 2000, p. 130 ss. spec. p. 135.

Anche il diritto canonico deve rettamente intendersi come ciò che è giusto. Cfr., sul punto, J. HERVADA, *Le radici sacramentali del diritto canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 2005, p. 629 ss.; C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, cit., p. 101 ss.

<sup>2</sup> J. HERVADA, *Cos'è il diritto*, cit., p. 105.

Cfr., sul punto, le lucide osservazioni di E. BAURA, *Parte generale*, cit., p. 143 ss.



La soggezione delle norme giuridiche ad un superiore ed universale principio di giustizia è propria della concezione del diritto naturale, che si propone di individuare un limite all'arbitrio della legge di fronte alle preminenti esigenze morali dell'uomo<sup>3</sup>. Aristotele proclamava la prevalenza del diritto naturale sulle leggi dello Stato e riteneva che la legge ingiusta non fosse vincolante per i cittadini<sup>4</sup>, principi questi incarnati nel mito di Antigone<sup>5</sup>.

La nozione del diritto naturale, come limite al diritto positivo, è sviluppata da San Tommaso d'Aquino, che scorgeva nel diritto naturale il riflesso della legge eterna rivelata all'uomo indirettamente, attraverso la sua ragione, distinguendo-

---

<sup>3</sup> Cfr., in tal senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 1978, p. 16 ss.

<sup>4</sup> ARISTOTELE, *Retorica, I, A, 15, 1375 a-b*: «L'equo resta sempre e non cambia mai, e neppure la legge comune (giacché è secondo natura); invece le leggi scritte cambiano spesso [...]. Se il giusto è vero e utile, non lo è invece il giusto apparente; per cui la legge scritta non è una legge, essa infatti non adempie alla funzione della legge [...]. Il giudice è come un saggiaio d'argento, il quale debba discernere il sedicente giusto dal vero giusto, ed è proprio di un uomo più onesto il ricorrere e l'attenersi alle leggi non scritte piuttosto che a quelle scritte».

Sul tema cfr. S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, Cinisello Balsamo, 2004, p. 37 ss.

<sup>5</sup> La nota tragedia di Sofocle solleva il problema della legittimità del diritto positivo. Antigone, tra il rispetto della legge divina non scritta, che prescriveva di dare onorata sepoltura ai defunti, e la legge della Città, imposta dall'autorità, che le inibiva di seppellire il fratello Polinice, obbedisce alla prima, pagando con la propria vita il compimento di «un santo crimine», ossia la violazione della legge umana per osservare una norma divina. Cfr. SOFOCLE, *Antigone*, spec. p. 70 ss. e p. 441 ss.: «CREONTE Eppure hai osato trasgredire questa norma? ANTIGONE Sì, perché questo editto non Zeus proclamò per me né Dike, che abita con gli dei sotterranei. No, essi non hanno sancito per uomini queste leggi; né avrei attribuito ai tuoi proclami tanta forza che un mortale potesse violare le leggi non scritte, incrollabili, degli dei, che non da oggi né da ieri, ma da sempre sono in vita, né alcuno sa quando vennero alla luce. Io non potevo, per paura di un uomo arrogante, attirarmi il castigo degli dei».

Sulle leggi non scritte SOFOCLE ritorna nell'*Edipo Re*, p. 863 ss.: «CORO Mi sia dato serbare reverente purezza, di atti e di parole, secondo le leggi che vivono eccelse, nell'alto cielo generate. L'Olimpo soltanto ne è padre: non le produsse prole d'uomini effimeri, né mai oblio le assapirà. Vive in esse un Dio possente, che non invecchia».

la dalla legge divina, rivelata per tramite delle Scritture, e da quella umana, ritenuta non vincolante se ingiusta, ossia se contraria al bene divino o al bene comune<sup>6</sup>. Diritto e giustizia hanno la stessa essenza e la legge umana non può discostarsi senza contraddirsi dalla legge naturale, che costituisce l'ordine dell'uomo come creatura razionale. Tuttavia, il diritto non è mai solo naturale, ma insieme naturale e positivo, e il diritto naturale costituisce lo stesso fondamento e l'invalicabile limite di quello positivo<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> *Somma Teologica*, II, q. 90 ss., spec. q. 95: «Non è da considerarsi legge una norma non giusta. Perciò una norma ha vigore di legge nella misura in cui è giusta. Ora, tra le cose umane un fatto viene detto giusto quando è retto secondo la regola della ragione. Ma la prima regola della ragione è la legge naturale [...]. Quindi una legge umana positiva in tanto ha natura di legge in quanto deriva dalla legge naturale. E se qualcosa è contraria alla legge naturale, non è più legge, ma corruzione della legge». La legge «ha come fine il bene comune» e le leggi «possono essere ingiuste in due modi. Primo, perché in contrasto col bene umano», nei seguenti tre elementi: «o per il fine, come quando chi comanda impone ai sudditi delle leggi oneroso non per il bene comune [...]; oppure per l'autorità, come quando uno emana una legge superiore ai propri poteri; oppure anche per il tenore, come quando si spartiscono gli oneri in maniera diseguale, anche se vengono ordinati al bene comune [...]». Secondo, le leggi possono essere ingiuste perché contrarie al bene divino» (q. 96).

S. COTTA, *Diritto e morale*, in *Ius Ecclesiae*, 1990, p. 422 ss., ricostruisce il pensiero di S. Tommaso, sul punto, come segue: la legge naturale è il riflesso, sul piano umano, della legge eterna. Solo la legge giusta è legge per l'uomo. Il diritto appartiene alla morale. Ma la morale non si risolve solo nella giustizia e nella giuridicità, perché oltre la sua misura (retribuire il giusto e l'ingiusto) si eleva la carità, l'*agape*. La carità è radicata nella struttura ontologica dell'uomo (per la sua partecipazione al divino) e lo ordina in modo coerente verso se stesso, verso il prossimo e verso Dio. Secondo Cotta, «la costruzione sistemica è affatto coerente e armoniosa: l'essenza di giustizia della legge, nel suo in sé autentico, da un lato non distrugge la natura umana, ma le corrisponde; dall'altro non è distrutta dalla grazia, ma ne è completata. La moralità del diritto è così saldamente accertata entro il nuovo quadro ontologico delineato dal cristianesimo» (*ivi*, p. 425).

Sul punto cfr. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, cit., p. 18 ss.

<sup>7</sup> Così C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, cit., p. 98 ss.

Da un diverso punto di vista, secondo J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, cit., p. 54, il diritto non è solo naturale, ma, in parte, anche positivo, solo però con riferimento a ciò che è indifferente per la giustizia, ossia indifferente rispetto alla natura umana; in relazione a tutto il resto, ciò che è giusto è il diritto naturale.

L'universalità della legge naturale deriva dal suo essere innata in ogni uomo e in essa, e non nel diritto positivo, si radicano i diritti fondamentali, che attengono alla struttura stessa dell'essere umano<sup>8</sup>.

Stringente è, dunque, in questi tre illustri giuristi, la critica al volontarismo giuridico, che impregna il pensiero moderno, inficiato da un intimo 'paradosso'<sup>9</sup>: nell'intento di conferire al diritto autonomia dalla natura, in realtà lo rende estraneo all'uomo e privo di qualità morale<sup>10</sup>. Il superamento di tale 'paradosso' presuppone, secondo il loro insegnamento, la conoscenza e lo studio della natura umana, al fine di potere correttamente stabilire cosa, in quanto ad essa rispondente, possa essere considerato diritto<sup>11</sup>. Ciò che è in accordo con la natu-

---

<sup>8</sup> Sulla complessa tematica della natura dei diritti fondamentali v. ancora S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, cit., p. 9 ss. È nota la diversa posizione di H. KELSEN, dalla cui raccolta di lezioni intitolata *Che cos'è la giustizia. Lezioni americane*, a cura di P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, Macerata, 2015, p. 105 ss., sono tratte le brevi citazioni che seguono: «Ogni sistema di valori (in special modo, un sistema di valori morali, e la sua stessa idea centrale di giustizia) è un fenomeno sociale: esso è il prodotto di una determinata società, e pertanto sarà diverso a seconda della natura della società nell'ambito della quale esso sorge» (p. 115); «La formula "A ciascuno ciò che gli spetta" può, dunque, essere applicata soltanto a condizione che questo ulteriore problema ("Che cos'è ciò che spetta a ciascuno?") sia già stato deciso da un ordinamento sociale – giuridico o morale – instaurato per consuetudine o tramite legislazione (a condizione che sia già stato deciso, in altri termini, da una morale positiva o da un diritto positivo)» (p. 125).

<sup>9</sup> Così F. D'AGOSTINO, *Michel Villey: Cristianesimo e diritto*, in *Revista Europea de historia de las ideas politicas y de las instituciones publicas*, 2014, 7 (ed in [www.eumed.net/revrehipip/07/villey-cristianesimo/html](http://www.eumed.net/revrehipip/07/villey-cristianesimo/html)), p. 65 ss., spec. p. 69.

<sup>10</sup> Se il rispetto del diritto non si basa sulla sua giustizia, ma sulla sua efficacia, ossia sulla sua effettiva capacità di imporsi, e sulla sua potenza costrittiva, non è possibile neanche alcun riferimento e compimento in valori 'esterni', quali la carità, in quanto carità e potenza sono eterogenee: così S. COTTA, *Diritto e morale*, cit., spec. p. 427.

<sup>11</sup> J. HERVADA, *Cos'è il diritto*, cit., p. 106, giudica confacente con la legge naturale quelle attività che sono conformi alle inclinazioni naturali dell'uomo, tra cui l'inclinazione alla conservazione dell'essere (vita, salute ecc.); al matrimonio, alla procreazione ed alla educazione dei figli; alla religiosità; al lavoro; alla politica ed alla associazione; alla comunicazione; alla conoscenza, alla cultura e all'arte.

ra razionale dell'uomo può ritenersi giusto e di diritto, mentre ciò che con essa contrasta priva l'uomo della sua dignità e ne è l'esatto contrario<sup>12</sup>. Tale analisi e la conseguente conoscenza scientifica della legge naturale costituiscono il delicato compito del giurista, che deve «prendere sul serio la natura, per ripartire secondo giustizia tra gli uomini i beni esteriori»<sup>13</sup>. Difatti ciò che è giusto, secondo l'umana natura, è che ognuno abbia ciò che gli spetta e possa utilizzarlo senza interferenze da parte dei terzi<sup>14</sup>. La giustizia distributiva si ottiene dando a ciascuno il bene che gli è attribuito, e ciò realizza il sistema naturale armonico, giusto in quanto conforme a natura<sup>15</sup>. L'oggetto della giustizia, ossia l'oggetto della dazione dell'atto giusto, sono le cose giuste, dovute a ciascuno in virtù di un titolo legittimante<sup>16</sup>.

---

Per S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, cit., p. 34 ss., «è dunque esatta la tesi secondo cui non vi è diritto senza la determinazione della legge. Ma a patto d'intendere questa non già quale misura imposta da volontà o potenza, bensì quale misura richiesta dalla "ragione della cosa", come diceva Hegel, o meglio dalle strutture stesse dell'esser-uomo».

<sup>12</sup> J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, cit., p. 30.

<sup>13</sup> F. D'AGOSTINO, *Michel Villey*, cit., p. 69. L'Autore poi evidenzia come l'incapacità di pensare ad una natura che possa porsi come criterio di orientamento per una ragione giuridica laica, che accomuni credenti e non credenti, si ponga a fondamento del pensiero giuridico moderno volontarista, fortemente predominante, del che ritiene responsabili quei teologi e mistici cristiani che, sulla scorta del pensiero di S. Agostino, ritengono che senza la grazia di Dio e, quindi, senza un fondamento teologico, non è possibile alcuna opera di ricerca della giustizia, con la conseguenza che, senza tale fondamento, «il sapere giuridico è inconsistente».

<sup>14</sup> Si veda J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, cit., p. 28 ss., secondo cui «Dare a ciascuno il suo – la cosa giusta – è frutto di una virtù della volontà: la giustizia. Sapere determinare la cosa giusta, quando e come darla è un'altra virtù: la prudenza (del diritto o giurisprudenza)» (*ivi*, p. 95).

Cfr. pure E. BAURA, *Parte generale*, cit., p. 29 ss.

<sup>15</sup> Secondo J. HERVADA, *Le radici sacramentali del diritto canonico*, cit., p. 633 ss., «la giustizia è la virtù di dare a ciascuno il suo», quindi «l'atto della giustizia consiste nel dare ad altri il bene che gli è attribuito», «la condizione necessaria perché esistano il diritto e la giustizia è che le cose siano ripartite o divise, ossia attribuite».

<sup>16</sup> J. HERVADA, *Le radici sacramentali del diritto canonico*, cit., spec. p. 634 ss.

Emerge dunque come il diritto si rivolga al caso concreto: la giustizia riguarda il caso singolo<sup>17</sup>, non essendo possibile alcuna giusta ripartizione di beni in astratto. In tale prospettiva, la «legge deve essere interpretata ed applicata più nel suo spirito che nella sua lettera»<sup>18</sup>, secondo equità, ossia considerando ciò che risulta ragionevole in un dato momento, con riferimento al caso concreto<sup>19</sup>. In effetti la legge, per sua natura, richiede di essere interpretata tenendo conto dell'evoluzio-

---

<sup>17</sup> Cfr. J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, cit., p. 36, secondo cui «l'arte o scienza del diritto non è, in ultima analisi, una scienza di concetti, di sistemi o teorie generali. Né i concetti, né i sistemi, né le teorie generali servono se non sono al servizio di ciò che è giusto in ogni singolo caso concreto». Rileva ancora tale Autore: «Il giurista deve attenersi a ciò che la legge prescrive, ma deve interpretarla in funzione del diritto, ossia di ciò che è giusto nel caso concreto» (*ivi*, p. 75).

Cfr. anche F. D'AGOSTINO, *Michel Villey*, cit., p. 68, per cui «la ragione giuridica non è una ragione formale, ma dialettica, si nutre e si alimenta della realtà e delle contraddizioni di cui questa appare intrisa, fino al momento in cui la controversia è sciolta e il giudice determina lo *jus*».

Si veda, infine, C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, cit., p. 99, secondo il quale «il diritto come ciò che è giusto è sempre qualcosa di concreto, in cui gli aspetti naturali e quelli positivi sono inseparabili».

<sup>18</sup> J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, cit., p. 83.

<sup>19</sup> ARISTOTELE, nell'*Etica nicomachea* (V, 1137/B), distingueva tra equità e giustizia, segnalando l'importanza del 'caso' singolo che, per le sue caratteristiche particolari, non considerabili dalla norma astratta ed universale, consente di correggere equitativamente la legge, colmandone la lacuna: «L'equo è sì giusto, ma non è il giusto secondo la legge, bensì un correttivo del giusto legale. Il motivo è che la legge è sempre una norma universale, mentre di alcuni casi singoli non è possibile trattare correttamente in universale. Nelle circostanze, dunque, in cui è inevitabile parlare in universale, ma non è possibile farlo correttamente, la legge prende in considerazione ciò che si verifica nella maggioranza dei casi, pur non ignorando l'errore dell'approssimazione. E non di meno è corretta: l'errore non sta nella legge né nel legislatore, ma nella natura delle cose [...]. Quando, dunque, la legge parla in universale, ed in seguito avviene qualcosa che non rientra nella norma universale, allora è legittimo, laddove il legislatore ha trascurato qualcosa e non ha colto nel segno, per avere parlato in generale, correggere l'omissione e considerare prescritto ciò che il legislatore stesso direbbe se fosse presente, e che avrebbe incluso nella legge se avesse potuto conoscere il caso in questione [...]. Ed è questa la natura dell'equo: un correttivo della legge, laddove è difettosa a causa della sua universalità».

ne della realtà sociale, affinché vi sia sintonia tra la prima e la seconda<sup>20</sup>.

Fondamentale diviene, pertanto, il ruolo del giudice, chiamato a comporre l'eventuale conflitto tra la legge naturale e quella positiva e, soprattutto, a riparare le ingiustizie che si pongono nella quotidianità della vita<sup>21</sup>. E ciò facendo riferimento ai valori, ai principi generali dell'ordinamento, ai diritti umani fondamentali, alle clausole generali<sup>22</sup>.

Il pensiero dei tre illustri giuristi, che abbiamo appena potuto accennare, è quanto mai attuale per il civilista essendo fervido il dibattito, nell'ordinamento statale, sulla nozione di diritto e sul ruolo del giudice, ad essa strettamente collegato. In particolare, la visione del diritto che essi esprimono risponde alle istanze di giustizia sociale, caratteristiche della nostra epoca. La soluzione che viene fornita al fondamentale problema del rapporto tra diritto e giustizia, per molti aspetti, coincide con gli esiti più recenti dell'evoluzione dell'ordinamento italiano, come cercheremo di mettere in luce nei successivi paragrafi.

## 2. *Il positivismo normativo in Italia*

La tradizione giuridica italiana è imbevuta di positivismo. Secondo tale dottrina, che ha trovato la più completa enunciazione nella *Teoria pura del diritto* di Hans Kelsen, la norma giuridica ha un'autonoma realtà e costituisce oggetto precipuo ed esclusivo della scienza del diritto. La scienza del diritto si limita a conoscere il diritto per quello che è e non per come dovrebbe essere. Non si può, dunque, occupare né del di-

---

<sup>20</sup> J. HERVADA, *Cos'è il diritto*, cit., p. 80, ritiene tale operazione essenziale anche al fine di garantire la stabilità delle leggi «segno di saggezza dei legislatori e dei popoli».

<sup>21</sup> Cfr., sul punto, anche E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1266, la quale richiama l'opera di A. SEN, *L'idea di giustizia*, trad. it. di *The idea of Justice*, a cura di L. VANNI, Milano, 2010, p. 66 ss.

<sup>22</sup> J. HERVADA, *Cos'è il diritto?*, cit., p. 109.

ritto naturale, non costituendo oggetto dell'esperienza umana una legge eterna e trascendente, né della giustizia, essendo la scienza del diritto chiamata ad un compito di conoscenza e non di valutazione. La norma giuridica rimane tale anche se ingiusta, spettando la valutazione del diritto alla politica e non al giurista<sup>23</sup>.

Il positivismo normativo, in Italia, ha avuto un particolare sviluppo nella seconda metà del Novecento, nella diffusa convinzione che il rigoroso attaccamento al dato positivo formale costituisse un argine a qualsiasi strumentalizzazione della politica e, quindi, segnasse la definitiva cesura con il regime fascista<sup>24</sup>, trovando anche una legittimazione filosofica nel volumetto di López de Oñate sulla certezza del diritto<sup>25</sup>, pubblicato nel momento della codificazione<sup>26</sup>.

Il positivismo giuridico si intreccia all'economia e postula la necessità di un diritto calcolabile. La calcolabilità è ritenuta un fattore costitutivo del capitalismo: l'imprenditore scruta il futuro, per predeterminare il rischio d'impresa<sup>27</sup> e tra gli eventi futuri, di cui deve tenere conto nell'esercizio della sua

---

<sup>23</sup> Per una sintetica esposizione di tale teoria, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, cit., p. 21 ss.

<sup>24</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 157.

<sup>25</sup> F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942 (ristampa postuma a cura di G. ASTUTI, Roma, 1950).

<sup>26</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 156, secondo il quale tale opera ha saldato «l'ideologia della codificazione – che vedeva nella sistematica consegnata ad un testo scritto di derivazione statale collocato entro una rigorosa gerarchia delle fonti il criterio orientativo per qualsiasi operazione interpretativa – con la visione filosofica dell'attualismo gentiliano, che coglieva l'eticità del diritto nel riferimento ad una volontà costante e generale».

<sup>27</sup> Osserva N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 100 ss. (cui si farà in seguito riferimento), § 1, che «le domande dell'imprenditore si dirigono verso il futuro: quali saranno i costi di produzione? Quale, la domanda di un dato bene sul mercato? Quali, le scelte di politica interna ed estera? Gli interrogativi possono moltiplicarsi e rendersi più complessi e ardui. Sempre si tratta di incognite, di eventi futuri, che determinano il rischio di impresa».

L'illustre Maestro si è soffermato più volte su questa problematica. Cfr. i saggi raccolti nel suo volume *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

attività, vi è anche il diritto, che disciplina i suoi rapporti con i soggetti con i quali si confronta (i soci, i prestatori di lavoro, le banche, i destinatari della produzione, l'apparato burocratico dello Stato): «la disciplina di questi rapporti [...] è assunta dalle norme giuridiche, le quali si applicano ai casi concreti e parlano nelle decisioni giudiziarie. Lo sguardo dell'imprenditore si volge perciò alle leggi ed alle sentenze»<sup>28</sup>.

Il capitalismo ha bisogno di un diritto che si possa calcolare in modo simile a una macchina<sup>29</sup>, giacché solo la certezza del diritto garantisce l'azione umana in termini di sicurezza, «in modo che gli uomini possano contare su ciò che verrà»<sup>30</sup>. E «la prevedibilità dei comportamenti, cioè della loro valutazione, è il motivo per il quale la legge non ragiona di cose particolari e presenti, ma di cose future e generali»<sup>31</sup>.

Il positivismo normativo postula dunque la calcolabilità delle leggi e la prevedibilità delle sentenze che saranno pronunciate in loro meccanica applicazione<sup>32</sup>. Lo strumento giu-

---

<sup>28</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., § 1.

<sup>29</sup> M. WEBER, *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, 1919-1922, trad. it. di S. BARBERA, Roma, 1993, p. 298, citato da N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., nota 20.

<sup>30</sup> F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., p. 77, che aggiunge: «In questo il diritto mostra la sua natura schiettamente umana, indissolubilmente legata al mondo degli uomini e solo ad esso: gli uomini hanno bisogno, per la loro azione presente, di potere contare sulla loro azione futura, sulla portata della propria azione futura, e dunque anche sull'azione degli altri uomini [...], giacché è necessario, al fine che la tutela di ogni interesse si attui, che ciascuno sia portato alla fiducia in sé e negli altri, e nel futuro. Che la fiducia sia attuata attraverso la norma, questo è il dato singolare e specifico dell'esperienza giuridica, e l'elemento del tutto peculiare attraverso il quale l'esperienza giuridica attua il suo magistero».

<sup>31</sup> F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., pp. 77-78. L'Autore sottolinea poi che «è vero che il carattere della certezza che la norma reca con sé [...] implica una limitazione: ma l'individuo si assoggetta volentieri, o almeno spontaneamente ad essa, piegando la propria volontà alla necessità della legge, purché quest'ultima gli doni la propria garanzia, ossia gli dia la possibilità di attuare un comportamento che si protende nel futuro» (*ivi*, pp. 79-80); «La certezza del diritto si traduce in certezza dell'azione ed in possibilità dell'azione» (*ivi*, p. 80); «La legge incerta tradisce la sua missione di legge» (*ivi*, p. 81).

<sup>32</sup> La prevedibilità delle decisioni è ritenuta un valore condiviso. Cfr., da ultimo, Cass., S.U., 3 maggio 2019, n. 11747.



ridico attraverso il quale questa calcolabilità si realizza è individuato nella fattispecie, ossia una figura tipica, destinata a realizzarsi per un numero indefinito di casi. La legge, sussumendo il fatto concreto nella fattispecie, lo rende un 'caso', che descrive, qualifica e valuta. La fattispecie contiene la figura anticipatoria di ciò che sarà. Il giudice, dal suo canto, deve limitarsi ad applicare meccanicamente la legge, rendendo anche la sua decisione prevedibile<sup>33</sup>. In questa prospettiva, l'interpretazione della legge «postula una indipendenza assoluta della norma dal caso concreto»<sup>34</sup> e si riduce pure essa a fattispecie, disciplinata da apposite norme (artt. 12 prel. e 1362 ss. c.c.), che «segnano criteri e canoni dell'intendere, cioè dettano un metodo e ne rendono controllabili i risultati applicativi», giustificando, più in generale, i diversi gradi del processo, attraverso i quali il giudice superiore «controlla, e perciò riforma e conferma, i risultati applicativi dell'inferiore»<sup>35</sup>.

È questo quello che Max Weber definisce «diritto razionale formale», totalmente svincolato dalla nozione di giustizia, «un diritto calcolabile – ossia fondato su fattispecie normative, giudizio di sussunzione e metodologia ermeneutica – [...] in grado di offrire solo la (relativa) precisione del proprio fondamento: non giustizia né altro che non sia la positività delle scelte, la coerenza tra norma e decisione, la possibilità di contare su ciò che verrà»<sup>36</sup>. Un diritto, dunque, senza valori, ridotto a mera forma: una procedura prevedibile, che offre sicurezza ai traffici economici.

---

<sup>33</sup> Osserva L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. civ.*, Torino, 1990, p. 445 ss., § 3, che, secondo il positivismo normativo, che postula il monopoli legislativo della produzione del diritto, «la legge è univoca e completa, include in sé stessa, come suoi costrutti, tutti i casi possibili e quindi ha in sé la forza di produrre la regola di decisione per ogni caso concreto mediante sillogismi automatici, la cui formulazione è il solo compito del giudice; l'applicazione della legge non è che la riproduzione meccanica, in tutti i casi logicamente sussumibili nella fattispecie legale, di un significato normativo già compiutamente fissato una volta per tutte».

<sup>34</sup> L. MENGONI, *Diritto vivente*, cit., § 3.

<sup>35</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., § 11.

<sup>36</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., § 12.

### 3. *Dalla fattispecie ai valori: la giurisdizionalizzazione del diritto*

Questo pensiero si è gradualmente sfaldato nel diritto civile. Nel secondo dopoguerra è emersa, tra i giuristi più avveduti, l'esigenza di superare il dogma della sovranità dello Stato, sul presupposto che la «vocazione delle norme che si dicono di diritto privato [...] è di realizzare certe esigenze di giustizia nei rapporti che si svolgono liberamente tra gli uomini», al di fuori dell'intervento pubblico<sup>37</sup>, costituendo la ragione l'anima stessa del diritto<sup>38</sup>. Uno dei più autorevoli codificatori riconosceva apertamente che «il feticismo del diritto positivo, ossia della legge, e il pregiudizio dell'onnipotenza del legislatore hanno fatto ormai il loro tempo: i tragici eventi che hanno tormentato la nostra storia più recente hanno dato la più penosa ma al tempo stesso più penetrante dimostrazione di questa verità»<sup>39</sup>. Chiosava un altro illustre giurista che il diritto civi-

---

<sup>37</sup> F. VASSALLI, *Estrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951, p. 482 ss., il quale afferma con chiarezza che «l'ultima grande guerra ha preparato il superamento dello Stato nazionale e il superamento della sovranità statale». L'illustre Maestro richiama «il mirabile monumento del diritto romano [...] costruito prevalentemente per opera dei giureconsulti, cioè di privati – sacerdoti dell'idea di giustizia, com'essi si sentono e si proclamano – e del pretore, cioè del magistrato che deve *ius dicere*, dichiarare ciò ch'è diritto nei singoli rapporti in contestazione, che ha dunque una funzione ben diversa dalla legislativa, anch'egli voce del buono e del giusto. E l'opera si compie in attuazione di quei dettami che sono scritti sulla soglia dei libri giustiniani: "*honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere*". Si ribadisce, nella definizione della giustizia: "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*"».

<sup>38</sup> Osserva F. VASSALLI, *Estrastatalità del diritto civile*, cit., p. 483, che «la ragione rimane a signoreggiare l'edificio della vita civile».

<sup>39</sup> Così R. NICOLÒ, *In memoria di Filippo Vassalli*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano, 1980, p. 1859, secondo cui «la carenza del potere pubblico che si è avuta per un certo tempo o la ingiustizia di certe sue determinazioni hanno dimostrato in termini crudi che veramente il diritto, come attività creativa dello spirito umano, protesa verso un ideale di ragione e di giustizia, non è la legge o per lo meno non si esaurisce in questa» e «la funzione del giurista non può essere esclusivamente tecnica, non si può esaurire nell'arida, fredda, distaccata analisi del dato normativo fornito dalla legge positiva: egli deve contribuire alla realizzazione della funzione normativa del diritto».

le «non è più nulla per sé, non ha per sé nessuna legge, nessun contenuto, nessuna verità»<sup>40</sup>.

La rottura con il positivismo normativo costituisce il portato di due orientamenti di pensiero, che proponevano un nuovo approccio ermeneutico al Codice civile del 1942.

Da un canto si avvertiva la necessità di rileggere tale legge alla luce dei principi della nuova Costituzione repubblicana, entrata in vigore nel 1948. Dall'altro, l'attenzione dei civilisti si è concentrata sulle c.d. clausole generali, presenti nel Codice civile ma sino ad allora sottovalutate, di cui si è intuita l'intrinseca idoneità a costituire un efficace strumento per l'adeguamento delle norme alla specificità del caso concreto e, soprattutto, ai valori espressi dalla coscienza sociale<sup>41</sup>. In entrambi i casi, «rompendo ogni prevedibilità legata alla formale struttura di un testo»<sup>42</sup> e realizzando la nuova esigenza di an-

---

<sup>40</sup> G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova, 1950, p. 15.

<sup>41</sup> Osserva N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 173 ss., che, attraverso le clausole generali, «la specificità del caso rompe il preteso significato univoco della regola, in quanto sono le circostanze dell'applicazione, valutate in termini storicamente variabili, a determinare sempre nuovi significati del medesimo enunciato». In effetti, «le clausole generali riposano non già sull'oggettività di norme calcolabili, ma sull'incontrollabilità soggettiva della decisione».

Si pensi, ad esempio, all'evoluzione giurisprudenziale della nozione di danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. La tutela apprestata dalla clausola generale, inizialmente, era ritenuta circoscritta alla lesione dei diritti assoluti, in quanto espressamente tutelati *erga omnes* da norme primarie (ad es. proprietà, nome, immagine). In seguito è stata estesa alla lesione del diritto di credito e, ancora dopo, dell'interesse legittimo. Cfr., per la ricostruzione di tale percorso e l'individuazione di ulteriori diritti che la giurisprudenza salvaguarda ampliando la nozione di danno ingiusto, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2017<sup>18</sup>, pp. 716-722.

<sup>42</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 163.

Per C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 17, «l'elaborazione della crisi della certezza del diritto è legata alla progressiva perdita di centralità della fattispecie e alla crescita parallela della cultura delle clausole generali e dei "valori" o dei principi che li veicolano, indipendentemente dallo scudo della fattispecie».

C. SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica*, a cura di G. STELLA, Torino, 2002, p. 62 ss., vide nelle clausole generali («buon costume, buona fede, ragionevolezza e non ragionevolezza, causa essenziale ecc.») la «rinuncia al fondamento del positivismo, vale a dire alla decisione contenuta nella normazio-

corare il diritto a fondamentali principi etici, ritenuti gli effettivi parametri di valutazione dell'agire umano<sup>43</sup>.

Si recuperava, in tal modo, «la forza direttiva dell'interpretazione e dell'argomentazione nella individuazione del precetto quale regola dell'azione, pur con tutti i rischi [...] di esiti legati ai presupposti culturali e ideologici dell'operatore»<sup>44</sup>. Il giudice, in questo rinnovato contesto culturale, è chiamato a svolgere un ruolo nuovo e, in certa misura, creativo, dovendo interpretare la legge in conformità ai principi costituzionali<sup>45</sup>.

---

ne stessa, decisione separabile e legislativa», un «nuovo modo di pensare giuridico», essendosi creata «la possibilità che si renda immediatamente giustizia alla concreta realtà di un rapporto vitale», con la conseguenza che «siffatti concetti, che, invece che ad un positivismo legale combinato di pensiero delle regole e pensiero della decisione, normativisticamente distante dalla realtà della vita, si riferiscono direttamente alla realtà concreta di un rapporto vitale, conducono necessariamente ad un nuovo tipo di pensiero atto a rendere giustizia agli ordinamenti vitali dati oppure sorti da poco».

Come rileva N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., § 7, si coglie appieno «il significato eversivo delle clausole generali, le quali non si raccordano a tipiche astratte fattispecie, ma rendono immediata giustizia alla concreta realtà di un rapporto vitale. Esse rispondono immediatamente, ossia senza mediazioni legislative e tramite sillogistici, alla concreta realtà di un rapporto vitale, a quella che diremmo situazione di vita, giudicata nella sua identità e specificità».

Sulle clausole generali e sulla loro evoluzione nell'ordinamento italiano v., per tutti, *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'AMICO, Milano, 2017; S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 2, p. 263 ss., spec. p. 279 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, p. 709 ss.; G. MERUZZI, *L'exceptio doli: dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005.

<sup>43</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 164: «Entrambe queste posizioni [...] giungevano a risultati del tutto nuovi. C'era [...] l'aspirazione a cogliere orientamenti e valutazioni concrete della realtà, senza lasciarsi soffocare da conformismi letterali ma ispirandosi a una visione più ampia, suscettibile di tener conto sia di esigenze nuove sia di regole e principi che esprimono motivi etici di fondo e che operano come parametri di valutazione dell'agire umano».

<sup>44</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 164.

<sup>45</sup> Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, afferma che «l'interpretazione non svolge una funzione meramente euristica, ma si sostanzia nell'enunciazione della *regula juris* applicabile al caso concreto, con profili innegabilmente creativi».

Si assiste, pertanto, ad «una mutazione genetica della giurisdizione, la quale non si limita più a interpretare e applicare la legge ordinaria [...] ma si mette in presa diretta con la Costituzione, con questo automaticamente guadagnando una posizione pariordinata a quella del legislatore»<sup>46</sup>.

La lettura del Codice civile, nel prisma della Costituzione, ha scardinato la logica della fattispecie, sulla quale il positivismo fondava la calcolabilità e la certezza del diritto. Le norme della Costituzione sono, infatti, norme senza fattispecie<sup>47</sup>, che dettano principi, anziché regole<sup>48</sup>, determinando «uno spostamento dal criterio di valutazione della prescrittività legale al valore degli interessi»<sup>49</sup>. Ciò pone le premesse per quello che è

---

<sup>46</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 29, secondo il quale «il tramite mediante il quale la Costituzione è filtrata nelle fibre dell'ordinamento non è stato, però, solo il legislatore, come avrebbe dovuto essere in una ordinata costruzione a gradi dell'ordinamento, nella quale la Costituzione funge da cornice e fonte di legittimazione all'opera del legislatore, ma la giurisprudenza che [...] ha fatto sempre più filtrare nell'interpretazione della legge ordinaria i significati e i punti di vista radicati nella Costituzione, concepiti originariamente in esclusiva funzione di orientamento del legislatore».

<sup>47</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 167; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., § 8.

In senso critico, cfr. però G. D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 35, nota 37: «Sennonché, va osservato che le stesse norme costituzionali (che produrrebbero questo effetto di “superamento” delle fattispecie, contenute nelle diverse norme ordinarie) non possono dirsi (a rigore) prive di fattispecie: ciò potrebbe affermarsi – infatti – se esse enunciassero dei “valori” assoluti (che, come tali, esigano attuazione con riferimento a qualsiasi situazione nella quale il valore possa essere invocato), e non invece dei “principi”, che – per quanto ampi – sono comunque riferiti a situazioni (più o meno) circoscritte (la Costituzione non enuncia il “valore” della “funzione sociale” di qualsiasi istituto e/o situazione soggettiva riconosciuti dall'ordinamento, bensì enuncia il principio della “funzione sociale” della proprietà, la quale costituisce la “fattispecie” alla quale quel principio va riferito), oltre ad essere soggetti al “bilanciamento” con altri principi rilevanti nel caso concreto».

<sup>48</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 147 ss.

<sup>49</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 167 ss.; P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 921 ss. spec. p. 935 ss.

Cfr. anche G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, che, per altro verso, sottolinea come la nostra Costituzione scritta sia in

stato suggestivamente definito il ritorno al diritto<sup>50</sup>, «nel senso di un superamento del formalistico principio di legalità per l'affermazione di un diritto conformato a giustizia»<sup>51</sup>. Il giudice è chiamato a considerare i valori presenti nella società in relazione agli interessi in conflitto e questo si risolve attraverso il bilanciamento dei valori, non già entro la logica della fattispecie astratta, configurata dalla previsione normativa. Lo dimostra la centralità che ha assunto, nelle decisioni della nostra Corte costituzionale, il principio di ragionevolezza, «che di per sé si sottrae a qualunque previa indicazione di un preciso contenuto»<sup>52</sup> e, per certi versi, è stato correttamente definito un principio di giustizia<sup>53</sup>.

La costituzionalizzazione del diritto, subordinando la validità delle norme al giudizio di conformità costituzionale, che è un giudizio di valore, «ha ufficialmente reso la giustificazione una parte essenziale della regola»<sup>54</sup>.

Al passaggio dalla fattispecie ai valori corrisponde uno spostamento dalla legge al giudizio. La giurisprudenza diventa uno dei formanti del diritto<sup>55</sup>, che è 'vivente', essendo l'inter-

---

realtà «il simbolo incarnato della certezza del diritto intesa in senso formale» tanto che non si avverti la necessità, al momento della sua redazione, di includervi una espressa disposizione che prevedesse la certezza del diritto, potendosi quindi concludere che essa «riposa sulla certezza ma non la esplica».

<sup>50</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, *passim*, spec. pp. 51 ss., 69, ricorda come l'espressione si debba a F. SPANTIGATI ed al suo *Manifesto dei giuristi*, in *Ritorno al diritto: i valori della convivenza*, 1 gennaio 2005, pp. 15-16, e sia stata poi ripresa da U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, 37, 2006, p. 361 ss.

<sup>51</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 168.

<sup>52</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 169. Cfr. P. Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, cit., p. 939, secondo cui «il principio di ragionevolezza assume a sua fondazione criteri estranei al circuito chiuso volontà legislativa/testo, e si presenta proprio come violazione di una legalità formalisticamente intesa».

<sup>53</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 171, il quale osserva che «il diritto finisce per riscoprire la sua carnalità e si libera della camicia di forza del formalismo».

<sup>54</sup> F. VIOLA, *Interpretazione giuridica, diritti umani, e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion partica*, 2010, p. 190.

<sup>55</sup> G. MERUZZI, *L'exceptio doli: dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 105, si riferisce alla giurisprudenza quale «fonte di fatto» del diritto. Cfr. M.

pretazione della norma influenzata dai valori che esprime la società civile al momento della sua applicazione e, dunque, risultando mutevole lo stesso suo contenuto, in funzione dell'interpretazione e dell'applicazione della giurisprudenza<sup>56</sup>. Ciò – anche alla luce di quel fenomeno che viene riassunto nella formula della decodificazione, che esprime la disintegrazione del sistema delle fonti caratteristica della nostra epoca<sup>57</sup> – comporta il radicale rifiuto del positivismo, passandosi da uno

---

BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 526, che a tale proposito ricorda tuttavia «che la giurisprudenza maggioritaria continua a negare risolutamente detta circostanza per una sorta di pudicizia che non ha più ragion d'essere».

<sup>56</sup> Osserva N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 210, che «la legge va intesa non in una sua astratta fissità, ma in chiave di effettività, cioè alla stregua di quei parametri valutativi [...] che consentano di individuarne un plausibile significato in un determinato contesto storico o sociale».

Sul tema, cfr. L. MENGONI, *Diritto vivente*, cit., p. 445 ss.

In giurisprudenza, si veda, da ultimo, Cass. S.U., 8 maggio 2019, n. 12193, la quale precisa che l'interpretazione della legge ordinaria dà forma al diritto vivente.

Osserva Cass., 3 maggio 2019, n. 11747, che, «nella ipotesi di orientamento stabilmente consolidato della giurisprudenza, la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, vive ormai nell'ordinamento [...], nella sua realtà applicativa, con un significante che comprende, al di là del suo stretto tenore letterale, il contenuto che le è costantemente attribuito nella vita della giurisprudenza, ovvero in cui il precedente giurisprudenziale è entrato a far parte della dottrina vivente». Ciò non toglie che il «formante giurisprudenziale consolidato... possa essere contraddetto: [...] il diritto vivente è esso stesso norma, frutto dell'interpretazione, vive nell'interpretazione e con essa può cambiare [...]. La “vivenza” di una norma è vicenda per definizione aperta».

<sup>57</sup> Su cui, cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 2009; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 177 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 15 ss.

Ma si veda, da ultimo, S. PATTI, *Ricodificazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, p. 435 ss., il quale, attraverso un'analisi di tipo comparatistico (avente ad oggetto le recenti esperienze riformatrici francese e tedesca), sottolinea come, dopo un'epoca di «fuga» dal codice e di suo progressivo svuotamento ad opera delle tante leggi speciali succedutesi nel tempo, è invece in atto la «ricodificazione del nuovo millennio»; quest'ultima, dal momento che, nell'ambito del diritto privato, «per molti versi il protagonista principale non è più il legislatore [...] bensì il giudice», «rende manifesto un capovolgimento dei ruoli» e «assegna al legislatore il modesto compito di collocare alcune leggi speciali all'interno del

*ius positum*, intorno al quale era costruito il modello della certezza e della calcolabilità del diritto, ad uno *ius in fieri*, incentrato sull'interpretazione/applicazione della norma<sup>58</sup>. Il diritto non esiste in sé ma costituisce il risultato dell'attività ermeneutica del giudice chiamato ad applicarlo, in un incessante processo di identificazione e ricomposizione<sup>59</sup>.

La dialettica tra testo e contesto «consente anche di cogliere la tensione ad un risultato di giustizia che certamente si colloca fra i valori massimamente condivisi di ogni collettività»<sup>60</sup>. Come è stato autorevolmente rilevato, «i tre piani del diritto, della sua interpretazione e della giustizia appaiono del tutto indistinguibili: il diritto non è, per esso, una cosa diversa dalla sua interpretazione e la sua interpretazione non propone un problema distinto da quello della giustizia»<sup>61</sup>.

In questa salita dalla legge ordinaria alle norme costituzionali, e dunque dalla fattispecie ai valori, è stato, tuttavia, pa-

---

codice e soprattutto di fare propri i risultati cui il giudice è pervenuto», risolvendosi così in una «codificazione del diritto giurisprudenziale».

<sup>58</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 182 ss.; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 81 ss.

A tale proposito C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, p. 764 ss., osserva come «il dato legislativo perde quell'aura di sacralità che lo caratterizzava nella fase iniziale».

Si concentra sulla influenza del «primato del diritto europeo» e della complessità dei sistemi «*multilevel*» sulla attuale instabilità e frammentazione dell'ordinamento la recente analisi di C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., spec. p. 87 ss.

<sup>59</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 188.

Osserva L. MENGONI, *Diritto vivente*, cit., § 4, che «il diritto vivente è lo stesso diritto vigente come interpretato e applicato dalla giurisprudenza».

In senso critico, cfr. però C. CASTRONOVO, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, p. 483, che fa riferimento ad una vera e propria «rottura del sistema» che crea «l'impressione di trovarsi senza rete, senza punti fermi nell'elaborazione che dalla norma conduce alla decisione, e la preoccupazione nasce dall'avvertita deriva di un diritto che si risolve nella decisione di un caso concreto rispetto al quale l'ordinamento in sé, come norma positiva pura e semplice, e come frutto di elaborazione della scienza giuridica, spesso appare sordo e muto».

<sup>60</sup> N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 187.

<sup>61</sup> M. BARCELLONA, *Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, p. 231 ss.



ventato il rischio di un incontrollabile soggettivismo giuridico. La decisione, non costituendo più meccanica applicazione della legge e pretendendo di attuare valori, tende a divenire autoreferenziale e incontrollabile, fornendo una risposta, approvante o disapprovante, ad una specifica situazione di vita, potenzialmente diversa, in altro processo e luogo<sup>62</sup>. In particolare, è stato autorevolmente rilevato che, dall'ultimo scorcio del secolo scorso, è registrabile una funzionalizzazione del dato legislativo «a decisioni che nella legge trovano non più la fonte primaria ma intendono trovare il momento di conferma», cosicché «il senso di marcia risulta invertito: non più dalla legge alla sentenza, ma dalla decisione al dato normativo che può legittimarla»<sup>63</sup>.

---

In senso critico, cfr. però G. D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, cit., p. 49, il quale reputa debba abbandonarsi l'illusione «che affida all'interpretazione giudiziaria la speranza di raggiungere la "giustizia"».

Cfr. pure C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 981 ss., che sottolinea come l'interpretazione e la giurisdizione vadano tenute distinte, trattandosi di attività (entrambe creative ma) non identificabili, in quanto la giurisdizione rispetto alla interpretazione si caratterizza per «il suo essere decisione, atto di imposizione di una volontà che è manifestazione di un potere: quello che nessuna interpretazione per quanto autorevole come tale è in grado di avere».

<sup>62</sup> Osserva N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., § 9, che «il giudizio secondo valori non è propriamente giudizio, che assegni un predicato a un soggetto, ma presa di posizione dinanzi ad un episodio di vita. L'asse si sposta [...] dalle legge al giudizio [...]. Ma un giudizio senza legge, dalla quale si traggano i criteri di distinzione fra ragione e torto, colpevolezza o innocenza, è piuttosto pura e nuda decisione, che ha fondamento in se stessa. O la trova in qualche principio o esigenza o valore, che altri, in diverso processo e luogo, potrà riempire della propria volontà». Secondo l'illustre Autore, «il pensare (e decidere) per valori – come che siano intuiti, immanenti o trascendenti, calati dall'alto o emersi dal basso – è altezzoso, soggettivo, concreto. Il giurista dei valori innalza a valore ciò che fa valere con l'energia della propria volontà, o d'una volontà comune a sé e ad altri. Egli si pone di fronte alla situazione di vita e risponde con la concreta immediatezza di un valore. La decisione della controversia non è più un caso di applicazione normativa, ma un'occasione di realizzare il valore, di esprimere un incalcolabile giudizio di approvazione o disapprovazione» (*ivi*, § 13).

<sup>63</sup> C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale*, cit., p. 764 ss.

Anche M. BARCELLONA, *Interpretazione e legittimazione del diritto*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, p. 1097 ss., spec. p. 1101, avverte i pericoli insiti in una

Tuttavia, se è vero che è possibile imbattersi in contrastanti, talvolta sorprendenti sentenze che, allo scopo di attuare un valore, sconvolgono l'ordinamento giuridico (si pensi, per citare due casi eclatanti, alla pronuncia della Corte di Cassazione che, appena qualche mese dopo la legge sulle unioni civili, che aveva espressamente negato la possibilità di una filiazione giuridica all'interno delle coppie dello stesso sesso, con una forzatura ermeneutica ha ammesso la c.d. *stepchild adoption*<sup>64</sup>, o al *revirement* del 2017 in materia di assegno divorzile<sup>65</sup>), è altrettanto vero che i valori non sono capricciosi ma trovano fondamento nella Costituzione e il giudice, in caso di

---

eccessiva espansione del potere giudiziale, sottolineando come «la creatività dell'interpretazione supera la distinzione tra legislazione e giurisdizione, e arreca un *vulnus* mortale all'autonomia del diritto, e perciò alla sua differenziazione soprattutto dall'etica e dalla politica».

<sup>64</sup> Cass., 22 giugno 2016 n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, col. 2342. Cfr. Cass. 30 settembre 2016 n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, e, da ultimo, Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193.

Per la critica a tale orientamento giurisprudenziale, cfr. il nostro *Per una riforma dell'adozione*, in *Fam. e diritto*, 2016, p. 719 ss.

<sup>65</sup> Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in *Foro it.*, 2017, I, col. 1859, e in *Arch. giur. Serafini*, 2018, I, p. 3 ss., con nota di A. MORACE PINELLI, *Il revirement della Cassazione in tema di assegno divorzile: in attesa delle sezioni unite*.

Ai fini della determinazione degli effetti patrimoniali del divorzio, tale pronuncia negava qualsiasi rilievo giuridico alla vita passata, condivisa dai coniugi, sul presupposto che «con la sentenza di divorzio il rapporto matrimoniale si estingue sul piano non solo personale ma anche economico-patrimoniale, sicché ogni riferimento a tale rapporto finisce illegittimamente con il ripristinarlo in una indebita prospettiva [...] di "ultrattività" del vincolo matrimoniale», a scapito della libertà individuale. L'assolutizzazione della libertà matrimoniale e dell'autodeterminazione dei coniugi, non correttamente intesa, conduceva alla negazione della responsabilità connaturata al matrimonio, che si declina, al momento della sua cessazione, in chiave di solidarietà post-coniugale, in tal modo minando alla radice lo stesso valore giuridico, etico e sociale dell'istituto. In nome della libertà individuale si proponeva, in definitiva, un matrimonio 'usa e getta', deresponsabilizzato al momento della sua dissoluzione.

Il *revirement* è stato riformato da Cass., S.U., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2018, I, col. 2671, con note di P. SANTARELLI, G. CASABURI, *L'assegno divorzile secondo le SS.UU. della Cassazione: una problematica "terza via"* e M. BIANCA, *Le Sezioni Unite e i corsi e i ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?* e col. 3615, con nota di A. MORACE PINELLI, *L'assegno divorzile dopo l'intervento delle sezioni unite*.

conflitto, opera un bilanciamento tra essi, il cui esito è controllabile dal giudice superiore, sino alla Corte di Cassazione, che notoriamente svolge una funzione nomofilattica, assicurando «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», nonché «l'unità del diritto oggettivo nazionale»<sup>66</sup>. Inoltre, pur essendo innegabili i profili in certa misura creativi, connessi all'attività ermeneutica del giudice [la quale non si arresta alla pura conoscenza della norma (interpretazione letterale) ma concorre a determinarne il significato, in stretta adesione al caso concreto, richiedendo, da un canto, l'individuazione della *ratio* della norma, ossia l'interesse tutelato (interpretazione funzionale<sup>67</sup>), anche in coerenza con i principi fondamentali espressi dalla Costituzione ed il mutamento dei valori sociali nel tempo (interpretazione evolutiva<sup>68</sup>), e, dall'altro, la valu-

---

<sup>66</sup> Art. 65 dell'Ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12).

Osserva Cass., S.U., ord., 6 novembre 2014, n. 23675, che «l'interpretazione della legge fornita dalla Corte di cassazione (e massimamente dalle sezioni unite di essa) va tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato». Secondo tale pronuncia occorre preservare «la salvaguardia dell'unità e della stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite)», valori che vengono assunti come «ormai da considerare – specie dopo l'intervento del d.lgs. n. 40 del 2006 e della l. n. 69 del 2009, in particolare con riguardo alla modifica dell'art. 374 c.p.c. ed all'introduzione dell'art. 360 bis – alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche».

Per l'affermazione di analoghi principi, cfr. Cass., S.U., 3 maggio 2019, n. 11747.

<sup>67</sup> Osserva C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, cit., p. 101 ss. che il richiamo all'intenzione del legislatore, contenuto nell'art. 12 disp. prel. c.c. «non deve essere riferito alla volontà di coloro che hanno concorso a emanare la norma (teoria della volontà soggettiva). Si riconosce infatti [...] che l'espressione è figurata e che ciò che rileva è piuttosto l'intento obiettivo della legge (teoria della volontà obiettiva). L'intento obiettivo è lo scopo al quale la legge risulta obiettivamente funzionalizzata e che ne costituisce la ragione [...]. In quanto la legge interviene sempre per la tutela di interessi socialmente rilevanti, la ragione della legge si identifica con l'interesse specifico tutelato».

<sup>68</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 1, cit., p. 103 ss.

Sull'interpretazione evolutiva, cfr. da ultimo Cass., S.U., ord., 6 novembre 2014, n. 23675.

tazione sistematica di tale interesse con gli altri in conflitto<sup>69</sup>], l'interpretazione della giurisprudenza non possiede un'autorità legislativa<sup>70</sup> e, soprattutto, non può correggere o sostituire la *voluntas legis*, dovendosi arrestare di fronte al limite di tolleranza ed elasticità segnato dal significante testuale della norma, nell'ambito del quale questa, di volta in volta, adegua il suo contenuto, piegandosi all'evoluzione che «l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale, anche nel bilanciamento con contigui valori di rango superiore, a livello costituzionale e sovranazionale»<sup>71</sup>. A ben vedere, il diritto vi-

---

<sup>69</sup> Cass., S.U., 8 maggio 2019, n. 12193: «l'interpretazione non svolge una funzione meramente euristica, ma si sostanzia nell'enunciazione della *regula juris* applicabile al caso concreto, con profili innegabilmente creativi». Compito interpretativo del giudice è ricercare la predetta regola attraverso la ricostruzione della *voluntas legis*, anche se la stessa non sia stata desunta dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dal loro coordinamento sistematico.

Cfr. pure Cass., S.U., ord., 6 novembre 2014, n. 23675, secondo la quale «alla giurisprudenza va riconosciuta una importante funzione di aggiornamento, adattamento e adeguamento delle norme, che può presentare profili innovativi, quindi [...] in certa misura "creativi"»; Cass., S.U., 23 dicembre 2014, n. 27341.

In dottrina, cfr. L. MENGONI, *Diritto vivente*, cit., § 5.

<sup>70</sup> Non essendo quello italiano un ordinamento di *common law*, il giudice non è vincolato dal precedente, per quanto autorevole. Cfr., in tal senso, Cass., S.U., 3 maggio 2019, n. 11747.

In dottrina, si veda L. MENGONI, *Diritto vivente*, cit., §§ 4 e 5, secondo il quale «il diritto vivente ha soltanto un'autorità istituzionale derivantegli dalla funzione di assicurare l'uniformità di interpretazione della legge. In virtù di questa funzione esso introduce nei processi di concretizzazione del diritto un argomento *ab auctoritate* particolarmente qualificato, ma pur sempre soggetto, come ogni altro argomento, al controllo critico (razionale) di falsificabilità della regola di decisione da esso accreditata».

<sup>71</sup> Si veda, soprattutto, Cass., S.U., 11 luglio 2011, n. 15144, secondo la quale la norma giuridica ha una struttura ternaria, «essendo in essa individuabile un significante (l'insieme, cioè, dei frammenti lessicali di che si compone), un significato, o più possibili significati (e cioè il contenuto precettivo [...] che il significante esprime) ed un giudizio di valore (di avvertita positività, cioè, di un dato bene-interesse, che postula la meritevolezza della creazione di un congegno di protezione del bene stesso all'interno della collettività). In ragione di tale collegamento tra norma giuridica e valore, [...] la norma, una volta posta in essere, non resta cristallizzata in sé stessa, ma è soggetta a dinamiche evolutive. Nel senso che, nel tempo, essa è suscettibile di assume-

vente costituisce un fenomeno oggettivo, legato alla peculiare struttura della norma giuridica e determinato dall'evoluzione dell'ordinamento. Come è stato efficacemente rilevato, la giurisprudenza «lo disvela, ma non per questo lo crea»<sup>72</sup>.

Non ci pare, in conclusione, che l'ordinamento, sganciandosi dalla logica della fattispecie, abbia abdicato al valore della certezza del diritto<sup>73</sup>. È, comunque, attualissimo, da que-

---

re una molteplicità di contenuti, in relazione ed entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del significante testuale». In effetti «la norma di volta in volta adegua il suo contenuto, in guisa da confermare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale, anche nel bilanciamento con contigui valori di rango superiore, a livello costituzionale o sovranazionale». Nel medesimo senso, cfr. Cass., S.U., 20 dicembre 2016, n. 26271; Cass., S.U., 23 dicembre 2014, n. 27341 e, da ultimo, Cass., S.U., 22 marzo 2019, n. 8230.

Anche l'interpretazione costituzionalmente orientata soggiace all'indicato limite. Secondo Corte cost., 13 aprile 2017, n. 82, in *Foro it.*, 2017, I, col. 1819, «l'univoco tenore letterale della norma impugnata preclude un'interpretazione adeguatrice, che deve, pertanto, cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale». Cfr. Corte cost., 19 febbraio 2016, n. 36: «l'obbligo di addivenire ad un'interpretazione conforme alla Costituzione cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione e si riveli del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca (sentenze n. 1 del 2013 e n. 219 del 2008). L'interpretazione secondo Costituzione è doverosa ed ha un'indubbia priorità su ogni altra, ma appartiene pur sempre alla famiglia delle tecniche esegetiche, poste a disposizione del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale, che hanno carattere dichiarativo. Ove, perciò, sulla base di tali tecniche, non sia possibile trarre dalla disposizione alcuna norma conforme alla Costituzione, il giudice è tenuto ad investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale».

Cass., S.U., ord., 6 novembre 2014, n. 23675, sottolinea che «la "creatività" dell'interpretazione giurisprudenziale deve interpellare il senso di misura e soprattutto il senso di responsabilità dell'interprete».

<sup>72</sup> Cass., S.U., 11 luglio 2011, n. 15144.

<sup>73</sup> Osserva G. D'AMICO, *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, cit., p. 49, che «coniugare "oggettività del testo" e "valutatività dell'interpretazione" costituisce «il grande problema dell'epoca del post-positivismo giuridico». Egli, rimanendo ancorato alla logica della fattispecie, per conciliare le due dimensioni, oggettiva e soggettiva, propone peraltro «un moderno "positivismo critico", che ripudi assunti rivelatisi privi di fondamento (dalla completezza dell'ordinamento giuridico, alla univocità del linguaggio comune, alla avalutatività dell'attività dell'interpretazione)» e che riconosca «l'enunciato lingu-

sto punto di vista, il pensiero di Villey, Cotta ed Hervada che, ancorando il diritto a solidi fondamenti realistici, scongiura il pericolo di un nuovo positivismo di matrice giurisprudenziale.

#### 4. *Diritto e giustizia, alla luce della Costituzione*

Il percorso evolutivo che abbiamo tracciato è essenziale per affrontare il problema del rapporto tra diritto e giustizia nell'ordinamento italiano.

Il riferimento al giusto, come è stato autorevolmente rilevato, «prospetta di per sé il confronto tra una sfera ordinamentale contingente, quella delle norme e dei principi di diritto positivo, e una sfera ordinamentale superiore, avente una vocazione universale»<sup>74</sup>.

Il discorso sui valori etici ci riporta alla dottrina del diritto naturale. Il problema del diritto naturale, per il civilista, non è quello dell'esistenza di una legge naturale universale, bensì – essendo egli chiamato ad occuparsi del diritto vigente – «quello della incidenza dei valori etici sul diritto positivo»<sup>75</sup> e dunque se sia ammissibile una contaminazione tra morale e diritto. Nel rispondere a tale domanda il civilista deve rimanere entro i confini dell'ordinamento giuridico e accertare se, al suo interno, esistano valori dotati di giuridicità.

Muovendo da tali presupposti metodologici, occorre prendere atto che l'ordinamento giuridico è retto da regole di convivenza che si esprimono in principi sovraordinati anche alle leggi e dunque, secondo la felice intuizione della Costituzione te-

---

stico che esprime la disposizione normativa come costituito da un nucleo centrale (di significato) “certo” (che consente di identificare con sufficiente chiarezza e immediatezza il fatto o la categoria di fatti riconducibili alla norma), e da un “alone” circostante all'interno del quale si collocano i “casi dubbi” o “difficili” (cioè quei casi per i quali, appunto, è più o meno discutibile – e dunque incerto, soprattutto quando si tratti di casi nuovi – se essi siano riconducibili alla “fattispecie” legale) (*ivi*, p. 36 ss.).

<sup>74</sup> C.M. BIANCA, *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia*, Napoli, 2012, p. 7.

<sup>75</sup> C.M. BIANCA, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, cit., p. 9.

desca, che «siamo sottomessi alle leggi e al diritto»<sup>76</sup>. Tali principi sovraordinati, nell'ordinamento italiano, sono i principi costituzionali e, in primo luogo, il principio che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo (art. 2 Cost.), peraltro potenziati e filtrati attraverso l'ulteriore valore della solidarietà (che scongiura il rischio di cadere nell'individualismo), ravvisandosi «come interesse fondamentale dell'uomo anche quello di realizzare la propria personalità attraverso l'altrui cooperazione»<sup>77</sup>. La tutela della persona umana, che si esprime, appunto, nel rispetto della dignità dell'uomo e nella soddisfazione della sua esigenza di solidarietà, è prioritaria, «costituendo il valore ultimo, al quale tutti i rapporti sociali sono ordinati»<sup>78</sup>.

I diritti innati, alla base del giusnaturalismo, sono dunque tutelati, nel nostro ordinamento, da una norma giuridica superiore alle leggi, che li 'riconosce' e 'garantisce' e che dunque, «*pur imprimendovi carattere ed effetti giuridici*», pare averne «ammesso la preesistente identità e natura», ponendoli alla base della vita sociale<sup>79</sup>. I valori essenziali della persona sono stati collocati al di sopra delle leggi e ne condizionano la vali-

---

<sup>76</sup> C.M. BIANCA, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, cit., p. 12.

L'art. 20, comma 3, della Costituzione tedesca sancisce che la legislazione è soggetta all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giustizia sono soggetti alla legge e al diritto, dovendosi intendere quest'ultimo come un vincolo a principi giuridici meta positivi (F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., II, Milano, 1980, p. 372).

La norma si comprende alla luce della rivalutazione del pensiero giusnaturalista operata dai giuristi tedeschi dopo la tragica esperienza nazista.

<sup>77</sup> C.M. BIANCA, *Il diritto privato e la sfida sociale*, in *Iustitia*, 1980, p. 213 ss.

<sup>78</sup> C.M. BIANCA, *Il diritto privato e la sfida sociale*, cit., p. 213 ss.

<sup>79</sup> C.M. BIANCA, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, cit., p. 13.

Cfr., sul punto, F. VIOLA, *Interpretazione giuridica, diritti umani, e la nuova scienza giuridica*, cit., p. 190, chiarisce: «Poiché il testo costituzionale è un atto di positivizzazione, c'è indubbiamente un'intenzione retrostante, ma essa si limita a recepire certi valori, a porli alla base della vita associata, ma non è padrone di essi, non li domina, anzi è da essi dominata. I principi costituzionali non sono prodotti della volontà umana, ma il segno di un'adesione di essa ai valori retrostanti».

Si veda anche P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 31, secondo cui «la Costituzione preesiste alle istituzioni del potere; essa, infatti, esiste prima di essere scritta, fatto originario della comunità radicato negli strati più profon-

dità, cosicché la giuridicità delle norme risulta subordinata al rispetto di valori etici.

In definitiva, è riscontrabile nell'ordinamento italiano una precisa gerarchia. Al vertice si collocano i principi di tutela della persona, riconducibili ad una sfera morale superiore alle leggi, e in essi si rinnova l'idea, propria della dottrina del diritto naturale, «di un ordine etico quale limite e condizione del diritto positivo», cosicché giusto deve ritenersi «ciò che a ciascuno spetta come diritto inviolabile, cioè come diritto che la legge positiva non può violare»<sup>80</sup>. Peraltro, radicandosi i diritti fondamentali della persona nella stessa struttura dell'essere umano, ossia nell'umana natura, si manifesta l'attualità del realismo giuridico classico, riproposto e sviluppato soprattutto da Villey ed Hervada<sup>81</sup>.

In questa prospettiva – come bene hanno intuito i tre illustri giuristi il cui pensiero ha ispirato questo studio – all'interprete spetta il fondamentale compito di «orientare verso giustizia la formazione del diritto “effettivo”», ricercando il significato della norma che attui il migliore bilanciamento degli interessi in conflitto<sup>82</sup>, nella consapevolezza che il diritto costituisce «uno strumento per la costruzione di una società giusta»<sup>83</sup>.

---

di di essa, che trova nei centotrentanove articoli unicamente una manifestazione».

<sup>80</sup> C.M. BIANCA, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, cit., p. 15.

<sup>81</sup> Cfr. *supra*, § 1.

<sup>82</sup> C.M. BIANCA, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, cit., p. 17. Secondo l'illustre Maestro (Id., *Diritto civile*, 1, cit., p. 29), «l'interprete non si limita a recepire senz'altro la norma come un dato già compiutamente definito ma può concorrere a determinarne il significato. Se l'interprete partecipa col proprio contributo di idee e di sensibilità alla determinazione del significato della norma, ecco emergere nuovamente il problema della giustizia. Ecco emergere cioè l'esigenza di ricercare – nello spazio consentito – quel significato che tenda alla migliore composizione dei conflitti d'interesse. La scienza del diritto muove dalla realtà di un fenomeno sociale, ma attraverso l'attività interpretativa si trova involta in un momento attivo della elaborazione del diritto dove il compito conoscitivo può trasformarsi in un impegno morale per una norma più giusta».

<sup>83</sup> C.M. BIANCA, *Il diritto privato e la sfida sociale*, cit., p. 213 ss., il quale osserva che «non basta un diritto giusto per avere una società giusta perché la giustizia è un bene che va conquistato giorno per giorno nella misura



## 5. *La giustizia contrattuale*

Questa nuova concezione del diritto, incentrato sui valori, ha inciso profondamente sul diritto dei contratti. Ne sono, infatti, scaturiti limiti all'autonomia privata, un tempo impenabili, ed è stato riconosciuto al giudice il compito di garantire l'equo equilibrio degli opposti interessi delle parti, incidendo sul contenuto stesso del contratto.

Secondo l'opinione tradizionale, il contratto è giusto quando costituisce il frutto della libera negoziazione delle parti, dovendosi negare, al di fuori dei casi previsti dalla legge (vizi della volontà, rescissione, risoluzione per eccessiva onerosità, riduzione della clausola penale, ecc.), qualsiasi rilevanza autonoma all'eventuale ingiustizia del contratto<sup>84</sup>. Ciò coerentemente ad un'analisi economica del diritto, che riduce la

---

in cui si riesce a dare risposta concreta alle esigenze di libertà e solidarietà della persona».

<sup>84</sup> U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, *passim*. Secondo tale Autore la giustizia del contratto non può essere perseguita al di fuori dei meccanismi a tale fine previsti dal codice civile (la rescissione, la risoluzione per eccessiva onerosità, la riduzione della clausola penale, ecc.) o dalla legislazione speciale consumeristica, di talché deve escludersi una considerazione autonoma della sola ingiustizia del contratto e del mero dato dello squilibrio delle prestazioni contrattuali. Tuttavia, egli ritiene che le recenti normative speciali in materia di contratti del consumatore ma anche del c.d. terzo contratto indicano una tendenza del sistema nella direzione di segnalare, in modo più marcato che nel passato, l'«ingiustizia delle ragioni dello scambio quale componente, se non altro tendenziale, di una disciplina di intervento autoritario, finalizzato al controllo del contenuto del contratto, componente tuttavia destinata, per avere un rilievo, a combinarsi con altre» (*ivi*, spec. p. 371).

Cfr., da ultimo, G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, p. 30 ss., secondo il quale i controlli sul contenuto del contratto «sono bensì previsti ed ammessi dal sistema, ma con carattere tendenzialmente circoscritto, in quanto essi derogano al(l'essenza del) principio di autonomia contrattuale (essenza che risiede proprio nella possibilità dei privati di regolare da sé i propri interessi, determinando liberamente il contenuto del contratto: art. 1322, comma 1, c.c., dove [...] il principio è quello indicato nella prima parte, e i limiti menzionati nella seconda parte costituiscono appunto una deroga ad esso)».

giustizia al concetto di efficienza economica<sup>85</sup>, sul presupposto che il contratto debba essere uno strumento del mercato, anziché il riflesso di equilibri giuridici<sup>86</sup>. Vero è però che il mercato, se non regolamentato<sup>87</sup>, conduce a risultati d'ingiustizia e, soprattutto, nell'attuale epoca della globalizzazione, caratterizzata dal trasferimento delle funzioni dallo Stato ai mercati (e, dunque, dalla legge ai contratti), «il difetto di giustizia del contratto diventa un problema che non si esaurisce nel rapporto interno tra le parti, ma produce esternalità negative che, propagandosi in un contesto più ampio, pregiudicano una più ampia platea d'interessi»<sup>88</sup>. In un contesto siffatto, secondo un'autorevole opinione, il diritto dei contratti è chiamato a tutelare non solo l'autonomia privata di coloro che negoziano ma anche, e soprattutto, «un più ampio profilo di giustizia sostanziale che trascende l'interesse delle parti»<sup>89</sup>.

Il problema della giustizia contrattuale è emerso prepotentemente con l'introduzione della nuova disciplina, di matrice comunitaria, sulla tutela dei consumatori. Il passaggio da una contrattazione di tipo individuale ad una contrattazione standardizzata e di massa ha determinato «la necessità di ag-

---

<sup>85</sup> N. LIPARI, *Intorno alla giustizia del contratto*, in *Il diritto civile tra legge e giustizia*, cit., p. 240.

<sup>86</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Napoli-Bari, 2004.

<sup>87</sup> P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 235, rileva come si sia radicata una nuova accezione della nozione di mercato «che oggi non è un insieme di sole regole economiche e per di più predisposte dai soli mercati, ma uno statuto normativo complesso destinato a garantire il suo regolare funzionamento mediante una adeguata tutela tanto del produttore quanto del consumatore e nell'assoluto rispetto delle primarie, indifferenti esigenze dell'uomo».

<sup>88</sup> N. LIPARI, *Intorno alla giustizia del contratto*, cit., p. 246.

<sup>89</sup> N. LIPARI, *Intorno alla giustizia del contratto*, cit., p. 247.

Cfr. G. ALPA, *Il Contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 7-8, p. 1163, che a tale proposito scrive: «Di qui la convinzione dei più – a cui mi associo – che esista nell'ordinamento interno, integrato com'è dal diritto comunitario, un principio di giustizia contrattuale, di equilibrio del contratto, non solo nei contratti di massa, ma anche nei contratti individuali, quando sussistono determinate circostanze». E aggiunge «l'intangibilità del contratto è oggi un mito, e i modelli di giustizia sociale che in ambito europeo sono prevalsi impongono di considerare anche i valori sociali, a cominciare dalla persona e dai diritti fondamentali».

giornare lo strumentario a difesa della giustizia contrattuale», non risultando più il contratto uno strumento di per sé idoneo «a raggiungere composizioni equilibrate degli interessi di entrambi i contraenti», per l'asimmetria delle loro posizioni e la fisiologica possibilità di abuso della libertà contrattuale da parte dell'imprenditore/professionista che predisponde unilateralmente il testo contrattuale, derogando al diritto dispositivo. Di qui l'esigenza di «sottoporre direttamente a controllo il contenuto del regolamento negoziale, per verificare che l'unilaterale predisposizione di esso non nasconda, in questa o quella clausola, un abuso da parte del predisponente»<sup>90</sup>. E ciò nella consapevolezza dell'incidenza dei contratti standardizzati e di massa sul funzionamento del mercato e della necessità di favorirne l'efficienza attraverso la salvaguardia dell'equilibrio contrattuale<sup>91</sup>.

Siffatti meccanismi di tutela sono stati successivamente estesi anche al c.d. 'terzo' contratto, intercorrente tra imprenditori in asimmetria di potere. L'art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 198, sanziona infatti l'abuso di dipendenza nei confronti di un'impresa cliente o fornitore<sup>92</sup>. Peraltro, il controllo della giu-

---

<sup>90</sup> G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 19 ss.

<sup>91</sup> G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 22 ss., il quale osserva che «l'intervento dell'ordinamento sul contenuto del contratto consentendo di espungere da esso le clausole abusive diventa così un mezzo per assicurare bensì, anzitutto, la giustizia contrattuale (ossia per garantire l'equilibrio [...] dei diritti e degli obblighi che il regolamento contrattuale attribuisce ai contraenti), ma, al contempo, per promuovere anche un miglior funzionamento del mercato (favorendo la selezione degli operatori più corretti ed efficienti)».

<sup>92</sup> Osserva al riguardo N. LIPARI, *Intorno alla giustizia del contratto*, cit., p. 251 ss., che «il criterio valutativo dell'abuso è, ancora una volta, un "eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi", quindi un *vulnus*, che si ritiene determinante, al principio cardine dell'equilibrio fra le prestazioni contrattuali (valutato in chiave non necessariamente economica) [...]. L'imposizione di condizioni ingiustamente gravose e discriminatorie viene ritenuta di per sé rilevante e l'art. 9 della legge sulla subfornitura finisce per diventare una regola di diritto civile autonoma, posta a tutela del contraente più debole e destinata a sanzionare qualsiasi condotta costituente un abuso di dipendenza economica a prescindere dall'operare di meccanismi concorrenziali [...]. In sostanza, anche la prospettiva del terzo contratto finisce per assegnare al giudice un potere di controllo sul contenuto di un contratto tra imprenditori, in tal modo definitivamente svincolando il paradigma del contratto dal riferimento alla li-

stizia contrattuale, ad opera del giudice, si è rapidamente propagato anche alla contrattazione individuale e costituisce il frutto di un percorso ermeneutico che muove dalla massima dilatazione del principio della buona fede oggettiva, al punto da trasformarlo, essenzialmente, da regola di condotta a regola di validità del contratto<sup>93</sup>.

---

bertà determinativa delle parti e quindi anche dalla possibilità di diventare strumento dell'abilità o della furbizia dei singoli».

Si veda anche G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 53 ss., secondo cui gli interventi legislativi che, 'capovolgendo' il quadro normativo esistente, hanno prodotto una decisiva influenza, nel nostro ordinamento, sulla rinnovata nozione e disciplina dell'equilibrio contrattuale sono stati, oltre a quello sui contratti del consumatore e alla legge sulla subfornitura, la normativa antitrust (l. n. 287/1990) e la legge sull'usura (l. n. 108/1996). Tali interventi, secondo tale autore, hanno profondamente mutato l'approccio al tema del contratto giusto nel senso che si è passati «dall'impossibilità di sindacare la congruità dello scambio al di là di ipotesi tipiche, ad un nuovo assetto ove non è rilevante lo squilibrio in sé, ma in quanto frutto di abuso o di un contegno in mala fede con un ampio utilizzo delle clausole generali tramite le quali si rinvia a standard sociali di valutazione dei contegni con cui bilanciare beni e interessi».

Cfr. M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, cit., p. 501 ss., che sottolinea la carica dirompente della legislazione consumeristica, delle leggi sull'usura e sulla subfornitura, nonché del decreto sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. n. 231/2002) e di quello sui contratti di garanzia finanziaria (d.lgs. n. 170/2004).

Secondo P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 237, la nuova concezione del contratto 'giusto' è dovuta principalmente alla diffusione, su impulso della normativa comunitaria, del principio di proporzionalità, entrato definitivamente a fare parte della materia contrattuale; tale principio, «assecondando e attuando anche principi e valori di rilevanza costituzionale [...] è destinato ad incidere profondamente sulla moderna concezione del contratto che in tal modo si allontana definitivamente dalla tradizionale volontaristica interpretazione del principio *pacta sunt servanda*».

<sup>93</sup> Per la tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto, cfr. Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724 (in *Foro it.*, 2008, 1, col. 784), secondo la quale «la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità». Tale sentenza, peraltro, esclude che il dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento

Un primo arresto significativo è costituito da una pronuncia della Corte di cassazione del 1999, in tema di riducibilità della clausola penale<sup>94</sup>. Tramontati «il mito ottocentesco della onnipotenza della volontà» e il «dogma della intangibilità delle convenzioni», secondo il giudice di legittimità il fenomeno della riducibilità della penale si sposta «da una supposta tutela della volontà delle parti ad un interesse primario dell'ordinamento, valutandosi l'intervento riduttivo del giudice non più in chiave di eccezionalità bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata». Questo controllo, in una prospettiva costituzionale, comporta un bilanciamento di valori, confluenndo nel rapporto negoziale il valore costituzionale della iniziativa economica privata, che si esprime attraverso lo strumento contrattuale, ed «un concorrente dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.)». Siffatto dovere di soli-

---

in generale, possano assurgere a requisiti di validità, «che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite».

In dottrina, cfr. V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 ss.; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, Padova, 1990, spec. p. 117 ss.; E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, col. 1105 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. DI MARZIO, Milano, 2004, p. 51 ss.; M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, cit., p. 522 ss.; F. SCAGLIONE, *Responsabilità precontrattuale e flessibilità del sistema rimediabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 7-8, p. 1066 ss., spec. p. 1071 ss.

<sup>94</sup> Ci si riferisce a Cass., 24 settembre 1999 n. 10511, in *Foro it.*, 2000, col. 1929. Secondo F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 925, «questa sentenza è un piccolo trattato di storia del contratto, di storia recente del contratto, dell'evoluzione del contratto dalle concezioni soggettivistiche, basate sul dogma della volontà, alle concezioni attuali, oggettivistiche, basate sulla congruità dello scambio contrattuale». Per A. RICCIO «*È dunque venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*», in *Contr. e impr.*, 2000, p. 95 ss., spec. p. 103, tale sentenza sancisce la fine del dogma della intangibilità del contratto e conferma il potere del giudice, «attraverso la valorizzazione della clausola generale di buona fede e correttezza», di «sindacare e correggere il contratto secondo principi di equità».

darietà, «in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, all'un tempo gli attribuisce una *vis* normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte». Di qui il «potere di intervento del giudice all'interno del contratto», sul presupposto che «la legge patizia non può ritenersi svincolata dal dovere di correttezza».

Tali principi sono stati ribaditi da una successiva pronuncia del 2009<sup>95</sup>, decidendo una fattispecie in cui si discuteva della legittimità di una clausola contenuta in un contratto tra imprenditori, che riconosceva ad una soltanto delle parti contraenti la facoltà di recedere *ad nutum* dal rapporto. La Corte ha ritenuto ammissibile un controllo giudiziale sull'esercizio del recesso, sanzionandolo, in quanto ritenuto iniquo, in chiave di abuso del diritto. Ciò sempre muovendo dal principio della buona fede oggettiva, considerato «un autonomo dovere giuridico», radicato nel più generale principio di solidarietà sociale. Esso costituisce uno «strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi». Poiché «disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio, [...] la buona fede [...] serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione».

Tale pronuncia pone in luce lo stretto collegamento tra violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva e abuso del diritto<sup>96</sup> che, «lungi dal presupporre una violazione in senso for-

---

<sup>95</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, col. 85, con nota di R. PARDOLESI.

Su tale sentenza cfr. M.R. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*: tutti nel volume *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2010, rispettivamente p. 69 ss., p. 99 ss. e p. 115 ss.

<sup>96</sup> La Corte di cassazione individua i seguenti elementi costitutivi della figura dell'abuso del diritto: «1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeter-

male, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore». La sanzione è la mancanza di tutela della clausola abusiva, allo scopo di impedire che «possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti [...] attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza».

Siffatti principi sono stati essenzialmente confermati da due successive ordinanze della Corte costituzionale, in materia di caparra confirmatoria, che hanno riconosciuto al giudice il potere di dichiarare nulla «una clausola negoziale che rifletta [...] un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte», per violazione del dovere costituzionale di solidarietà, «che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede»<sup>97</sup>.

In conclusione, secondo questa impostazione attualmente dominante, nonostante autorevoli opinioni di segno contrario, la buona fede, ancorata al principio costituzionale di solidarietà ed essenzialmente ascisa al rango di regola di validità, consente «di fondare un controllo puramente materiale sulla giu-

---

minate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte».

<sup>97</sup> Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, 2, 1, col. 382, e Corte cost., 26 marzo 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, col. 2035. Su tali sentenze, cfr., per tutti, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *I contratti*, 2014, p. 927 ss., spec. p. 936, che ammonisce sul fatto che «il ruolo (inedito) che ordinanze come quelle in esame (che si allineano, peraltro, ad un modo di ragionare sempre più diffuso, che esse contribuiscono ad alimentare) attribuiscono ai "principi" (costituzionali) e alle clausole generali, è un ruolo sul quale occorre portare una grande attenzione, evitando adesioni semplicistiche che rischiano di smarrire (sull'altare della c.d. "giustizia in concreto") regole e principi fondamentali del diritto contrattuale».

stizia del contratto»<sup>98</sup>, attribuendo al giudice il potere di operare «una integrazione concreta del regolamento contrattuale», affinché il contratto non costituisca strumento di sopraffazione<sup>99</sup>.

6. *Segue: la causa c.d. in concreto ed il rilievo riconosciuto alla categoria dell'operazione economica unitaria*

Nella prospettiva di un diritto fondato sui valori, alla ricerca della giustizia del caso concreto secondo la felice intuizione di Villey, Cotta ed Hervada, si comprendono due ulteriori evoluzioni del diritto dei contratti, che segnano un ulteriore punto di rottura con il positivismo normativo, negando l'indipendenza della norma dal caso concreto.

Intendiamo riferirci, innanzitutto, al superamento della nozione della causa del contratto, intesa quale funzione economico-sociale, frutto della confusione tra le nozioni di cau-

---

<sup>98</sup> E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1268 ss.

<sup>99</sup> N. LIPARI, *Intorno alla giustizia del contratto*, cit., p. 265.

Sul punto C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale*, cit., p. 767, osserva criticamente come ciò significhi «consegnare senza riserve, ma pure senza fondamento, le sorti del contratto (e delle parti) al giudice».

In senso critico cfr. pure E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1268 ss.: «Ipotizzare un controllo di giustizia *ex fide bona*, riferito ad un contenuto contrattuale ritenuto dal giudice "non equo gravemente sbilanciato in danno di una parte", vuol dire, infatti, ignorare le infinite possibili ragioni che hanno condotto a quell'intesa: l'utilità marginale del bene per il contraente; il desiderio di garantirsi l'affare rispetto ad altri acquirenti; un calcolo di convenienza; la superficialità nel governare le informazioni precontrattuali. In altri termini si priva di qualsivoglia valore l'accordo stesso», inficiando l'esistenza stessa dell'istituto del contratto; G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 30 ss., secondo il quale «non è rinvenibile nel sistema un principio generale che consenta un controllo giudiziale generalizzato sul contenuto del contratto al fine di garantire la giustizia del regolamento negoziale. In particolare tale principio non può essere individuato nella buona fede».

Da ultimo, sul tema, cfr. A.M. GAROFALO, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 4, p. 575 ss.



sa e tipo contrattuale<sup>100</sup>. Dottrina e giurisprudenza ritengono oggi che la causa del contratto vada concepita nei termini della causa concreta, «ossia dell'interesse che l'operazione è concretamente diretta a realizzare»<sup>101</sup>. In tal modo si consente al giudice di considerare, nella singola operazione economica, l'effettivo interesse perseguito dalle parti e, attraverso il giudizio di meritevolezza, di valutare il contenuto stesso dell'accordo<sup>102</sup>. Ci si sposta, dunque, dal piano dell'astratta funzione che uno schema contrattuale è chiamato a svolgere, destinata a ripetersi in innumerevoli ipotesi, coerente con la visione positivista del sistema, a quello degli effettivi interessi perseguiti dalla parti, esaurendosi la causa nel singolo contratto<sup>103</sup>.

D'altro canto, l'attenzione alla causa concreta ha consentito di attribuire rilevanza giuridica alla categoria dell'operazione economica unitaria, caratterizzata dalla presenza di una pluralità di strumenti negoziali mediante i quali le parti perseguono il loro interesse, elaborata sul presupposto che lo

---

<sup>100</sup> La *Relazione al Re*, allegata al Codice civile del 1942 (n. 603), dopo aver premesso che in tema di autonomia contrattuale l'ordine giuridico non può «apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano rilevanza sociale», rileva che la causa del contratto costituisce «la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione che pertanto non solo deve essere conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art. 1322 c.c., secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica».

La confusione delle nozioni di causa e tipo è stata rilevata già da G. GORLA, *Il contratto, I, Lineamenti generali*, Milano, 1954, p. 206.

<sup>101</sup> C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss.

Sulla causa, intesa quale funzione economico-individuale del contratto, cfr. la monografia di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, p. 356 ss., nonché p. 364 ss. V. anche R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, spec. p. 145 ss., sul tema della causa quale strumento di controllo della congruità dello scambio contrattuale.

In giurisprudenza, cfr., da ultimo, Cass., 10 luglio 2018, n. 18047.

<sup>102</sup> G. D'AMICO, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 43, nota 70, osserva in senso critico che la valorizzazione della causa in concreto costituisce anche uno strumento di controllo degli squilibri contrattuali.

<sup>103</sup> Cfr., in senso critico, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., § 10.

schema negoziale «risulta inadeguato ad esprimere, nei suoi molteplici profili, la unità funzionale dell'operazione»<sup>104</sup>. Di qui la necessità di «spostare l'attenzione dell'interprete dal singolo negozio all'operazione economica che esso solo a certi effetti riassume e caratterizza»<sup>105</sup>.

In tale prospettiva, deve essere operata una «valutazione globale dell'assetto di interessi», che si specifica «in relazione al risultato sostanziale oltre che al fine perseguito», per desumere la disciplina dell'affare globalmente considerato, colto «nella sua essenza»<sup>106</sup>.

Risulta evidente, anche in questo caso, la rottura con il positivismo normativo: «l'operazione economica, di A e B, qui ed ora, non è, non può essere, anticipata in una descrizione normativa: è il presente della vita, la concretezza che esige im-

---

<sup>104</sup> G. PALERMO, *Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 646.

<sup>105</sup> M. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, III, cit., p. 574.

<sup>106</sup> G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 136.

Cfr. pure E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, I, in *Trattato dei contratti* dir. da P. RESCIGNO, Torino, 1999, p. 49 ss.

Nel medesimo senso si esprime la giurisprudenza di legittimità, la quale, in presenza di atti negoziali distinti ma finalizzati alla realizzazione di una medesima operazione economica unitaria, individua la causa in concreto facendo riferimento all'operazione economica posta in essere dalle parti e all'interesse che le stesse intendevano realizzare mediante essa. Cfr. Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805, in *Foro it.*, 1996, I, col. 3492, che, nell'ammettere la legittimità della figura del *lease back*, realizzato attraverso una vendita con *leasing* di ritorno, ha ritenuto che esso si configura «come operazione economica complessa, rispondente ad una specifica esigenza, caratteristica dell'attività imprenditoriale» e che tale schema presenta, nella sua complessità, «autonomia strutturale e funzionale». Si veda anche Cass., 11 dicembre 2015, n. 25001, in *Notariato*, 2016, I, p. 64, che sancisce la necessità di attribuire «preminenza alla causa reale dell'operazione economica rispetto alle forme negoziali in concreto adoperate dalle parti». Nel medesimo senso, cfr. Cass., 15 marzo 2017, n. 6758, secondo la quale, «quando gli atti sono plurimi e funzionalmente collegati, quando cioè la causa tipica di ciascuno è in funzione di un programma negoziale che la trascende, non può rilevare che la causa concreta dell'operazione complessiva».

mediata risposta nel segno di valori»<sup>107</sup>. Inoltre, attraverso la considerazione dell'operazione economica unitaria, il giudice è in grado di ricostruire l'effettivo interesse delle parti e, mediante il giudizio di meritevolezza, di sindacarne lo stesso contenuto.

## 7. *Etica e diritto nel Codice civile e nella legge fallimentare*

Lo stretto legame tra diritto e morale, nell'ordinamento italiano, risale già al Codice civile, che, in molte sue parti, ha recepito precetti propri dell'etica. Basti pensare al buon costume, che condiziona la validità dei negozi giuridici (art. 1343 c.c.), o alle obbligazioni naturali, il cui adempimento rende irripetibile quanto prestato (art. 2034 c.c.).

La finalità etica ha uno speciale riconoscimento nell'art. 64 della legge fallimentare (l.f.), coeva al Codice civile, che esclude dalla sanzione dell'inefficacia di diritto gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale e a scopo di pubblica utilità (a condizione che la «liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante»), in considerazione delle particolari finalità etiche o sociali che, per loro tramite, vengono perseguite, valori giudicati prevalenti rispetto all'interesse di natura meramente patrimoniale dei creditori.

La regola espressa dall'art. 64 l.f. riveste carattere generale ed ha una indubbia valenza sistematica<sup>108</sup>. Gli atti che per-

---

<sup>107</sup> N. IRTI, *Un diritto calcolabile*, cit., § 10.

<sup>108</sup> Cfr. il nostro *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche – Art. 2645 ter c.c.*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna, 2017, p. 140 ss.; Id., *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, Milano, 2003, p. 262 ss.; Id., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano, 2007, p. 271 ss.

Cfr., da ultimo, G. OBERTO, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929 bis c.c.*, Torino, 2015, p. 95, secondo il quale l'art. 64 l.f. mostra «l'intento legislativo di sottrarre al regime degli atti gratuiti tutti quelli volti a realizzare nobili fini. Proprio per questa ragione appare del tutto condivisibile l'opinione di chi ritiene che vano e incongruente sia ricercare a tutti i costi un

seguono le finalità indicate dalla norma non sono assoggettabili alla revocatoria fallimentare<sup>109</sup> e – secondo l'opinione preferibile – a quella ordinaria<sup>110</sup>, non sono impugnabili ai sensi dell'art. 2929 *bis* c.c.<sup>111</sup>, sono esenti da riduzione, collazione e revoca per sopravvenienza di figli<sup>112</sup>. Inoltre la finalità etica consente la costituzione del vincolo di destinazione contemplato dall'art. 2645 *ter* c.c.<sup>113</sup>, ossia di un patrimonio separato in deroga al principio dell'illimitata responsabilità del debi-

---

regime di revoca degli atti posti in essere in adempimento di un dovere morale – al pari di quelli in adempimento di uno scopo di pubblica utilità e delle liberalità d'uso – in presenza di una norma che esplicitamente li esenta dalla sanzione dell'inefficacia. L'art. 64, comma 1, l.f. delinea ed esaurisce il regime degli atti in questione, sancendone la piena efficacia rispetto ai creditori e così precludendo a questi ogni possibilità di revocatoria: esso riveste dunque portata generale, tanto da escludere anche l'esperibilità della comune azione revocatoria ex art. 2901 c.c.».

<sup>109</sup> In tal senso cfr. L. GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera*, Napoli, 2010, p. 284, nota 110; G. RAGUSA MAGGIORE, *Costituzione di patrimonio familiare e revocatoria fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1964, II, p. 25; E. ALVINO, *Gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale*, *ibidem*, p. 19 e p. 22; G. DE SEMO, *Le obbligazioni naturali in relazione all'art. 64 della legge fallimentare*, *ivi*, 1959, I, p. 106, nota 15.

<sup>110</sup> L'ultima parte dell'art. 64, comma 1, l. fall. risulta applicabile in via analogica anche nell'ipotesi della revocatoria ordinaria, apparendo identici i termini della comparazione e le ragioni della scelta normativa in entrambe le azioni. In tal senso, cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 464; L. ABETE, *L'inefficacia degli atti a titolo gratuito*, in *Dir. e giur.*, 1997, p. 383, il quale ritiene che se l'atto non fosse sottratto alla revocatoria ordinaria «sarebbe frustrata la peculiare rilevanza che il legislatore ha inteso accordare alla finalità dell'atto»; L. GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002, p. 379; *Id.*, *Dal trust*, *cit.*, p. 284, nota 110; A. MORACE PINELLI, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, *cit.*, p. 331 ss.; *Id.*, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, *cit.*, p. 271 ss.; *Id.*, *Trascrizione di atti di destinazione*, *cit.*, p. 271 ss.

In giurisprudenza, cfr. però Cass., 18 settembre 1997, n. 9292, in *Foro it.*, 1997, I, col. 3148, che limita l'applicabilità dell'art. 64 l. fall. alla revocatoria fallimentare; Cass., 20 giugno 2000, n. 8379, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2584, la quale sottolinea il fatto che l'eccezione di cui all'ultima parte dell'art. 64 l. fall. non è prevista dall'art. 2901 c.c. per la revocatoria ordinaria.

<sup>111</sup> Cfr. il nostro *Trascrizione di atti di destinazione*, *cit.*, Cap. III, § 10 ed *ivi* ulteriori riferimenti.

<sup>112</sup> Cfr. il nostro *Trascrizione di atti di destinazione*, *cit.*, Cap. III, § 11 ed *ivi* ulteriori riferimenti.

<sup>113</sup> Cfr. il nostro *Trascrizione di atti di destinazione*, *cit.*, p. 127 ss.

tore (art. 2740 c.c.) e al principio della «libera circolazione dei beni» e del «libero sfruttamento delle risorse economiche»<sup>114</sup>.

Tra i doveri morali cui fa riferimento l'art. 64 l.f. rientrano, innanzitutto, le obbligazioni naturali<sup>115</sup> ed, in particolare, i doveri di assistenza e solidarietà giuridicamente non coercibili ma eticamente rilevanti<sup>116</sup>, quali, ad esempio, il mantenimento del convivente di fatto, durante il rapporto<sup>117</sup> o alla sua ces-

---

<sup>114</sup> Come rileva G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 332, «flessibilità della destinazione economica dei beni, sicurezza della circolazione di questi e tutela del credito accordato al proprietario sono oggetto di interessi generali della collettività, che non possono sacrificarsi se non a fronte di un interesse di grado superiore».

Più in generale, rileva M. COMPORTI, *Divieti di disposizione e vincoli di destinazione*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, p. 848, che «è noto che il programma liberistico del *code Napoléon* fu quello della soppressione dell'*ancien régime*, e quindi anche, fra l'altro, dell'abolizione di vincoli e limiti alla circolazione dei beni, per la creazione di un libero commercio dei medesimi e l'affermazione di un diritto di proprietà forte, assoluto ed inviolabile».

<sup>115</sup> La prevalente dottrina ritiene che tra i doveri morali di cui all'art. 64 l.f. rientrino le obbligazioni naturali, disciplinate dall'art. 2034 c.c. Cfr. C. BARNINI, *Obbligazione naturale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 9; L. NIVARRA, *Obbligazione naturale*, cit., p. 382; G. RAGUSA MAGGIORE, *Costituzione di patrimonio familiare*, cit., p. 24; E. ALVINO, *Gli atti*, cit., p. 18; U. MORI CHECCHUCCI, *Questioni vecchie e nuove in tema di obbligazioni naturali*, Genova, 1950, p. 5 ss.; G. DE SEMO, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 106; L. ABETE, *L'inefficacia degli atti a titolo gratuito*, cit., p. 381.

In giurisprudenza cfr. Cass., 24 maggio 1982, n. 3164, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 899; Cass., 11 novembre 1977, n. 4869. Nel merito, cfr. Trib. Parma, 2 giugno 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1546.

<sup>116</sup> Rileva L. GATT, *La liberalità*, cit., I, p. 381, nt. 145, che «appaiono a rilevanza privata (e, quindi, secondo la prospettazione di tale autrice, rientrano tra i doveri morali: n.d.A.) i cosiddetti doveri di solidarietà, perché essi nascono e si alimentano nella sfera della coscienza individuale salvo poi essere riconosciuti dalla morale sociale come "doveri" appunto e non come prescrizioni di galateo, cortesia, lealtà e fedeltà».

<sup>117</sup> In tal senso cfr. Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, in *Giur. it.*, 2004, p. 530; Cass., 11 maggio 1983, n. 3253, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, p. 1225; Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, col. 2301 ed in *Giur. it.*, 1976, I, 1, p. 1622; Cass., 25 gennaio 1960, n. 68, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 478; Cass., 17 gennaio 1958, n. 84, in *Foro it.*, 1959, I, col. 470.

In dottrina, cfr. L. NIVARRA, *Obbligazione naturale*, cit., p. 380; M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Il codice civile. Commentario dir. da P.*

sazione<sup>118</sup>, i doveri di assistenza familiare, giuridicamente non sanzionati<sup>119</sup>, e, più in generale, l'assistenza e la cura di coloro che non sono in grado di provvedere alle personali esigenze morali e materiali, indipendentemente da qualunque vincolo di parentela o affinità, purché legati al soggetto che effettua la prestazione da un rapporto di vicinanza<sup>120</sup>.

Tra gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale si ricomprendono anche le donazioni remuneratorie ed altre speciali liberalità<sup>121</sup>. Ci pare, peraltro, che l'art. 64 l.f. abbia una portata più ampia<sup>122</sup>. Alla base dell'esenzione dall'inefficacia *ex lege* dell'atto di adempimento di un dovere morale il legislatore ha posto lo scopo per il quale esso è compiuto, indipendentemente dalla sua natura, onerosa o gratuita, e, più in generale, dalla considerazione dello strumento negoziale che tale scopo realizza. L'adempimento del dovere morale deve, infatti, essere riscontrato «non tanto nel tipo di negozio, quanto nella funzione cui esso adempie»<sup>123</sup>.

---

SCHLESINGER, Milano, 1990, p. 102 ss.; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 234 ss.; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1956, p. 194 ss.; G. IUDICA, *Trust istituito in esecuzione di un'obbligazione morale*, in *Trusts*, 2000, p. 461.

<sup>118</sup> Cass., 20 gennaio 1989, n. 285, in *Arch. civ.*, 1989, p. 498; Cass., 15 gen. 1969, n. 60, in *Foro it.*, 1969, I, col. 1512 (ed in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 605; in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1072; in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, p. 403, con nota di G.B. FERRI, *Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina*).

<sup>119</sup> M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1951, p. 133 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 778 ss.

<sup>120</sup> Cfr. L. GATT, *La liberalità*, cit., I, p. 378, nt. 140; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 134 ss.

<sup>121</sup> Cfr. il nostro *Trascrizione di atti di destinazione*, cit., p. 152 ed ivi ulteriori riferimenti.

<sup>122</sup> Cfr., sul punto, già il nostro *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, cit., p. 270 ss.; ID., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., p. 202 ss.; ID., *Trascrizione di atti di destinazione*, cit., p. 152 ss.

<sup>123</sup> M. SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., p. 240.

Cfr. A. MORACE PINELLI, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, cit., p. 267 ss. ed ivi ulteriori riferimenti; B. QUATRARO, A. FUMAGALLI, *Revocatoria ordinaria e fallimentare e gli altri mezzi di conservazione della garanzia pa-*

In tale prospettiva teleologica e nella ritenuta interferenza tra diritto e morale, appare ragionevole ricomprendere tra gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale, specificamente considerati dall'ultima parte dell'art. 64, comma 1, l.f., anche gli atti compiuti in adempimento di quei particolari doveri legali, che rilevano anche sul piano della morale, quali, ad esempio, gli obblighi di contribuzione e di mantenimento in ambito familiare<sup>124</sup>.

Da tempo la giurisprudenza ha individuato nella tutela della famiglia, nella garanzia della «saldezza del nucleo familiare» e del «benessere della famiglia», un dovere morale rilevante ai sensi dell'art. 64 l.f., «quale che sia il mezzo apprestato dall'ordinamento giuridico di cui si faccia uso per raggiungere lo scopo»<sup>125</sup>. Per tale motivo, ad esempio, prima della riforma del diritto di famiglia del 1975, tra gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale erano pacificamente ricompresi quelli di costituzione della dote e del patrimonio familiare<sup>126</sup>.

Gli atti compiuti in adempimento dell'obbligo legale di contribuzione, previsto dagli artt. 143 e 315 *bis* c.c., del dovere di mantenimento dei figli di cui all'art. 316 *bis* c.c. e degli obblighi di mantenimento che sorgono al momento della separazione e del divorzio, pur strutturalmente diversi dall'adempimento dell'obbligazione naturale<sup>127</sup>, trattandosi di atti dovuti

---

*trimoniale*, I, Milano, 2002, p. 241; L. NIVARRA, *Obbligazione naturale*, cit., pp. 373 e 382.

<sup>124</sup> Cfr. A. MORACE PINELLI, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, cit., p. 274 ss.; ID., *Trascrizione di atti di destinazione*, cit., p. 154 ss.

<sup>125</sup> Cass., 29 agosto 1963, n. 2406, cit.

<sup>126</sup> In tal senso, cfr. Cass., 16 gennaio 1970, n. 93, in *Riv. not.*, 1971, II, p. 82 (ed in *Riv. dir. comm.*, 1970, II, p. 393; in *Dir. fall.*, 1970, II, p. 766; in *Giur. it.*, 1970, I, 1, p. 1574; in *Foro it.*, 1970, I, col. 1137); Cass., 29 agosto 1963, n. 2406, cit.

Cfr. anche la *Relazione* allegata alla legge fallimentare, n. 15, che individua nella costituzione della dote un'ipotesi di dovere morale, esclusa dalla disciplina dettata dall'art. 64 l.f.

In dottrina, cfr. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 294, nt. 1.

<sup>127</sup> L'adempimento di obbligazione naturale costituisce un atto negoziale gratuito, in considerazione della mancanza di controprestazione e dell'arricchimento che, comunque, oggettivamente si determina nel patrimonio del cre-

correlati ad un dovere giuridico di fonte legale<sup>128</sup>, realizzano anche, e soprattutto, una finalità etica, individuabile, appunto, durante la fase fisiologica del rapporto, nella «saldezza» e nel «benessere» della famiglia che essi garantiscono mediante la soddisfazione delle esigenze dei suoi componenti e, al momento della crisi, nell'assistenza dei suoi membri più deboli.

In effetti i doveri di contribuzione e di mantenimento costituiscono, prima che obblighi giuridici, doveri morali<sup>129</sup> e gli atti compiuti per il loro adempimento sono anche eticamente dovuti, alla stregua della coscienza sociale. La realizzazione dell'interesse familiare estingue un obbligo giuridico rilevante anche sul piano della morale.

La normativizzazione del dovere morale non impedisce di ricomprendere tali atti tra le eccezioni previste nell'ultima parte dell'art. 64, comma 1, l.f.<sup>130</sup>. Nella prospettiva teleologica indicata, la *ratio* dell'esclusione dalla revocatoria de-

---

ditore naturale. Cfr., in tal senso, M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 123; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., p. 785; C. BARNINI, *Obbligazione naturale*, cit., p. 9; M. SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., p. 126; A. MORACE PINELLI, *Adempimento di obbligazione naturale e forma*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 63 ss.

<sup>128</sup> A. MORACE PINELLI, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, cit., p. 65 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

<sup>129</sup> In tal senso, cfr. Cass., 18 settembre 1997, n. 9292, cit., secondo la quale l'atto di costituzione del fondo patrimoniale, quando è compiuto da uno o da entrambi i coniugi, risponde «all'adempimento di un dovere morale e, segnatamente, ai doveri di assistenza e contribuzione ai bisogni della famiglia, che però non sono soltanto doveri morali ma anche giuridici: artt. 143, 147, 148 c.c.»; Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, cit., secondo cui «quale che sia [...] la natura che voglia riconoscersi all'obbligazione naturale non può negarsi che essa debba costruirsi sulla falsariga dell'obbligazione giuridica perché i doveri morali e sociali sono paralleli ai doveri giuridici veri e propri».

Si veda anche Trib. Milano, 2 giugno 1983, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2732, secondo il quale, con riferimento al mantenimento della famiglia, si può parlare «di obbligo morale (oltre che giuridico)».

In dottrina, in tal senso, si veda G. OPPO, *La prestazione in adempimento di un dovere non giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 516 ss.

<sup>130</sup> In tale senso, con riferimento al fondo patrimoniale, cfr. M. SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., p. 240 ss., il quale, aderendo all'impostazione teleologica della Corte di cassazione, ritiene che «l'adempimento del dovere morale è da riscontrare non tanto nel tipo di negozio, quanto nella funzione cui esso adempie».



ve rinvenirsi nel particolare fine morale che l'atto persegue, certamente riscontrabile negli atti compiuti in adempimento del dovere di contribuzione e mantenimento, i quali sono preordinati alla realizzazione delle finalità etiche riconoscibili nella soddisfazione delle esigenze della comunità 'familiare' o nell'assistenza dei suoi componenti deboli. Ciò ad ennesima conferma del fatto che diritto e morale non sono tra loro conffigenti e che – come bene hanno intuito Villey, Cotta ed Hervada – sussiste un intimo legame tra etica e diritto<sup>131</sup>.

---

Cfr. anche A. BRUNETTI, *Diritto concorsuale. Lezioni*, Padova, 1944, p. 110 ss., il quale ricomprende «nella più vasta categoria degli atti compiuti in adempimento di un dovere morale [...] le prestazioni effettuate in esecuzione di un obbligo di legge» e, quindi, in particolare, la corresponsione degli alimenti.

Cfr. B. QUATRARO, A. FUMAGALLI, *Revocatoria*, cit., II, p. 1049.

Secondo autorevole dottrina, tuttavia, ove gli obblighi non giuridici siano normativizzati non hanno più rilevanza giuridica in quanto doveri morali e sociali, «ma solo in quanto sono ritenuti veri e propri doveri giuridici», non avendo importanza che «siano doveri giuridici e morali allo stesso tempo» (M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, cit., p. 110; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., p. 262 ss.). In base a tali principi viene esclusa l'applicabilità dell'art. 64 l.f. agli atti compiuti nell'interesse della famiglia, poiché tale norma farebbe riferimento all'adempimento dei meri doveri morali e non ai pagamenti (*ivi*, cit., p. 218, nt. 1), quali sono, appunto, gli atti estintivi dell'obbligo legale di contribuzione.

La giurisprudenza più recente ritiene che il negozio costitutivo del fondo patrimoniale non integri atto di adempimento del dovere legale di contribuzione previsto dall'art. 143 c.c. e non ricada di per sé tra le esenzioni previste dall'art. 64 l.f. «a meno che non si dimostri in concreto l'esistenza di una situazione tale da integrare, nella sua oggettività, gli estremi del dovere morale ed il proposito del *solvens* di adempiere unicamente a quel dovere mediante l'atto in questione» (Cass., 8 agosto 2013, n. 19029, in *Dir. fam.*, 2014, p. 1050 ss., con nota di A. MORACE PINELLI, *Fondo patrimoniale e azione revocatoria fallimentare*, cit.; Cass., 23 marzo 2005, n. 6267; Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 997; Cass., 26 marzo 2003, n. 4457, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1774).

<sup>131</sup> Affermare il contrario porterebbe ad una conclusione paradossale. Mentre non sarebbero certamente revocabili le attribuzioni compiute in favore del convivente di fatto, nel corso o al termine del rapporto, riconducibili con certezza (soltanto) ad un dovere morale, analoga esenzione non varrebbe per le prestazioni compiute nei confronti del coniuge (ed ora del componente dell'unione civile), in adempimento del dovere giuridico di contribuzione o di mantenimento, che pure assicurano quella «saldezza» e quel «benessere del-

## 8. Smart contract e giustizia contrattuale

Un'ultima questione, per proiettare il nostro discorso nel futuro prossimo. L'art. 8 *ter* del d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, intitolato *Tecnologie basate su registri distribuiti e smart contract*, introduce la seguente nozione di *smart contract*: «Si definisce “*smart contract*” un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse».

Gli *smart contract* sono, appunto, contratti intelligenti, anche detti *self executing contract*, ossia contratti tradotti in programmi informatici che si auto-eseguono. Un algoritmo trasponesse in termini informatici la volontà delle parti.

Lo *smart contract* è un *software* che automatizza/gestisce l'esecuzione del contratto, così come decisa dalle parti, garantendo che a certe premesse ed al verificarsi di certe condizioni, informaticamente verificabili, corrisponda un risultato certo, ossia l'esecuzione automatica di una determinata prestazione<sup>132</sup>. A tale fine esso è in grado di integrare l'oggetto del con-

---

la famiglia», la cui tutela è posta dalla giurisprudenza alla base dell'eccezione sancita dall'ultima parte dell'art. 64 l.f. Cosicché, laddove il legislatore, per meglio garantire l'interesse della comunità familiare, ha inteso configurare un obbligo giuridico a carico dei coniugi (il dovere di contribuzione o di mantenimento) vi sarebbe una tutela minore rispetto alle situazioni in cui l'esecuzione della prestazione sia rimessa alla volontà delle parti (il dovere morale esistente tra conviventi).

Da tale punto di vista, la maggiore tutela del rapporto di fatto risulterebbe irragionevole e, con riguardo alla comunità fondata sul matrimonio, lesiva del principio del *favor familiae*, espresso dagli artt. 29 e 31 Cost., tanto più che la tendenziale prevalenza dell'interesse familiare rispetto a quello dei creditori emerge a livello di sistema.

<sup>132</sup> L'esecuzione del contratto può essere collegata ad un *input* proveniente da una fonte esterna ritenuta affidabile dalle parti. Si potrebbe trattare ad esempio di fonti pubbliche o istituzionali (ad esempio il sito *web* di un aeroporto che riporta i ritardi dei vettori, ovvero i siti delle borse valori per quanto riguarda le oscillazioni delle quotazioni dei titoli): in tali casi il codice del contratto farà discendere l'esecuzione dalla verifica di tali fonti che può essere considerata univoca.

In altri casi, invece, sarà necessario l'intervento dei c.d. oracoli, ossia programmi indipendenti che monitorano dati esterni al sistema decentralizza-

tratto, determinando talune condizioni dell'accordo (ad esempio selezionando il prezzo di una certa prestazione)<sup>133</sup>, e, soprattutto, di gestire le sopravvenienze, ossia gli eventi successivi alla conclusione del contratto che possono incidere sul programma negoziale. Potendo prevedere l'algoritmo una innumerevole quantità di variabili, le sopravvenienze possono essere neutralizzate, predeterminando gli effetti collegati al loro verificarsi.

Il contratto algoritmico esclude, pertanto, la possibilità dell'inadempimento. L'effettività della sua esecuzione non si basa, infatti, sulla vincolatività legale dell'accordo o sulle sanzioni previste per la parte inadempiente a tutela della corretta esecuzione del contratto, ma riposa direttamente sulla struttura tecnologica su cui lo *smart contract* è inserito, ossia «sul rigore della cornice tecnologica, piuttosto che sullo spontaneo adempimento dell'obbligazione»<sup>134</sup>.

La gestione delle sopravvenienze, d'altro canto, esclude la necessità di ricorrere al giudice, nel caso del loro verificarsi,

---

to (si pensi allo stato di avanzamento lavori in un contratto di appalto o alla verifica delle condizioni meteo in un luogo determinato) e comunicano agli *smart contract* collegati, una volta ottenuto un determinato numero di riscontri positivi, il soddisfacimento delle condizioni rilevanti.

Sullo *smart contract* v., da ultimo, L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *I contratti*, 2018, p. 681 ss., spec. p. 684.

<sup>133</sup> Esistono, da tale punto di vista, algoritmi determinativi, in cui le regole in base alle quali la decisione è assunta sono predeterminate e conosciute dalle parti, e algoritmi di apprendimento, caratterizzati per il fatto che le regole in funzione delle quali il *software* prende le decisioni sono in larga misura sviluppate dalla macchina, sulla base di elaborazioni statistiche dei dati a disposizione, e, quindi, i risultati cui perverrà l'algoritmo non sono a priori pienamente conoscibili dai contraenti. Sulla determinazione dell'oggetto del contratto negli *smart contracts* cfr. G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 441 ss., secondo la quale, in conclusione, «non pare che, nel caso in cui il contratto sia uno *smart contract* sia richiesto al giurista di superare le categorie consolidate né di inventarne di nuove. Occorre certo comprendere appieno il fenomeno, sotto il profilo non soltanto tecnologico ma anche sociologico, provocando esso nuovi comportamenti sociali, ma non occorre cercare nuove regole».

<sup>134</sup> P. CUCCURRU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 112.

attivando i tradizionali rimedi ablativi o manutentivi del contratto.

Più in generale lo *smart contract* esclude qualsiasi attività ermeneutica: il contratto si auto-esegue e l'esecuzione, certa, dipende esclusivamente dal verificarsi degli eventi predeterminati dall'algoritmo.

Pare dunque che, in assoluta controtendenza rispetto all'ordinamento, attraverso la tecnologia si possa recuperare quella certezza e calcolabilità nella gestione dei rapporti, pretesa dal mercato, che il diritto non riesce più ad assicurare sufficientemente, marginalizzando il ruolo del giudice: l'adempimento del contratto è certo, l'interpretazione del testo non è più richiesta.

In verità non può negarsi un controllo del giudice a valle. Lo *smart contract* potrebbe essere illecito, ove la causa o l'oggetto fossero contrari a buon costume, ordine pubblico o norme imperative. Potrebbe essere nullo, se, ad esempio, abbia ad oggetto beni *extra commercium*, e vi è spazio anche per la sua annullabilità per incapacità o vizi del consenso<sup>135</sup>, potendosi scegliere un contratto algoritmico in base ad una volontà viziata. E questo controllo del giudice, a nostro avviso, nell'attuale stadio evolutivo dell'ordinamento, non può che riguardare anche la 'giustizia' del contratto.

Ciò significa, in altri termini, che l'algoritmo dovrà essere congegnato in maniera tale da garantire l'equità delle reciproche prestazioni, nel rispetto del canone di buona fede oggettiva e del principio di solidarietà.

---

<sup>135</sup> In senso contrario, cfr. P. SIRENA, *Le questioni degli smart contract con riguardo alla struttura e alla patologia del contratto*, relazione inedita al Convegno *Il robot tra diritto e processo*, tenutosi a Roma, presso la Corte di cassazione, il 21 febbraio 2019, sul presupposto che le parti dello *smart contract* entrano nel sistema come chiavi crittografate e non come esseri umani. Cfr. anche L. PAROLA, P. MERATI, G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, cit., p. 686, i quali paventano «il rischio che il codice non contenga una corretta trasposizione della volontà della parte contraente e vi siano discrepanze tra l'accordo contrattuale e la traduzione nell'algoritmo».

**ARNALDO MORACE PINELLI, Il rapporto tra diritto e giustizia nell'ordinamento italiano, anche alla luce del pensiero di Villey, Cotta ed Hervada**

Muovendo dal pensiero di Villey, Cotta ed Hervada, l'Autore indaga il rapporto tra diritto e giustizia nell'ordinamento giuridico italiano, riscontrando in esso una gerarchia precisa. Al vertice si collocano i principi di tutela della persona, riconosciuti e garantiti dalla Costituzione, attraverso il filtro dell'ulteriore valore della solidarietà, riconducibili ad una sfera morale superiore alle leggi. Giusto è allora ciò che a ciascuno spetta come diritto inviolabile, cioè come diritto che la legge positiva non può violare e all'interprete – come bene hanno intuito Villey, Cotta ed Hervada – spetta il fondamentale compito di orientare verso giustizia la formazione del diritto 'effettivo', nella consapevolezza che il diritto costituisce uno strumento per la costruzione di una società giusta.

**Parole chiave:** diritto, giustizia, diritti inviolabili, Costituzione italiana.

**ARNALDO MORACE PINELLI, The relationship between law and justice in the Italian legal system, also in the light of the thought of Villey, Cotta and Hervada**

Moving from the thought of Villey, Cotta and Hervada, the author investigates the relationship between law and justice in the Italian legal order, finding in it a precise hierarchy. The principles safeguarding the human person are placed at the top of it, recognized and guaranteed by the Constitution through the filter of the further value of solidarity and traceable back to a moral sphere that transcends the laws. Therefore, what is due to everyone as an inviolable right – which means a right that positive law can't infringe – can be defined as 'just': in that sense, as Villey, Cotta and Hervada finely noticed, the interpreters have the task of directing the development of the 'effective' legislation towards justice, in the awareness that law represents an instrument for building a just society.

**Key words:** law, justice, inviolable rights, Italian Constitution.

# ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868  
*Pubblicazione trimestrale*

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: [info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it).

**Recensioni e segnalazioni bibliografiche:** gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.