

La specificità del diritto nel pensiero di Villey, Cotta ed Hervada. Rilevanza per la scienza giuridica

Arnaldo Morace Pinelli

Università di Roma “Tor Vergata”
amoracepinelli@gmail.com

DOI: [10.17421/2498-9746-05-36](https://doi.org/10.17421/2498-9746-05-36)

Sommario

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: Hervada, Cotta, Villey, scienza giuridica

Abstract

From the perspective of Villey's, Cotta's and Hervada's thought, the author analyzes the relation between right and justice in Italian juridical order, finding within that order a precise hierarchy. On the top of this hierarchy he finds the principles of legal protection of the person, recognized and guaranteed by the Constitution, through the filter of subsequent values, such as solidarity — themselves, in turn, leading to a moral domain superior to the legal one. The just is still that which is due to each person as an inviolable right, i.e., as a right that the positive law cannot violate, while the fundamental task of the interpreter — as rightfully intuited by Villey, Cotta and Hervada — is to order the formation of the effective law toward justice, aware that the law constitutes an instrument for the construction of a just society.

Keywords: Hervada, Cotta, Villey, juridical science

INDICE

| | | |
|---|--|-----|
| 1 | Diritto e giustizia nel pensiero di Villey, Cotta ed Hervada | 656 |
| 2 | Il positivismo normativo in Italia | 658 |
| 3 | Dalla fattispecie ai valori: la giurisdizionalizzazione del diritto | 659 |
| 4 | Diritto e giustizia, alla luce della Costituzione | 662 |
| 5 | La giustizia contrattuale | 663 |
| 6 | <i>Segue</i> : la causa c.d. in concreto ed il rilievo riconosciuto alla categoria dell'operazione economica unitaria | 666 |
| 7 | Etica e diritto nel Codice civile e nella legge fallimentare | 667 |
| 8 | <i>Smart contract</i> e giustizia contrattuale | 669 |
| | Note | 670 |

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»¹.

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 realtà².

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'uomo³. Aristotele proclamava la prevalenza del diritto naturale sulle leggi dello Stato e riteneva che la legge ingiusta non fosse vincolante per i cittadini⁴, principi questi incarnati nel mito di Antigone⁵.

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, distinguendola 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 comune⁶. 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'invalidabile limite di quello positivo⁷.

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 umano⁸.

Stringente è, dunque, in questi tre illustri giuristi, la critica al volontarismo giuridico, che impregna il pensiero moderno, inficiato da un intimo “*paradosso*”⁹: nell'intento di conferire al diritto autonomia dalla natura, in realtà lo rende estraneo all'uomo e privo di qualità morale¹⁰. 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 diritto¹¹. Ciò che è in accordo con la natura 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 contrario¹². 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»¹³. 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 terzi¹⁴. La giustizia distributiva si realizza dando a ciascuno il bene che gli è attribuito, e ciò realizza il sistema naturale armonico, giusto in quanto conforme a natura¹⁵. L'oggetto della giustizia, ossia l'oggetto della dazione dell'atto giusto, sono le cose giuste, dovute a ciascuno in virtù di un titolo legittimante¹⁶.

Ciò rivela come il diritto si rivolga al caso concreto: la giustizia riguarda il caso singolo¹⁷, 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»¹⁸, secondo equità, ossia considerando ciò che risulta ragionevole in un dato momento, con riferimento al caso concreto¹⁹. In effetti la legge, per sua natura, richiede di essere interpretata tenendo conto dell'evoluzione della realtà sociale, affinché vi sia sintonia tra la prima e la seconda²⁰.

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 vita²¹. E ciò facendo riferimento ai valori, ai principi generali dell'ordinamento, ai diritti umani fondamentali, alle clausole generali²².

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 diritto 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 giurista²³.

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 fascista²⁴, trovando anche una legittimazione filosofica nel volumetto di López de Oñate sulla certezza del diritto²⁵, pubblicato nel momento della codificazione²⁶.

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'impresa²⁷ e tra gli eventi futuri, di cui deve tenere conto nell'esercizio della sua 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»²⁸.

Il capitalismo ha bisogno di un diritto che si possa calcolare in modo simile a una macchina²⁹, 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»³⁰. 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»³¹.

Il positivismo normativo postula dunque la calcolabilità delle leggi e la prevedibilità delle sentenze che saranno pronunciate in loro meccanica applicazione³². Lo strumento giuridico 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 prevedibile³³. In que-

sta prospettiva, l'interpretazione della legge «postula una indipendenza assoluta della norma dal caso concreto»³⁴ e si riduce pure essa a fattispecie, disciplinata da apposite norme (art. 12 prel. e 1362 e 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»³⁵.

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»³⁶. Un diritto, dunque, senza valori, ridotto a mera forma: una procedura prevedibile, che offre sicurezza ai traffici economici.

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 pubblico³⁷, costituendo la ragione l'anima stessa del diritto³⁸. 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»³⁹. Chiosava un altro illustre giurista che il diritto civile «non è più nulla per sé, non ha per sé nessuna legge, nessun contenuto, nessuna verità»⁴⁰.

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 sociale⁴¹. In entrambi i casi, «rompendo ogni prevedibilità legata alla formale struttura di

un testo»⁴² e realizzando la nuova esigenza di ancorare il diritto a fondamentali principi etici, ritenuti gli effettivi parametri di valutazione dell'agire umano⁴³.

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»⁴⁴. 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 costituzionali⁴⁵. 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»⁴⁶.

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 fattispecie⁴⁷, che dettano principi, anziché regole⁴⁸, determinando «uno spostamento dal criterio di valutazione della prescrittività legale al valore degli interessi»⁴⁹. Ciò pone le premesse per quello che è stato suggestivamente definito il ritorno al diritto⁵⁰, «nel senso di un superamento del formalistico principio di legalità per l'affermazione di un diritto conformato a giustizia»⁵¹. 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»⁵² e, per certi versi, è stato correttamente definito un principio di giustizia⁵³.

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»⁵⁴.

Al passaggio dalla fattispecie ai valori corrisponde uno spostamento dalla legge al giudizio. La giurisprudenza diventa uno dei formanti del diritto⁵⁵, che è “vivente”, essendo l'interpretazione 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 giurisprudenza⁵⁶. 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 epoca⁵⁷ — comporta il radicale rifiuto del positivismo, passandosi da uno *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 norma⁵⁸. 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 ricomposizione⁵⁹.

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»⁶⁰. 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»⁶¹.

In questa salita dalla legge ordinaria alle norme costituzionali, e dunque dalla fattispecie ai valori, è stato, tuttavia, paventato 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 luogo⁶². 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»⁶³.

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 eclatante forzatura ermeneutica ha ammesso la c.d. *stepchild adoption*⁶⁴, o al *revirement* del 2017 in materia di assegno divorzile⁶⁵), è altrettanto vero che i valori non sono capricciosi ma trovano fondamento nella Costituzione e il giudice, in caso di 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»⁶⁶. 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)⁶⁷, anche in coerenza con i principi fondamentali espressi dalla Costituzione ed il mutamento dei valori sociali nel tempo (interpretazione evolutiva)⁶⁸, e, dall'altro, la valutazione sistematica di tale interesse con gli altri in conflitto]⁶⁹, l'interpretazione della giurisprudenza non possiede un'autorità legislativa⁷⁰ e, soprattutto, non può correggere o sostituire la *voluntas legis*, dovendosi arrestare di fronte al limite di tolleranza ed elasticità segnato dal signi-

ficante 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»⁷¹.

A ben vedere, il diritto vivente 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»⁷².

Non ci pare, in conclusione, che l'ordinamento, sganciandosi dalla logica della fattispecie, abbia abdicato al valore della certezza del diritto⁷³. È, comunque, attualissimo, da questo 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»⁷⁴.

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»⁷⁵ 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 è retto da regole di convivenza che si esprimono in principi giuridici sovraordinati anche alle leggi e dunque, secondo la felice intuizione della Costituzione tedesca, che «siamo sottomessi alle leggi e al diritto»⁷⁶. 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»⁷⁷. La tutela della persona umana, che si esprime, appunto, nel rispetto della dignità dell'uomo e nella soddisfazione della sua esigenza di solida-

rietà, è prioritaria, «costituendo il valore ultimo, al quale tutti i rapporti sociali sono ordinati»⁷⁸.

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 sociale⁷⁹. I valori essenziali della persona sono stati collocati al di sopra delle leggi e ne condizionano la validità, 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»⁸⁰. 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. In tale 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 conflitto⁸¹, nella consapevolezza che il diritto costituisce «uno strumento per la costruzione di una società giusta»⁸².

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 impensabili, 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 contratto⁸³. Ciò coerentemente ad un’analisi economica del diritto, che riduce la giustizia al concetto di efficienza economica⁸⁴, sul presupposto che il contratto debba essere uno strumento del mercato, anziché il riflesso di equilibri giuridici⁸⁵. Vero è però che il mercato, se non regolamentato⁸⁶, 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»⁸⁷. 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»⁸⁸.

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 aggiornare 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 predispone 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»⁸⁹. 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 contrattuale⁹⁰.

Siffatti meccanismi di tutela sono stati successivamente estesi anche al c.d. "terzo" contratto, intercorrente tra imprenditori in asimmetria di potere. L'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 198, sanziona infatti l'abuso di dipendenza nei confronti di un'impresa cliente o fornitore⁹¹. Peraltro, il controllo della giustizia 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 contratto⁹².

Un primo arresto significativo è costituito da una pronuncia della Corte di cassazione del 1999, in tema di riducibilità della clausola penale⁹³. 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, confluenso 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 solidarietà, «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 pattizia non può ritenersi svincolata dal dovere di correttezza».

Tali principi sono stati ribaditi da una successiva pronuncia del 2009⁹⁴, 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 «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 diritto⁹⁵ che, «lungi dal presupporre una violazione in senso formale, 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»⁹⁶.

In conclusione, secondo questa impostazione attualmente diffusa in giurisprudenza, nonostante la contrarietà della prevalente dottrina, 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 giustizia del contratto»⁹⁷, attribuendo al giudice il potere di operare «una integrazione concreta del regolamento contrattuale», affinché il contratto non costituisca

strumento di sopraffazione⁹⁸.

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 causa e tipo contrattuale⁹⁹. 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»¹⁰⁰. 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'accordo¹⁰¹. 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 contratto¹⁰².

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 schema negoziale «risulta inadeguato ad esprimere, nei suoi molteplici profili, la unità funzionale dell'operazione»¹⁰³. 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»¹⁰⁴.

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»¹⁰⁵.

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 immediata risposta nel segno di valori»¹⁰⁶. 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, 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 sistematica¹⁰⁷. Gli atti che perseguono le finalità indicate dalla norma non sono assoggettabili alla revocatoria fallimentare (¹⁰⁸) e — secondo l'opinione preferibile — a quella ordinaria¹⁰⁹, non sono impugnabili ai sensi dell'art. 2929 *bis* c.c.¹¹⁰, sono esenti da riduzione, collazione e revoca per sopravvenienza di figli¹¹¹. Inoltre la finalità etica consente la costituzione del vincolo di destinazione contemplato dall'art. 2645 *ter* c.c.¹¹², ossia di un patrimonio separato in deroga al principio dell'illimitata responsabilità del debitore (art. 2740 c.c.) e al principio della «libera circolazione dei beni» e del «libero sfruttamento delle risorse economiche»¹¹³.

Tra i doveri morali cui fa riferimento l'art. 64 l.f. rientrano, innanzitutto, le obbligazioni naturali¹¹⁴ ed, in particolare, i doveri di assistenza e solidarietà giuridicamente non coercibili ma eticamente rilevanti¹¹⁵, quali, ad esempio, il mantenimento del convivente di fatto, durante il rapporto¹¹⁶ o alla sua cessazione¹¹⁷, i doveri di assistenza familiare, giuridicamente non sanzionati¹¹⁸, 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 vicinanza¹¹⁹.

Tra gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale si ricomprendono anche le donazioni remuneratorie ed altre speciali liberalità¹²⁰. Ci pare, peraltro, che l'art. 64 l.f. abbia una portata più ampia¹²¹. Alla base dell'inesecuzione *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»¹²².

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 familiare¹²³.

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»¹²⁴. 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 familiare¹²⁵.

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 naturale¹²⁶, trattandosi di atti dovuti correlati ad un dovere giuridico di fonte legale¹²⁷, 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 morali¹²⁸ 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.¹²⁹. Nella prospettiva teleologica indicata, la *ratio* dell'esclusione dalla revocatoria deve rinvenirsi nel particolare fine morale che l'atto persegue, certamente riscontrabile negli atti compiuti in adempimento dei doveri 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 configgenti e che — come bene hanno intuito Villey, Cotta ed Hervada — sussiste un intimo legame tra etica e diritto¹³⁰.

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 traspone 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 prestazione¹³¹. A tale fine esso è in grado di integrare l'oggetto del contratto, determinando talune condizioni dell'accordo (ad esempio selezionando il prezzo di una certa prestazione)¹³², 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»¹³³.

La gestione delle sopravvenienze, d'altro canto, esclude la necessità di ricorrere al giudice, nel caso del loro verificarsi, 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 consenso¹³⁴, 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, perlomeno nel caso in cui parte dello *smart contract* sia un soggetto debole, tutelato dalla legge, con la conseguenza che l'algoritmo dovrà essere congegnato in maniera tale da garantire l'equità delle reciproche prestazioni.

NOTE

1. Secondo J. Hervada, *Cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, Subsidia Canonica, Edusc, Roma 2013, 31 e 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. 96. 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*, Edusc, Roma 2013, p. 29 e 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. 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.
2. J. Hervada, *Cos'è il diritto*, cit., p. 105. Cfr., sul punto, le lucide osservazioni di E. Baura, *Parte generale*, cit., p. 143 e ss.
 3. Cfr., in tal senso, C.M. Bianca, *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Milano 1978, p. 16 e ss.
 4. 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 saggiatore 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*, San Paolo, 2004, p. 37 ss.
5. 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 e ss. e 441 e 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 uno uomo arrogante, attirarmi il castigo degli dei».
- Sulle leggi non scritte Sofocle ritorna nell'*Edipo Re*, 863 e ss.: Coro: «Mi sia dato serbare reverente purezza, di atti e di parole, secondo le leggi che vigono eccelse, nell'alto cielo generate. L'Olimpo soltanto ne è padre: non le produsse prole d'uomini effimeri, né mai oblio le assopirà. Vive in esse un Dio possente, che non invecchia».
6. *Somma Teologica*, II, q. 90 e 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 «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 (pag. 425): «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».

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

7. Così C.J. Errázuriz M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa*, cit., p. 98 e s.
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.
8. Sulla complessa tematica della natura dei diritti fondamentali v. ancora S. Cotta, *Il diritto come sistema di valori*, cit., 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 e L. Passerini Glazel, Quodlibet, 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).
9. Così F. D'Agostino, *Michel Villey: Cristianesimo e diritto*, in «Revista Europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas», 7 (2014), e in www.eumed.net/revrehipip/07/villey-cristianesimo/html, cit., p. 65 ss. spec. 69.
10. 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 costringitiva, 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.
11. 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.
Per S. Cotta, *Il diritto come sistema di valori*, cit., p. 34 e 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 ri-

- chiesta dalla «ragione della cosa», come diceva Hegel, o meglio dalle strutture stesse dell'esser-uomo».
12. J. Hervada, *Cos'è il diritto?* cit., p. 30.
 13. 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 teologici 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».
 14. Si veda J. Hervada, *Cos'è il diritto?* cit., p. 28 ss., secondo cui (p. 95): «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)». Cfr. pure E. Baura, *Parte generale*, cit., p. 29 e ss.
 15. Secondo J. Hervada, *Le radici sacramentali del diritto canonico*, cit., p. 633 e 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».
 16. J. Hervada, *Le radici sacramentali del diritto canonico*, cit., spec. p. 634 e s.
 17. 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», e (p. 75) «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».
- 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».
18. J. Hervada, *Cos'è il diritto?* cit., p. 83.
 19. Aristotele, nell'Etica nicomachea (V, 1137/B), distingue 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 legisla-

- tore 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».
20. J. Hervada, *Cos'è il diritto*, cit., 80, ritiene tale operazione essenziale anche al fine di garantire la stabilità delle leggi «segno di saggezza dei legislatori e dei popoli».
 21. 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 Sen, *L'idea di giustizia*, trad. it. di *The idea of Justice*, a cura di L. Vanni, Milano 2010, p. 66 ss.
 22. J. Hervada, *Cos'è il diritto?* cit., p. 109.
 23. Per una sintetica esposizione di tale teoria, cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, I, cit., 21 e ss.
 24. N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano 2017, p. 157.
 25. F. López De Oñate, *La certezza del diritto*, Roma 1942, ristampa postuma a cura di G. Astuti, Roma 1950.
 26. 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».
 27. Osserva N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in «Riv. dir. civ.», I (2015), p. 100 e 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 venti 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.
 28. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., § 1.
 29. M. Weber, *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, 1919-1922, trad. it., Donzelli, 1993, p. 298, citato da N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., nota 20.
 30. 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».
 31. F. López De Oñate, *La certezza del diritto*, cit., p. 77-78. L'Autore sottolinea poi che: «è vero che il carattere della certezza che la norma reca con sé ... implica una limi-

- tazione: 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 pretende nel futuro» (p. 79-80); «La certezza del diritto si traduce in certezza dell'azione ed in possibilità dell'azione» (80); «La legge incerta tradisce la sua missione di legge» (p. 81).
32. La prevedibilità delle decisioni è ritenuta un valore condiviso. Cfr., da ultimo, Cass., S.U., 3 maggio 2019, n. 11747.
 33. Osserva L. Mengoni, *Diritto vivente*, in «Dig. civ.», Torino 1990, p. 445 e ss., § 3, che, secondo il positivismo normativo, che postula il monopolio legislativo della produzione del diritto, «la legge è univoca e completa, include in se 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».
 34. L. Mengoni, *Diritto vivente*, cit., § 3.
 35. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., § 11.
 36. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., § 12.
 37. F. Vassalli, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, II, Milano 1951, 482 e 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*"».
 38. Osserva F. Vassalli, *Estrastatualità del diritto civile*, cit., p. 483, che «la ragione rimane a signoreggiare l'edificio della vita civile».
 39. Così R. Nicolò, *In memoria di Filippo Vassalli*, in *Raccolta di scritti*, II, Milano 1980, 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».
 40. G. Capograssi, *Il diritto dopo la catastrofe*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova 1950, p. 15.
 41. Osserva N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 173 e 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 storica-

mente 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, pp. 716-722.

42. 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, 1934, Torino 1993, p. 62 e 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 normazione 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, AA.VV., *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.», 2 (2013), 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.

43. N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., 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».
44. N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 164.
45. 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».
46. 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».
47. 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.», 35 (2019), nota 37: «Senonché, 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».
48. Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, p. 147 e ss.
49. N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 167 e ss.; P. Grosso, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in «Giust. civ.», (2014), p. 921 ss. spec. 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 realtà «il simbolo incarnato della certezza del diritto intesa in senso formale» tanto che non si avvertì 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».
50. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015, passim, spec. p. 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*, XXXVII, 2006, p. 361 ss.
51. N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 168.

52. N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 169. Conf. P. Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, cit., 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».
53. 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».
54. F. Viola, *Interpretazione giuridica, diritti umani, e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion partica*, 2010, p. 190.
55. G. Meruzzi, *L'exceptio doli: dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 105, si riferisce alla giurisprudenza quale «fonte di fatto» del diritto. Conf. M. 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».
56. 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 e 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».
57. Su cui, cfr. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 2009; N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 177 e 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 codice e soprattutto di fare propri i risultati cui il giudice è pervenuto», risolvendosi così in una «codificazione del diritto giurisprudenziale».
58. N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 182 e 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.

59. 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».
60. N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 187.
61. M. Barcellona, *Diritto e nichilismo: a proposito del pensiero giuridico postmoderno*, in «Riv. critica dir. priv.», (2005), p. 231 e s.
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 giudiziale 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».
62. 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» (op. cit., § 13).
63. C. Castronovo, *Diritto privato e realtà sociale*, cit., p. 764 e ss.

- Anche M. Barcellona, *Interpretazione e legittimazione del diritto*, in «Europa e dir. priv.», (1999), p. 1097 ss., spec. 1101, avverte i pericoli insiti in una 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».
64. Cass., 22 giugno 2016 n. 12962, in «Foro it.», 1 (2016), c. 2342. Conf. 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 e ss.
65. Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in «Foro it.», 1 (2017), c. 1859, e in «Arch. giur. Serafini», 1 (2018), 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.», 1 (2018), c. 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 3615, con nota di A. Morace Pinelli, *L'assegno divorzile dopo l'intervento delle sezioni unite*.
66. 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.
67. Osserva C.M. Bianca, *Diritto civile*, 1, cit., p. 101 e 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».
68. C. M. Bianca, *Diritto civile*, 1, cit., p. 103 e ss.
Sull'interpretazione evolutiva, cfr. da ultimo Cass., S.U., ord., 6 novembre 2014, n. 23675.
69. 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"». Conf. Cass., S.U., 23 dicembre 2014, n. 27341.
In dottrina, cfr. L. Mengoni, *Diritto vivente*, cit., § 5.
70. 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».
71. 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 assumere 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.», 1 (2017), c. 1819, «l'univoco tenore

letterale della norma impugnata preclude un'interpretazione adeguatrice, che deve, pertanto, cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale». Conf. 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».

72. Cass., S.U., 11 luglio 2011, n. 15144.

73. 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 linguistico 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» (op. cit., p. 36 e ss.).

74. C. M. Bianca, *Il diritto tra universalismo e particolarismo: categorie privatistiche e istanze di giustizia*, Napoli, 2012, p. 7

75. C. M. Bianca, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, cit., p. 9.

76. 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.

77. C. M. Bianca, *Il diritto privato e la sfida sociale*, in «Iustitia», (1980), p. 213 e ss.

78. C. M. Bianca, *Il diritto privato e la sfida sociale*, cit., p. 213 e ss.

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

80. C. M. Bianca, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, cit., p. 15.
81. C. M. Bianca, *Il diritto tra universalismo e particolarismo*, cit., p. 17. Secondo l'illustre Maestro (*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».
82. C. M. Bianca, *Il diritto privato e la sfida sociale*, cit., p. 213 e 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 in cui si riesce a dare risposta concreta alle esigenze di libertà e solidarietà della persona».
83. 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» (spec. p. 371).
Cfr., da ultimo, G. D'Amico, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in «Europa e dir. priv.», (2019), p. 30 e 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 all'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)».
84. N. Lipari, *Intorno alla giustizia del contratto*, in *Il diritto civile tra legge e giustizia*, cit.,

- p. 240.
85. N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Napoli Bari 2004.
86. 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, indifferibili esigenze dell'uomo ».
87. N. Lipari, *Intorno alla giustizia del contratto*, cit., p. 246.
88. 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.», 7-8 (2018), 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».
89. G. D'Amico, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 19 e ss.
90. G. D'Amico, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 22 e 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)».
91. Osserva al riguardo N. Lipari, *Intorno alla giustizia del contratto*, cit., p. 251 e 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 rilevate 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 libertà 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».

Conf. M. Baraldi, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, cit., p. 501 ss., che sottolinea la carica dirimpente 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*».

92. 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.*», 1 (2008), c. 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 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.*», 1 (2006), c. 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., 522 ss.; F. Scaglione, *Responsabilità precontrattuale e flessibilità del sistema rimediabile*, in «*Nuova giur. civ. comm.*», 7-8 (2016), p. 1066 ss., spec. 1071 ss.

93. Ci si riferisce a Cass., 24 settembre 1999 n. 10511, in «*Foro it.*», 1 (2000), c. 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. 103, essa 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».
94. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in «Foro it.», 1 (2010), c. 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. Restitivo, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*; tutti nel volume a cura di S. Pagliantini, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino 2010, rispettivamente p. 69 ss.; 99 ss.; e 115 ss.
95. 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 predeterminate; 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».
96. Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 248, in «Foro it.», 1 (2014), c. 382, e Corte cost., 26 marzo 2014, n. 77, in «Foro it.», 1 (2014), c. 2035. Su tali sentenze, cfr., per tutti, G. D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in «I contratti», 10 (2014), p. 927 ss., spec. 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».
97. E. Navarretta, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1268 e ss.
98. 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 e 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 e 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.», 4 (2018), p. 575 ss.

99. 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.

100. C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in «Riv. dir. civ.», (2014), p. 251 e 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 e ss., nonché 364 e 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.

101. G. D'Amico, *Giustizia contrattuale*, cit., 43, nota 70, osserva in senso critico che la valorizzazione della causa in concreto costituisce anche uno strumento di controllo degli squilibri contrattuali.
102. Cfr., in senso critico, N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., § 10.
103. 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.
104. M. Nuzzo, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, cit., p. 574.
105. 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 e 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.», 1 (1996), c. 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 «Nota-

- riato», 1 (2016), 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».
106. N. Irti, *Un diritto calcolabile*, cit., § 10.
107. 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 e ss.; Id., *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, Milano 2003, p. 262 e ss.; Id., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Milano 2007, p. 271 e 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 regime di revoca degli atti posti in essere in adempimento di un dovere morale – al pari di quelli in adempimento di una 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.».
108. 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.», 2 (1964), p. 25; E. Alvino, *Gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale*, in «Dir. fall.», 2 (1964), p. 19 e p. 22; G. De Semo, *Le obbligazioni naturali in relazione all'art. 64 della legge fallimentare*, in «Dir. fall.», 1 (1959), p. 106, nota 15.
109. 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., 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 e ss.; Id., *Trascrizione di atti di destinazione*, cit., p. 271 e ss.
- In giurisprudenza, cfr. però Cass., 18 settembre 1997, n. 9292, in «Foro it.», 1 (1997), c. 3148, che limita l'applicabilità dell'art. 64 l. fall. alla revocatoria fallimentare; Cass., 20 giugno 2000, n. 8379, in «Giust. civ.», 1 (2000), 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.

110. Cfr. il nostro *Trascrizione di atti di destinazione*, cit., Cap. III, § 10 ed ivi ulteriori riferimenti.
111. Cfr. il nostro, *Trascrizione di atti di destinazione*, cit., Cap. III, § 11 ed ivi ulteriori riferimenti.
112. Cfr. il nostro, *Trascrizione di atti di destinazione*, cit., p. 127 e ss.
113. 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».
114. 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*, 1990, XXI, p. 9; Nivarra, *Obbligazione naturale*, cit., p. 382; G. Ragusa Maggiore, *Costituzione di patrimonio familiare*, cit., 24; E. Alvino, *Gli atti*, cit., p. 18; U. Mori Checucci, *Questioni vecchie e nuove in tema di obbligazioni naturali*, Genova 1950, p. 5 e 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.», 2 (1982), p. 899; Cass. 11 novembre 1977, n. 4869. Nel merito, cfr. Trib. Parma 2 giugno 1982, in «Dir. fall.», 2 (1982), p. 1546.
115. Rileva L. Gatt, *La liberalità*, cit., I, 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».
116. 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.», 1 (1983), p. 1225; Cass. 3 febbraio 1975 n. 389, in «Foro it.», 1 (1975), c. 2301; Id., in «Giur. it.», 1 (1976), p. 1622; Cass. 25 gennaio 1960 n. 68, in «Giust. civ.», 1 (1960), p. 478; Cass. 17 gennaio 1958, n. 84, in «Foro it.», 1 (1959), p. 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. Schlesinger*, Milano 1990, p. 102 e ss.; G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 234 e ss.; A. Torrente, *La donazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 1956, 194 e ss.; G. Iugica, *Trust istituito in esecuzione di un'obbligazione morale*, in «Trusts», (2000), p. 461.
117. Cass. 20 gennaio 1989 n. 285, in «Arch. civ.», (1989), p. 498; Cass. 15 gen. 1969, n. 60, in «Foro it.», 1 (1969), c. 1512; Id., in «Giust. civ.», 1 (1969), p. 605; Id., in «Giur. it.», 1 (1969), p. 1072; Id., in «Riv. dir. comm.», 2 (1969), p. 403, con nota di G. B. Ferri, *Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina*.

118. M. Giorgianni, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano 1951, p. 133 e ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano 1990, p. 778 e ss.
119. Cfr. L. Gatt, *La liberalità*, cit., I, 378, nt. 140; M. Giorgianni, *L'obbligazione*, cit., p. 134 e ss.
120. Cfr. il nostro *Trascrizione di atti di destinazione*, cit., p. 152 ed ivi ulteriori riferimenti.
121. Cfr., sul punto, già il nostro *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, cit., p. 270 e ss.; Id., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, cit., p. 202 e ss.; *Trascrizione di atti di destinazione*, cit., p. 152 e ss.
122. M. Sandulli, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., p. 240.
Conf. A. Morace Pinelli, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, cit., p. 267 e ss. ed ivi ulteriori riferimenti; B. Quatraro-A. Fumagalli, *Revocatoria ordinaria e fallimentare e gli altri mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, I, Milano 2002, p. 241; L. Nivarra, *Obbligazione naturale*, cit., p. 373 e 382.
123. Cfr. A. Morace Pinelli, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, cit., p. 274 e ss.; Id., *Trascrizione di atti di destinazione*, cit., p. 154 e ss.
124. Cass. 29 agosto 1963, n. 2406, cit.
125. In tal senso, cfr. Cass. 16 gennaio 1970, n. 93, in «Riv. not.», 2 (1971), p. 82; Id., in «Riv. dir. comm.», 2 (1970), p. 393; Id., in «Dir. fall.», 2 (1970), p. 766; Id., in «Giur. it.», 1 (1970), p. 1574; Id., in «Foro it.», 1 (1970), c. 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.
126. 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 creditore 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 e ss.
127. A. Morace Pinelli, *Interesse della famiglia e tutela dei creditori*, cit., p. 65 e ss. ed ivi ulteriori riferimenti.
128. 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, 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.», 1 (1983), 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.», 1 (1997), p. 516 e ss.

129. In tale senso, con riferimento al fondo patrimoniale, cfr. M. Sandulli, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, cit., p. 240 e 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».

Cfr. anche A. Brunetti, *Diritto concorsuale. Lezioni*, Padova 1944, p. 110 e 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.

Conf. 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 e 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 (G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, 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 e 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.», 1 (2005), p. 997; Cass. 26 marzo 2003 n. 4457, in «Giust. civ.», 1 (2003), p. 1774.

130. 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 della 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.

131. 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 decentralizzato (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. 684.

132. 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».
133. P. Cuccurru, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in «Nuova giur. civ.», comm., (2017), p. 112.
134. 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».

© 2019 Arnaldo Morace Pinelli & Forum. Supplement to Acta Philosophica



Quest'opera è distribuita con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

[Testo completo della licenza](#)