

Nicolò Lipari

*Una chiave di lettura*

Dobbiamo riconoscere come giuristi che vi è nei nostri correnti modelli culturali una contraddizione di fondo. Da un lato predichiamo di essere ormai usciti dal paradigma dell'esclusiva statualità del diritto, dallo schema di una certezza del diritto misurata nella consolidata struttura degli atti di posizione e plaudiamo agli interventi della Corte costituzionale quando ragiona in chiave di 'diritto vivente' o quando assume a criterio indirizzante di gran parte delle sue decisioni il principio di ragionevolezza; dall'altro continuiamo a ragionare secondo paradigmi di segno sostanzialmente positivista e diamo per scontato che il rinnovamento stia tutto in un mutamento degli enunciati.

A mio sommo avviso il titolo dell'incontro organizzato dall'Istituto Emilio Betti si colloca proprio al centro di questa contraddizione segnalando la necessità di un suo radicale superamento.

Nell'impostazione tradizionale la socialità (variamente modulata) era intesa come un connotato essenziale del diritto, ma essa veniva invocata in termini del tutto generici senza alcun riferimento alle modalità di esercizio di una posizione giuridica soggettiva. Il richiamo competeva ai filosofi piuttosto che ai giuristi nel segno della perentoria affermazione di Pietro Bonfante, che aveva definito la filosofia giuridica «come una fase prescientifica nello studio del diritto». E a lui aveva fatto eco Cammarata affermando che operare al di fuori da ogni dichiarato presupposto filosofico appariva «il criterio più sicuro per conservare intatte le doti essenziali del vero giurista».

Il richiamo ad una funzione sociale senza un genitivo che la specificasse è rimasto a lungo come un generico riferimento al connotato della giuridicità. La stessa tradizionale definizione della causa quale funzione economico-sociale del contratto non ha ampliato l'orizzonte perché il secondo comma dell'art. 1322 cod. civ., a parte la sua praticamente nulla

rilevanza in sede giurisprudenziale, è stato, in chiave concettuale, utilizzato esclusivamente per indicare l'irrelevanza giuridica del contratto futile.

È sintomatico constatare che, in quella sorta di breviario del diritto civile che sono state a lungo considerate le *Dottrine generali* di Santoro-Passarelli, l'espressione 'funzione sociale' non ricorre mai, nemmeno con riferimento alla proprietà, nell'ottica di un'impostazione sistematica che riteneva la struttura del codice non direttamente influenzata dal testo costituzionale.

La realtà è radicalmente cambiata nel quadro di quella che è stata chiamata la costituzionalizzazione del diritto civile. Non intendo qui in alcun modo interferire con le tematiche assegnate ai singoli relatori e segnatamente con il panorama di quadro che ci verrà offerto da Salvatore Patti. Vorrei limitarmi – senza in alcun modo debordare dal ruolo che mi è stato assegnato – a due notazioni soltanto, una sul versante della giurisprudenza, l'altra su quello della dottrina. Chiunque abbia un minimo di esperienza professionale del diritto sa che sono sempre più frequenti i casi in cui i giudici allargano la prospettiva individuando principî socialmente riconosciuti e condivisi e alla rilevanza di questi adeguano l'interpretazione di testi normativi. In sostanza, il giudice, sempre più di frequente, valuta i valori prevalenti nel contesto sociale in relazione ai beni e agli interessi implicati nel conflitto e laddove una tensione permanga la risolve in chiave di bilanciamento, cioè nell'ottica di una socialità diffusa. Persino il contenuto del contratto viene sottoposto ad un'analisi un tempo ritenuta impensabile e il paradigma del contratto giusto non appare più oggi un'eresia. Nella prassi giurisprudenziale si è determinato un capovolgimento del rapporto norme-principî. Ci era stato insegnato che i principî generali del diritto (quelli che l'art. 12 delle preleggi indicava come valvola di chiusura del procedimento interpretativo) si ricavassero, per astrazione o per sintesi, dal sistema delle norme. Oggi i giudici hanno invertito il procedimento: affermano che sono le norme, ancorché non dettate, a ricavarsi dai principî. Primo fra tutti il principio di ragionevolezza, che, nel momento stesso in cui entra come criterio principe nell'istrumentario del giurista, sovverte lo schema nomologico-deduttivo e riconduce la giustificazione del modello giuridico ad un criterio di socialità. In sostanza, il giudizio sulla forza cogente dell'enunciato normativo, lungi dall'essere assunto come un *a priori*, viene fatto dipendere da un criterio elastico, riconducibile ad una sensibilità comune e in qualche modo assimilabile ad un principio di giustizia. Il diritto finisce per riscoprire la sua socialità e si libera dalla genericità delle vecchie formule.

Tutto ciò non accade tuttavia in maniera indolore. La dottrina civilistica sta attraversando, a mio avviso, un momento di forte conflittualità.

Anche qui non intendo interferire con le relazioni che seguiranno. Mi limito a citare due posizioni soltanto, peraltro molto autorevoli. La prima è quella di Antonino Cataudella che, in alcuni scritti recenti, non solo ha criticato il modo con cui la Cassazione ha, negli ultimi anni, utilizzato le clausole generali nell'interpretazione del contratto, ma ha altresì contestato l'inecepibile posizione di chi riconosce nell'apertura a principî di rilevanza sociale la rottura del paradigma della fattispecie. La seconda è la tesi che Carlo Castronovo ha consegnato ad una sua recente monografia, significativamente intitolata all'eclissi del diritto civile, nella quale pesantemente critica la costituzionalizzazione del diritto civile e la sua conseguente giurisdizionalizzazione auspicando il ritorno a rigidi (e a suo avviso più tranquillanti) schemi formali.

In questo contesto l'incontro di oggi mi pare non solo opportuno nella tempistica, ma anche indovinato nel titolo. Come ha detto Massimo Vogliotti, in una monografia che i civilisti non hanno degnato dell'attenzione che meritava, noi siamo ormai oltre la modernità giuridica e dobbiamo imparare a liberarci dalle categorie ordinanti che hanno imperato nel secolo scorso e dentro le quali abbiamo per un certo tempo operato cercando di utilizzarle nel massimo di elasticità che esse consentivano. Oggi siamo ormai al di là del punto di rottura. Siamo passati dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge. La nostra etica non può più essere quella delle forme, ma dei contenuti. Il nostro compito sta proprio nel guardare sempre alla funzione sociale del diritto, assunta tuttavia questa non nella genericità di una formula che in qualche modo parafrasi l'idea di giuridicità, ma nella concretezza di operazioni interpretative tendenzialmente indirizzate ad un risultato di giustizia. È questa la chiave in cui personalmente mi accingo ad ascoltare le relazioni che ci accompagneranno nel corso della giornata.

