

PRESENTAZIONE

Il volume raccoglie alcuni scritti di diritto concorsuale pubblicati nell'ultimo anno accademico, ai quali si aggiunge, a mo' di premessa metodologica, un lavoro sui principi nel diritto commerciale, volto a spiegare, in una prospettiva di Teoria generale, le ragioni e i limiti dell'autonomia dei diversi settori del diritto privato.

In tale ottica anche la trattazione di alcuni classici temi del diritto concorsuale riceve una nuova luce, che fa scorgere i veri motivi delle divergenze tra la disciplina comune e quella dettata, per gli stessi istituti, dalla legge fallimentare. Forse, la differenza più clamorosa può essere colta nei concordati, ove un procedimento, che fa espresso richiamo al consenso dei creditori (e quindi, sembrerebbe, alle tecniche negoziali), per certi versi ne prescinde, con conseguenze che si riflettono sugli effetti del presunto accordo. A guardar meglio, però, ci si accorge che in tutte le procedure prese in esame il diritto delle obbligazioni, apparentemente cristallizzato nelle norme del codice civile, rivive in forme diverse. In questa chiave vengono riesaminate le obbligazioni solidali, la cessione dei crediti e delle azioni, le revocatorie applicate a rapporti di carattere *lato sensu* rotativo (come le aperture di credito in conto corrente). La stessa prospettiva è utilizzata per studiare l'influenza del fattore "tempo" nelle crisi d'impresa, con ovvie ripercussioni nell'impostazione di un eventuale progetto di riforma organica della materia.

Un'*Appendice* chiude il volume, con un doveroso ricordo – a novant'anni della scomparsa – di Gustavo Bonelli, il massimo fallimentarista italiano.

Nel congedare il libro per la stampa non posso fare a meno di rilevare che i saggi in esso contenuti non costituiscono solo il frutto della mia più recente riflessione sui temi "caldi" del Diritto concorsuale, ma rap-

presentano anche un'integrazione e uno svolgimento applicativo delle idee espresse in un'opera di teoria generale (G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione. Il diritto come esperienza comunicativa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2015), alla quale rinvio per un'approfondita trattazione dei problemi di metodo.

* * *

I saggi qui raccolti sono stati pubblicati, o stanno per esserlo, in Riviste e opere collettive:

I principi e il diritto commerciale, in *Riv. it. sc. giur.*, 2015 e in *Riv. dir. comm.*, 2015.

La cessione delle azioni nelle procedure concorsuali, in *Banca e borsa*, 2015.

Concordati senza consenso, in *Riv. dir. comm.*, 2016.

Fideiussori e coobbligati in solido nel fallimento, destinato a *Giur. comm.*

Ancora sulla revoca delle rimesse in conto corrente, in *Banca e borsa*, 2016.

Il fattore "tempo" nelle procedure concorsuali, destinato a *Giur. comm.*

Gustavo Bonelli, destinato a un volume celebrativo edito dalla Banca d'Italia.

Si ringraziano le Direzioni delle Riviste, gli Editori e la Banca d'Italia per aver concesso di ripubblicare separatamente gli scritti.

I

I PRINCIPI E IL DIRITTO COMMERCIALE

SOMMARIO: *Premessa*. – 1. La polisemia del termine “principio”. – *Principi, contesti applicativi, processi ermeneutici*. – 2. I principi tra induzione e deduzione. – 3. Le aporie di entrambi i metodi. – 4. Il ragionamento induttivo e la rilevanza del contesto. – 5. Il diritto come esperienza comunicativa. – 6. Ancora su “naturalismo giuridico” e “giusnaturalismo”. – 7. Il ragionamento teleologico e gli “scenari” immaginati dall’interprete. – 8. Il metodo della ponderazione. – 9. I principi: tra rango della fonte e gerarchia dei valori. – 10. Un primo bilancio. – *L’esperienza commercialistica*. – 11. L’autonomia del diritto commerciale. – 12. I principi e il governo di attività complesse. – 13. Policentrismo normativo, analogia, interpretazione estensiva. – 14. Conflitto tra principi e clausole generali. – *Conclusioni*. – 15. I principi e la certezza del diritto.

Premessa

1. La polisemia del termine “principio”

Francesco Santoro-Passarelli, nell’aprire i lavori del Convegno dell’Accademia Nazionale dei Lincei su “*I principi generali di diritto*” (27-29 maggio 1991), dopo aver portato una fondamentale testimonianza sui motivi che avevano indotto il legislatore del ’42 ad astenersi dal “codificare” questo tipo di norme, si era affrettato ad aggiungere che, in materia, occorre muoversi con grande cautela, perché il termine “principio” ha una pluralità di significati, e ogni singola accezione pone problemi diversi.

Il monito, in realtà, era stato già formulato da Bobbio nell’omonima

voce del *Novissimo digesto italiano* (1966) ed era stato ripetuto da Guastini nella relazione tenuta al XV Convegno della Società italiana di filosofia giuridica e politica (Pisa e Viareggio, 16-18 maggio 1985), ove si trovano inventariati ben sei o sette significati del termine. Forse, però, è ancora più interessante osservare come ogni relatore del convegno linceo, oltre a prendere le mosse dalla predetta polisemia, fornisse nozioni e tassonomie molto diversificate. Così, per restare ai privatisti, Falzea nella relazione introduttiva distingueva tra principi *comuni* (inespressi), principi *fondamentali* (espressi), e principi *transnazionali*, per poi aggiungere i principi *supremi* (ai quali fa riferimento la Costituzione) e gli *standard* valutativi (le clausole generali) richiamati da numerose disposizioni di legge. Sacco osservava come in ogni ambiente i principi, i concetti giuridici, i valori fondamentali, i diritti inviolabili della persona, e via dicendo, assolvano un diverso ruolo e siano dotati di un diverso grado di generalizzazione, con l'aggiunta che ruolo e grado di generalizzazione sono destinati a mutare nel tempo, secondo il tipo di cultura dominante. Gorla segnalava il diverso fondamento dei principi, a seconda che si operi in ordinamenti "chiusi" o "aperti", e richiamava l'attenzione sui "principi di civiltà giuridica", che non potrebbero essere formulati attingendo al patrimonio spirituale di una sola nazione, ma spingendo lo sguardo, sul piano comparatistico, ai diversi mondi culturali racchiusi nel Pianeta. Trabucchi si soffermava sui principi comunitari, che dovrebbero rispondere non solo agli interessi del commercio inter-statale, ma anche ai valori, di più alto rango, espressi dalle popolazioni europee. Oppo, nella relazione dedicata al diritto privato, non proponeva nuove nozioni o nuove tassonomie, ma metteva in luce come i principi, nelle tradizionali partizioni del sistema (soggetti, atti, beni), subiscano limitazioni e giochino ruoli alquanto eterogenei. Mengoni nella relazione metodologica contrapponeva i principi *dogmatici* (o *assiomatici*), che dovrebbero essere applicati secondo lo schema del "tutto o nulla", ai principi *problematici*, che fornirebbero solo argomenti da soppesare in sede applicativa: fermo restando che tale distinzione non erigerebbe un muro invalicabile tra le due predette tipologie, ma potrebbe essere superata, ogni qual volta una serie di itinerari argomentativi si sia consolidata a tal punto, da individuare un nuovo principio dogmatico. Rescigno, infine, nella relazione di sintesi, dopo aver chiarito, con una finissima analisi storica ed esegetica, il significato della formula utilizzata nell'art. 12

delle preleggi, invitava alla prudenza nell'individuare nuovi principi, che poi, all'atto pratico, si sarebbero rivelati strumenti poco maneggevoli in sede applicativa.

Principi, contesti applicativi, processi ermeneutici

2. I principi tra induzione e deduzione

Il lungo elenco – per altro largamente incompleto – di autori e opinioni, stilato qui sopra, ha un duplice scopo: per un verso, mette in evidenza (qualora ve ne fosse bisogno) la difficoltà della materia e la molteplicità delle soluzioni proponibili per ogni singola tipologia di principi; per altro verso, fa capire come mai il problema appaia sempre nuovo.

La cosa ci riguarda da vicino. Nel partecipare a un'iniziativa culturale, che ripropone – come l'odierno seminario – uno dei più classici temi della teoria generale del diritto, viene da chiedersi, infatti, cosa mai ci si possa attendere da un supplemento d'indagine in questo campo. E le perplessità sono destinate ad aumentare, se si considera che i Padri fondatori della “Scienza giuridica italiana” – mi si passi l'espressione un po' roboante – hanno quasi tutti scritto dei volumi, ad uso didattico o scientifico, nei quali esponevano i “Principi” delle loro materie: basti pensare ai *Principi di diritto costituzionale* (e poi di *Diritto amministrativo*) di V.E. Orlando, ai *Principi di diritto processuale civile* di Chiovenna, o ai *Principi di diritto commerciale* di Rocco, e via dicendo.

Di fronte a opere così nitide, da stagliarsi ancora oggi nella memoria collettiva, viene spontaneo interrogarsi su che senso potrebbe avere, adesso (al di fuori di una trattazione specialistica della materia), stilare nuovi elenchi di valori e di regole. Ovviamente, questi elenchi sarebbero diversi da quelli suggeriti dai Maestri or ora ricordati, ma non avrebbero alle loro spalle quelle certezze e quella stabilità del quadro istituzionale, che costituiscono l'indispensabile presupposto per accingersi a un lavoro così impegnativo. In fondo, la pur illuminante relazione del Professor Oppo ai Lincei mostra già i limiti, o forse l'impossibilità, di un

approccio del genere, perché la realtà in cui viviamo è troppo sfrangiata e mutevole, per sperare che un tentativo di sintesi riesca a sopravvivere al fluire del tempo, se contestualmente non desse conto della problematicità delle soluzioni.

A ben guardare, però, proprio le osservazioni che precedono pongono l'esigenza di rivedere l'impostazione complessiva della materia, perché richiamano l'attenzione sul fatto che il problema può essere esaminato da due prospettive diametralmente opposte: nella prima, ci si sforza d'individuare le regole che governano un istituto, attraverso un processo astrattivo, che prende lo spunto da una serie di "casi" per formulare norme di più ampia portata; nella seconda, ci si chiede quali siano gli effetti di talune disposizioni generali (desunte dalla Costituzione, dalle Carte sovranazionali, dai codici, da leggi ordinarie, o da norme non scritte di varia natura) sui singoli settori dell'ordinamento, che potrebbero mostrare differenti gradi di permeabilità ai valori da ottimizzare. Nella prima, ci si avvale di una tecnica *induttiva*, e quindi ci si chiede a quali condizioni si possa correttamente dare corso a un processo di generalizzazione astrattiva; nella seconda, ci si avvale di una tecnica *deduttiva*, che fa emergere le potenzialità del principio, ma, al tempo stesso, ne evidenzia la forza espansiva e la conseguente inevitabilità di conflitti con altri valori di pari rango. Nella prima, si elaborano i principi "di" una determinata materia (il diritto costituzionale, processuale, commerciale, *etc.*); nella seconda, si cerca di chiarire quale sia l'impatto di un principio già noto (perché sancito dalla Costituzione o da altre Carte) "in" ogni specifico comparto dell'esperienza giuridica.

3. Le aporie di entrambi i metodi

A dire il vero, l'accennata duplicità di approcci – che rispecchia la contrapposizione tra il metodo dell'induzione e quello della deduzione – è stata già segnalata, con la solita esemplare chiarezza, da F. Ferrara *Sr.*, in uno scritto che risale alla prima metà del secolo scorso. Nel frattempo, però, si è attenuata la fiducia riposta dall'interprete negli strumenti della logica formale: non perché si contesti l'efficacia del sillogismo nel campo delle scelte pratiche (al riguardo non posso che rinviare agli importanti lavori di Carcaterra); ma perché si è dovuto dare atto che que-

sta tecnica, da sola, non è in grado di fornire soluzioni inoppugnabili. Cerco di spiegare il senso delle mie parole.

3.1. Sono note le perplessità che Kant aveva manifestato in merito al rigore logico del ragionamento *induttivo*: a suo avviso, infatti, la pura e semplice induzione sarebbe “cieca”. La critica, però, doveva avere effetti ancora più dirompenti dopo gli interventi di C.S. Peirce (uno dei fondatori del pragmatismo americano), il quale fece valere la propria autorità di chimico (e cioè di cultore di una delle più prestigiose “scienze esatte”) per sostenere, già alla fine dell'Ottocento, che l'attività di ricerca non può fondarsi sulla sola sperimentazione, se quest'ultima non è sorretta da una teoria, o da un'ipotesi scientifica, dovuta all'intuizione dell'operatore. Peirce amava ripetere che l'aver estratto da un sacco di iuta una serie di fagioli non dà alcuna garanzia che il predetto contenitore sia pieno di legumi della stessa specie. Proprio per questo all'*induzione* si dovrebbe sostituire l'*abduzione*.

Nel nostro caso, per altro, i problemi posti – sul piano dell'affidabilità – dal ragionamento induttivo sono ancora più evidenti, perché, per riprendere l'immagine di Peirce, il giurista non è nemmeno sicuro di avere a che fare con dei “fagioli”: innanzi tutto, non sa se le norme particolari, da cui prende le mosse, siano davvero riconducibili a un'unica *ratio*; e poi non sa se il principio, formulato per via d'astrazione, sarebbe stato accolto dal legislatore nella sua pienezza, o non sarebbe stato sottoposto a una serie di eccezioni e restrizioni. Del resto, sono note le perplessità manifestate da Wittgenstein su che cosa significhi “seguire una regola”: a suo avviso, se talvolta ci sentiamo sicuri dell'esistenza di un principio, è perché siamo condizionati da una serie di credenze, diffuse in un certo ambiente culturale, che inducono a trarre delle *inferenze*, anche là dove *nulla* (!), sul piano della logica, autorizzerebbe a farlo.

3.2. Le perplessità suscitate dal metodo induttivo giustificano la prudenza (o la diffidenza) del giurista nei confronti di generalizzazioni, che spesso gli sembrano arbitrarie e pericolose. Le cose, però, non vanno molto meglio se dal processo *induttivo* si passa a quello *deduttivo*. Già Kant osservava che questo secondo tipo di ragionamento è vuoto. Dobbiamo chiederci, però, se tale caratteristica, nel campo giuridico, non possa avere ricadute positive.

Di primo acchito, si potrebbe pensare, infatti, che proprio il rigore dell'inferenza costituisca la migliore garanzia della neutralità del processo applicativo. A ben guardare, però, il rilievo che il sillogismo non fa altro che portare alle logiche conseguenze il contenuto delle premesse, non basta a rassicurarci in merito alla possibilità di dare ai problemi giuridici soluzioni inequivocabili e certe, perché, se le premesse (quella maggiore costituita dalla norma, e quella minore costituita dal fatto) sono entrambe vaghe e discutibili; se la loro portata può essere definita solo attraverso l'interpretazione, si deve concedere che i risultati sono destinati a mutare, a seconda dei valori attribuiti alle predette incognite. La tecnica sillogistica serve a conferire un maggiore ordine al ragionamento; e serve, soprattutto, a rendere più agevole il controllo sociale sul significato di certe operazioni ermeneutiche suggerite dalla giurisprudenza teorica o pratica (nel senso che consentono d'individuare con maggiore precisione da quali premesse siano state tratte determinate conclusioni, con la conseguenza di rendere possibile il dibattito su entrambe). Resta il fatto, però, che il sillogismo è solo uno strumento, del quale è opportuno avvalersi per dare rigore a una certa tesi, ma che, di per sé, non conferisce una maggiore stabilità alle forme giuridiche.

3.3. Nell'applicazione dei principi, il vero problema, tuttavia, è dato dalla loro forza espansiva, che finisce col creare dei conflitti: sono note le contrapposizioni tra libertà e uguaglianza, tra individualismo e solidarismo, tra l'iniziativa economica (pubblica e privata) e i limiti posti in funzione di altri interessi (soprattutto la tutela della persona o dell'ambiente), e così via. Ovviamente, non voglio sostenere che i predetti valori siano *sempre* antinomici: l'esperienza insegna, infatti, che per alcuni tratti di strada possono essere compatibili, o addirittura complementari. Alla lunga, però, sono destinati a scontrarsi; e l'inconveniente si presenterebbe a ogni piè sospinto, qualora si volesse utilizzare in maniera pervasiva la tecnica di una legislazione imperniata su principi e clausole generali.

L'orientamento teorico, al quale si deve il massimo incoraggiamento a procedere su questa strada (sto parlando del neocostituzionalismo) è consapevole della difficoltà, e suggerisce di superarla con il ricorso a un nuovo metodo di concretizzazione dell'ordinamento: i principi, a differenza delle norme comuni, non dovrebbero essere *applicati*, bensì *ponde-*

rati, mettendo a confronto valori e interessi contrapposti. Davanti a una fattispecie concreta, si dovrebbe decidere a quale istanza di tutela dare la prevalenza.

Com'è facile intendere, sta proprio qui la difficoltà da superare, perché non si riesce a capire in che modo si possano mettere a confronto valori eterogenei. Sui banchi di scuola ci hanno insegnato che non è possibile comparare pere e mele, a meno che non si esamini la questione da uno specifico angolo visuale (il peso, il valore nutrizionale, il prezzo di mercato, e via dicendo), munendosi di un'apposita unità di misura (un *tertium comparationis*). Nel campo del diritto, però, non è agevole immaginare quale potrebbe essere questo *tertium comparationis*, soprattutto se si considera che alcuni valori appaiono, al tempo stesso, inconciliabili e irrinunciabili. In settori di ricerca diversi dal nostro (si pensi alle indagini sul potere d'acquisto delle monete) la statistica ha approntato degli strumenti un po' rozzi, ma indubbiamente ingegnosi, come il *paniere* dei beni scelti per calcolare il costo della vita. Nel campo del diritto, tuttavia, un simile espediente farebbe solo sorridere, giacché non si può pensare a un contenitore in cui riporre un po' di uguaglianza, un pizzico di solidarismo e una spruzzatina di libertà. Al di là delle facili ironie, è chiaro che ci troviamo di fronte a un problema serio.

4. Il ragionamento induttivo e la rilevanza del contesto

In questa materia, dunque, si ripropongono – moltiplicate e portate al parossismo – le stesse difficoltà, con le quali l'interprete si confronta giorno per giorno, quando deve individuare il contenuto precettivo di norme vaghe, di espressioni generiche, di un rinvio a valutazioni sociali o morali. Riconoscere che il problema esiste non significa, tuttavia, affermare che sia insolubile, o che le soluzioni fin qui adottate siano sbagliate. Per rendersene conto, basta considerare in che modo e con quali strumenti la questione è stata affrontata nei vari periodi storici.

4.1. Forse è utile prendere le mosse da Savigny, che costituisce un punto di riferimento obbligato per lo sviluppo della moderna "scienza" giuridica. Secondo l'illustre scrittore, l'elaborazione dei principi (che dovrebbe avvenire partendo dai dati contraddittori e incompleti dell'ordi-

namento positivo) sarebbe da considerare come il compito più alto del giurista, al quale si chiede di ricondurre una serie eterogenea di casi (e di norme settoriali) a un sistema coerente e completo di regole.

In quest'opera di ricostruzione, tuttavia, l'attenzione dello studioso non dovrebbe rivolgersi solo alle norme ricavabili da certi testi (a cominciare dai frammenti raccolti nel *Corpus iuris*, per poi passare alle leggi, ai decreti, alle consuetudini, e via dicendo), ma dovrebbe inquadrare tutto il materiale normativo in una prospettiva più ampia, nella quale emergono delle realtà *organiche* (gli "istituti", quali la famiglia, il matrimonio, il contratto, la proprietà, il possesso, *etc.*), a loro volta vivificate dallo "spirito del popolo". Come si vede, il ragionamento induttivo continuerebbe a essere il fulcro della ricerca: ma non dovrebbe limitarsi a prendere in considerazione solo le norme, e comunque, sarebbe guidato da una percezione intuitiva, che consentirebbe di cogliere la forma di certi organismi viventi (gli "istituti") su uno sfondo costituito dalla coscienza sociale (il "*Volksgeist*").

4.2. L'impostazione si modifica (è ovvio che procedo per "assaggi", senza alcuna pretesa di rigore sistematico) nella seconda metà dell'Ottocento, dove troviamo una scuola di pensiero (mi limito a ricordare Goldschmit e Vivante), che ritiene di poter conseguire l'obbiettivo della coerenza e della completezza dell'ordinamento attraverso il rinvio alla "natura delle cose". Questo orientamento è stato accusato di voler reintrodurre nell'ordinamento una forma di giusnaturalismo. A mio sommo avviso, però, l'accusa è infondata, perché i grandi Maestri, testé ricordati, non solo avevano ben chiara la differenza tra una norma di diritto positivo e una proposta *de iure condendo*, ma, soprattutto, non si sono mai messi alla ricerca di principi astratti, ai quali improntare le scelte ermeneutiche. Il loro insegnamento mirava, al contrario, a valorizzare concrete esperienze di vita; si limitava a pretendere, da parte dell'interprete, una maggiore attenzione per le prassi degli affari, che fornivano informazioni preziose sullo scopo delle norme, sulla vera conformazione degli interessi in giuoco, sulle tecniche più idonee a perseguirli. Si trattava, cioè, di un'iniezione di sano realismo, di un richiamo ai fatti, che corrispondeva allo spirito del tempo (il positivismo filosofico e progressista), senza avere nulla a che vedere con il richiamo alla morale, alla giustizia, o all'equità. Sarebbe un errore confondere questa forma di "natu-

ralismo giuridico” (presente anche in molti esponenti delle Scuole romanistiche dell’epoca) con il “giusnaturalismo”, che è altra cosa.

Quale che sia, però, il giudizio da dare al riguardo, su un punto mi permetto d’insistere: il richiamo alla natura delle cose è un ottimo approccio per dare al processo induttivo la necessaria consistenza, e quindi a legittimarlo, sia pure *ab extra*. L’interprete – quando deve stabilire se certe norme rispondono alla medesima *ratio*, e se sono idonee a supportare un principio di più ampia portata – non viene lasciato in un vuoto pneumatico, ma scorge sullo sfondo un vasto panorama di rapporti sociali, con le loro articolazioni, che lo aiutano a decidere con maggiore cognizione di causa quali regole possono essere generalizzate, e quali debbano avere un raggio d’applicazione limitato.

4.3. Il discorso non è molto diverso, se dal richiamo alla natura delle cose si passa agli orientamenti di pensiero che sono sorti, o si sono consolidati, nei primi decenni del Novecento. Mi riferisco, innanzi tutto, alla “giurisprudenza degli interessi”, alla “giurisprudenza dei valori” e alla “giurisprudenza sociologica”. Anche in questo caso il giurista è chiamato a confrontarsi, non solo con le norme, ma anche con i fatti. Il fondamento d’ogni ragionamento teleologico sta nel cercare di prevedere quale potrebbero essere gli effetti di una determinata interpretazione della norma sui rapporti sociali, che si immaginano strutturati in un certo modo: non per nulla si suole dire che le conclusioni tratte con questo metodo sono “la conseguenza delle conseguenze”, ovviamente solo ipotizzate. Per quanto concerne, poi, la filosofia dei valori (che ha fornito gli strumenti concettuali all’omonimo orientamento della giurisprudenza), non si può dimenticare che essa ha sempre enfatizzato la capacità dell’uomo di *cogliere con lo sguardo* (e cioè in maniera intuitiva) le connessioni tra le predette entità: i valori, pur essendo di natura spirituale, non sarebbero, per questo, meno reali.

Anche in questo caso, dunque, l’interprete viene assistito, nell’extrapolazione dei principi, da un quadro di riferimento, al quale accede (per approssimazioni successive) con metodologie di volta in volta diverse, utilizzando materiali eterogenei, ma capaci di guidare il processo induttivo. Le analogie e l’identità di *ratio* non vengono stabilite in astratto, attraverso la lettura dei soli testi normativi, bensì attraverso il confronto con uno specifico quadro di riferimento fattuale. Forse, non è eccessivo

affermare che l'esigenza teorica, alla quale alludeva Peirce quando proponeva il metodo dell'abduzione, viene soddisfatta dalle correnti di pensiero in esame con vari espedienti, che non garantiscono la *razionalità* delle scelte (intesa come rigore logico), ma fanno ben sperare sulla loro *ragionevolezza*.

5. Il diritto come esperienza comunicativa

Il discorso potrebbe continuare con l'esame della giurisprudenza sociologica, del realismo giuridico, dell'approccio ermeneutico, dell'analisi economica del diritto, del neoistituzionalismo, e via dicendo, ma non è questa la sede per passare in rassegna i predetti indirizzi teorici e i molti altri, che ho omesso di menzionare. Tutto sommato, non si andrebbe molto lontano dal vero, se si affermasse che il formalismo giuridico e interpretativo – sia quello di marca kelseniana, sia quello che si richiama all'analisi del linguaggio – non riscuote un particolare consenso tra i pratici, persino quando si dichiara di volerne adottare, in linea di principio, le premesse metodologiche.

Certo, ogni tanto nella discussione capita di rimproverare all'interlocutore di essersi macchiato di "essenzialismo", di essere caduto in una "fallacia naturalistica", di non aver tenuto conto del "rasoio" di Hume: in molti casi, però, si tratta di stratagemmi retorici, che non vengono portati alle loro logiche conseguenze. In genere, si ammette che non ha senso parlare della "verità" di un enunciato precettivo, e che quest'ultimo ha una direzione d'adattamento opposta rispetto a un enunciato descrittivo (nel senso che nel primo caso è il "mondo" esterno a doversi adattare al precetto, mentre nel secondo caso è la descrizione a doversi adattare al "mondo" reale: J.R. Searle). Detto questo, però, ben pochi si spingerebbero a sostenere che il diritto è composto solo da enunciati precettivi (le norme con il loro *dover essere*), mentre il fatto (*l'essere*) sarebbe irrilevante; e un numero ancora minore d'addetti ai lavori si spingerebbe a sostenere (nonostante gli insegnamenti di Kelsen e di Raz) che le esigenze pratiche non possono essere prese in considerazione dal giurista in quanto tale, e cioè in quanto "puro" conoscitore del sistema normativo (per altro, è opportuno ricordare che Kelsen attribuiva all'Autorità, chiamata a applicare il diritto, un potere discrezionale: non

illimitato – giacché doveva esplicitarsi all'interno d'una cornice costituita dai possibili significati letterali della norma – ma per sua natura condizionato dalle esigenze pratiche, di cui stiamo parlando; con il che il normativismo entra in contraddizione con se stesso e apre la porta al più incontrollato fattualismo).

5.1. Su queste affermazioni non mi sembra necessario insistere, perché il consenso è diffuso, anche se non sempre esplicito. Tuttavia, l'occasione è buona per proporre un discorso di carattere più generale; o, meglio, per lanciare – a mo' di *slogan* – una battuta, che avrebbe bisogno di ben altro approfondimento e sviluppo. Mi riferisco al fatto che ci attardiamo a descrivere il diritto come un *insieme di norme*, e cioè come un complesso di frasi (le "*Rechtssatz*" kelseniane), mentre abbiamo sintomi evidenti per affermare che l'ordinamento non è costituito solo da parole, e che comunque le parole (come tutti gli strumenti linguistici) vengono utilizzate all'interno di un processo *comunicativo*, e cioè come elemento di un'esperienza complessa, nella quale, per specificare il significato dei segni, ci si avvale d'informazioni *extra-testuali*. Il rapporto tra chi emette il precetto e chi lo recepisce non è unidirezionale e binario (nel senso che un soggetto comanda e l'altro si limita a obbedire): è interattivo e ternario, giacché il messaggio fa parte di un flusso di comunicazioni (leggi e decisioni dei giudici), che non può non tenere conto delle reazioni dei destinatari e, comunque, viene filtrato da un contesto (un *tertium quid*), che ne precisa il valore semantico.

5.2. In altri termini, mi sembra incontestabile che, per risolvere un problema giuridico, non bastano la *logica* e la *semantica*, ma occorre fare ricorso alla *pragmatica*, che analizza il fenomeno della comunicazione. Non basta leggere alcuni brani del codice (o di altri documenti precettivi), munendosi di una grammatica e di un buon vocabolario. Occorre fare ricorso a un'enciclopedia (U. Eco), ove tutte le nozioni vengono contestualizzate. Occorre ricostruire lo *scenario*, per il quale la norma era stata pensata, o nel quale deve essere applicata (e da qui la ben nota dialettica tra un'interpretazione storica, o soggettiva, e un'interpretazione sistematica, attualizzante). Solo così la comunicazione tra le parti può giungere a buon fine, fermo restando che spesso la ricostruzione del predetto *scenario* ha bisogno di confronti e di contrattazioni tra gli

interlocutori, in modo da fissare alcuni punti fermi su cui ragionare, dopo aver ottenuto il necessario consenso sulle premesse.

6. Ancora su “naturalismo giuridico” e “giusnaturalismo”

Sostenere che il diritto non è solo un *insieme di norme*, ma – prima ancora – un’*esperienza comunicativa*, può sembrare un’affermazione troppo forte, per consegnarla a queste pagine senza adeguati svolgimenti. Sono il primo a riconoscerlo. Tuttavia, non saprei come fare altrimenti, perché, per un verso, è chiara la connessione tra la rilevanza da me attribuita al *contesto* e la premessa teorica, di cui sopra; mentre, per altro verso, non può essere questa la sede, nella quale affrontare *funditus* un tema così delicato di teoria generale del diritto. Mi limiterò, pertanto, a un paio di battute, volte a prevenire alcune obiezioni, che già sento nell’aria.

La prima potrebbe essere questa: che lo scenario, di cui ho parlato, avrebbe molti punti di contatto con “natura delle cose” di vivantiana memoria e, quindi, s’esporebbe agli stessi rilievi rivolti al fondatore del moderno Diritto commerciale italiano. Come si è detto, l’accusa di crypto-giusnaturalismo rivolta a Vivante è del tutto infondata. Debbo ammettere, però, che il rilievo è risalente, perché è stato formulato da un altro caposcuola della scienza commercialistica italiana, e cioè da Alfredo Rocco. In realtà, il contrasto di vedute tra i due illustri scrittori non può sorprendere più di tanto: Vivante (al pari del suo Maestro, Levin Goldschmit) era il classico esponente di un pensiero cosmopolita, per il quale gli istituti del diritto commerciale dovevano essere in grado di varcare le frontiere e imporsi sul mercato internazionale; Rocco, invece, è il rappresentante di una fase successiva dell’evoluzione (o involuzione) politica e economica del nostro Paese, nella quale le comunità tornarono a chiudersi in se stesse, per esaltare i vincoli d’appartenenza alla nazione, a un ceto sociale, o a una specifica organizzazione produttiva (l’impresa come istituzione). Il primo era ancora animato dagli ideali progressisti (e socialisti) di certa filosofia positivista di fine Ottocento; il secondo diventò uno degli esponenti di punta del regime fascista e della sua ideologia. Non può sorprendere, pertanto, che Rocco individuasse nel richiamo alla natura delle cose un elemento estraneo alla propria formazione culturale e giuridica, al tipo d’ordinamento che – in veste di politico – avrebbe contribuito a costruire.

Se si mette da parte l'ideologia e ci si ferma all'approccio metodologico, si deve riconoscere, però, che il pensiero di Vivante non ha nulla a che vedere con il giusnaturalismo. Del resto, basta confrontarlo con le posizioni di Rawls, di Finnis e forse anche di Dworkin – cito solo alcuni dei più autorevoli scrittori dei nostri giorni, che, in un modo o nell'altro, si rifanno al predetto movimento d'idee – per rendersi conto delle differenze. Vivante non aveva la pretesa d'individuare principi di giustizia accettabili da tutta l'umanità; non si curava di chiarire i nessi tra la giustizia distributiva e quella commutativa o retributiva; non poneva i diritti fondamentali al centro dell'attenzione. La sua opera è intrisa d'empirismo, e utilizza il metodo induttivo per estrarre regole semplici e uniformi da un insieme disordinato di casi, prassi e norme di settore. Le teorie per le quali V. è diventato giustamente famoso in tutta Europa (mi riferisco soprattutto alla concezione unitaria dei titoli di credito) vengono considerate, da Lui stesso, come vere e proprie "scoperte scientifiche", che nulla hanno a che vedere con gli ideali di una giustizia astratta.

Si badi: con questo non voglio sostenere che certe tendenze giusnaturalistiche dell'odierna filosofia del diritto non meritino la massima attenzione anche da parte dei pratici. In fondo, il dibattito sulla "natura della cosa" (al singolare, e dunque dotata di una maggiore carica ontologica) nella letteratura tedesca (Arth. Kauffmann, H. Coing, G. Husserl); la ripresa delle categorie tomistiche e aristoteliche della giustizia commutativa, distributiva e retributiva, da parte d'importanti filoni della cultura francese (Villey); le ricerche sui principi di giustizia e sui diritti dell'uomo, così diffuse negli ambienti giuridici statunitensi (v., da ultimo, M. Nussbaum), sono certamente da annoverare tra i contributi più profondi al pensiero giuridico dei nostri tempi.

Il punto è un altro. Non si tratta di contestare la rilevanza di certi orientamenti giusnaturalistici, che ciclicamente riemergono nel corso della storia. Qui si vuole solo riaffermare che la "natura delle cose", per come la concepiva Vivante, e il "naturalismo giuridico" di molti studiosi della Sua generazione, non hanno nulla a che vedere con il giusnaturalismo, nelle versioni che conosciamo, e neppure – per quanto qui interessa – con i "principi" proposti dal neo-costituzionalismo.

7. Il ragionamento teleologico e gli “scenari” immaginati dall’interprete

A prescindere, però, dall’esatta collocazione del pensiero di Vivante, mi preme segnalare che il concetto di “scenario” utilizzato nelle pagine precedenti coincide solo in parte con la “natura delle cose”, alla quale faceva riferimento l’illustre Maestro. Il termine “scenario”, infatti, evoca un che di artificiale, di costruito: può riferirsi a una rappresentazione teatrale, ove l’azione si svolge su un palcoscenico con uno sfondo e delle quinte; oppure a un panorama, offerto direttamente dalla natura, ma dotato di una particolare suggestione. Nell’un caso come nell’altro si ha a che fare con immagini dotate di una cospicua forza emotiva. Non conta l’esattezza dei contorni, che possono essere semplificati o sfumati: conta l’attitudine a suscitare emozioni; conta la capacità di coinvolgere lo spettatore, anche se i fatti rappresentati non sono veri (purché verosimili), e anche se certi stati d’animo sono solo il frutto di un’illusione.

Mi permetto d’insistere su questo concetto, per contrastare una seconda obiezione, forse più insidiosa della prima. Mi riferisco alle posizioni di Luhman, il quale, com’è noto, osteggiava il ragionamento teleologico, sostenendo che è arbitrario, e che, invece di ridurre la complessità dell’ordinamento, renderebbe ogni scelta più difficile e complessa. L’illustre sociologo faceva osservare, infatti, che l’uomo non è in grado di prevedere come si svilupperanno le serie causali d’effetti, legate a un certo evento; non è in grado di prevedere le conseguenze prodotte dall’introduzione di una norma o da una nuova interpretazione della legge, perché tali conseguenze possono mutare per il concorso di infinite circostanze, che la mente umana non può neppure immaginare. Da qui, l’esigenza di una dogmatica, che restringa, attraverso il ricorso a schemi formali, il numero delle interpretazioni ritenute legittime, in modo da semplificare il compito di chi è chiamato a applicare il precetto: solo così si potrebbe incrementare l’efficienza del sistema.

7.1. Le esigenze di semplificazione, sottolineate da Luhmann, sono indubbiamente reali, e quindi si può comprendere come mai la letteratura più recente (Raz, Irti) abbia rivalutato il formalismo interpretativo. Nel campo del diritto ci si deve accontentare di scelte sub-ottimali (Schauer), perché, in caso contrario, una dissennata ricerca (non dico di giustizia,

ma anche solo) d'equità a tutti i costi rischierebbe di compromettere un bene ancora più importante: la prevedibilità delle decisioni e la conseguente certezza dei rapporti giuridici.

Detto questo, però, non mi pare che il ragionamento teleologico si esponga alle critiche mosse da Luhmann; e non mi pare, soprattutto, che questo strumento possa essere eliminato senza danni dalla cassetta degli attrezzi del giurista. Costui, infatti, quando mette a confronto le conseguenze prodotte da una serie di possibili letture di un testo, ha certamente bisogno d'immaginare un "mondo" ove a certi stimoli (le varie parafrasi del precetto che portano a conseguenze diverse sul piano applicativo) corrispondono determinati effetti. L'interprete, tuttavia, nell'immaginare uno sfondo, non ha la pretesa di pervenire a verità assolute; non presume di conoscere le cose, per come stanno realmente, o d'individuare i nessi di causalità con il rigore delle cosiddette scienze "esatte" (la fisica, la chimica, le altre scienze naturali, ma forse anche l'economia e la sociologia). Il giurista si accontenta della verosimiglianza; si avvale d'immagini semplificate (come accade quando parla di monopolio, di oligopolio o di libera concorrenza; oppure, quando fa riferimento ai sistemi economici fondati sull'agricoltura, sul commercio, l'industria, il terziario avanzato, la finanza, e via dicendo); utilizza stereotipi collaudati dalla tradizione, ma lontani dalla complessità del reale (al riguardo, il pensiero corre all'"*ideal-typus*" di Max Weber, che però aveva una struttura e un campo d'applicazione diversi dal concetto, al quale stiamo facendo riferimento). In altre parole, ci si affida a regole d'esperienza, che non hanno pretese di scientificità, ma vengono accettate perché sostenute da un adeguato consenso.

7.2. Per questo motivo preferisco parlare di "scenari", piuttosto che di "natura delle cose". È la forza semplificatrice dello schema; è il riferimento a *tipologie* di fatti e situazioni, a rendere possibile ogni ragionamento. Certo, nel campo del diritto il problema si complica: non si può fare riferimento alle esperienze vissute in prima persona dalle parti; non si possono prendere in considerazione le impressioni e le credenze individuali; l'interpretazione di una norma non può dipendere da uno stato d'animo. È necessario ricostruire un quadro il più possibile oggettivo dei rapporti, in modo da superare le prospettive dei singoli interlocutori. Per questo motivo lo scenario, di cui sopra si è detto, viene stabiliz-

zato con il ricorso a una serie di tecniche collaudate: innanzi tutto, il ricorso a una tradizione interpretativa, illuminata dalla coscienza storica; in secondo luogo, l'utilizzazione di cospicui patrimoni conoscitivi, che sono il frutto di uno sforzo collettivo d'approfondimento e permettono un confronto intersoggettivo tra le diverse visioni del mondo; infine, una serie di tecniche (la logica formale, i linguaggi assiomatizzati, la dogmatica, la teoria dell'argomentazione, *etc.*), che consentono un controllo diffuso (dei consociati) sui processi interpretativi e decisionali.

Proprio questo sforzo di oggettivizzazione consente di raggiungere una qualche certezza nella soluzione dei problemi. È ovvio, però, che ci troviamo pur sempre di fronte a equilibri provvisori, che contengono un margine non eliminabile di approssimazione. Solo così, del resto, si può sperare che l'apparato giudiziario funzioni, in modo da fornire alle varie aspettative di tutela delle risposte sensate e tempestive. L'interprete è consapevole d'offrire soluzioni grossolane, sub-ottimali, che non tengono conto di tutte le variabili del caso: ma è il prezzo da pagare, per non cadere nel circolo vizioso della ricerca della perfezione. Il giurista non pretende un completo adeguamento della regola a tutte le sfaccettature del fatto. Non aspira a modelli di razionalità assoluta: si accontenta di un certo grado di ragionevolezza.

8. Il metodo della ponderazione

Le considerazioni che precedono possono essere accettate senza troppi sforzi – o almeno così m'illudo – quando si fa ricorso al procedimento *induttivo*, per estrarre da un certo numero di decisioni giurisprudenziali, o da una serie di norme di dettaglio, dei principi di carattere generale. Come si è detto, infatti, l'induzione mostra la corda, se non è accompagnata da un'ipotesi teorica, o da uno scenario applicativo, che renda legittime (o almeno accettabili) certe generalizzazioni. Del resto, la dottrina classica – quella designata come “naturalismo giuridico” – non pretendeva di trarre le proprie conclusioni da un semplice insieme di norme, ma si curava di fornire una descrizione complessiva dell'istituto (considerato come un'unità organica di regole e fatti), prendendo le mosse da informazioni extra-testuali, di carattere storico, economico, sociologico, antropologico, e via dicendo.

8.1. Dobbiamo chiederci, adesso, se la situazione non sia destinata a mutare radicalmente, quando dai principi ricavati col metodo induttivo si passa ai principi enunciati da una legge, o da norme di rango superiore (contenute nella Costituzione o nelle varie Carte dei diritti dell'uomo); e, cioè, quando si ha a che fare con precetti espliciti, che sembrano chiedere solo una rigorosa applicazione da parte dell'interprete, magari con l'aiuto della tecnica sillogistica e del ragionamento *deduttivo*.

A prima vista, si potrebbe pensare che in questo secondo caso non si pongano i problemi esaminati nei paragrafi precedenti, perché vi è un testo bell'e pronto, che reclama obbedienza senza deroghe. Al riguardo, un'autorevole dottrina (Luzzati) ha osservato, infatti, che i precetti espressi in termini generali non sono affatto vaghi, ma descrivono in maniera puntuale il comportamento dovuto, o il valore da perseguire. La loro applicabilità a una *serie aperta* di casi non implica delle zone d'ombra, nelle quali non si sa come decidere: i principi andrebbero rispettati, e basta.

La questione, però, non è così semplice. La difficoltà proviene dal rilievo che i principi sono privi di fattispecie. Tale caratteristica conferisce loro una forza espansiva potenzialmente illimitata, che sembra portarli a non fermarsi davanti a nulla, che non sia un altro principio, contrapposto ed equi-ordinato. Per superare l'ostacolo si è suggerito – come già si è detto – il metodo della ponderazione: ma anche questo rimedio mostra subito la corda, per il semplicissimo motivo che non è possibile comparare valori eterogenei, o addirittura antinomici. Per altro, è illusorio sperare di poter individuare un *tertium comparationis* con cui “pesare” l'astratta rilevanza dei principi. Anche a voler riprendere l'idea di un “paniere dei valori”, non riusciremmo a metterla in pratica, perché ogni individuo si presenterebbe con le proprie scale assiologiche, alle quali non sarebbe disposto a rinunciare: in pratica, non si saprebbe cosa mettere nel predetto contenitore.

8.2. Il discorso, pertanto, deve essere impostato su basi diverse. A mio sommo avviso, i rilievi che precedono dimostrano che il problema si pone in termini sostanzialmente identici, sia quando il principio dev'essere ricavato con il metodo induttivo da una serie di norme più specifiche, sia quando lo si trova esplicitato in un testo di legge, da applicare con l'aiuto di un procedimento deduttivo. In entrambi i casi la difficoltà è la stessa, perché si tratta di stabilire la portata e l'ambito d'ap-

plicazione del precetto. Se si fa ricorso al metodo induttivo, occorre precisare quale, tra le diverse “*ratio*” di una norma di settore, possa essere generalizzata, in modo da ricavarne un principio di più ampia applicazione. Se si ha già il principio, dal quale prendere le mosse, occorre stabilire fin dove ci si può spingere nell’applicarlo. Nell’una come nell’altra ipotesi la questione si pone in termini di ragionevolezza e può essere risolta solo con l’aiuto di patrimoni conoscitivi che permettono di confrontare la singola norma con il contesto (o lo scenario) che le conferisce uno specifico significato.

Naturalmente, non mi sfugge la differenza (segnalata con molto acume e con molta dottrina da C. Luzzati) tra i termini vaghi, i termini generici e i termini generali. Come si è detto, però, nel campo del diritto il problema non è di carattere semantico, bensì di carattere pragmatico, perché si tratta di stabilire quale significato assume il precetto dettato dal legislatore in un determinato contesto comunicativo. Proprio per questo, è del tutto irrilevante (ovviamente con i dovuti distinguo), se si ha a che fare con un’espressione del primo, del secondo, o del terzo tipo. Il problema è di delimitare un’area – all’interno del campo semantico di una parola o di una frase – in funzione degli obiettivi da perseguire. Per intendere lo scopo di chi scrive, o di chi parla (ma anche di chi semplicemente si comporta in una certa maniera), occorre ricostruire lo scenario applicativo.

8.3. Se quanto precede è vero, si deve ammettere che i principi (come aveva felicemente intuito Crisafulli) perdono molte delle loro apparenti specificità. Nell’ordinamento non vi sono norme che debbano essere puramente e semplicemente applicate, e norme il cui contenuto viene lasciato alla discrezionalità di un interprete, anche se si tratta di una Corte d’alto rango: come non vi sono disposizioni perfettamente chiare, e disposizioni da interpretare (sul punto il consenso è ormai unanime), così non vi sono precetti da attuare con metodo assiomatico, e precetti da sottoporre a un’attenta ponderazione. Ovviamente, le questioni si pongono in termini diversi, a seconda della complessità della materia e della rilevanza degli interessi in gioco. In ogni caso, però, ci si trova di fronte all’esigenza di mettere in moto un procedimento ermeneutico, che serve a specificare il contenuto delle norme di settore, non meno di quanto serva a concretizzare i principi di diritto.

Al riguardo, una recente dottrina (Lipari) ha osservato che si tratta di un'opera collettiva, alla quale partecipano non solo gli addetti ai lavori (i giudici, gli avvocati, i notai, i docenti di diritto, *etc.*), ma anche i comuni cittadini, i quali con le loro valutazioni indirizzano l'opinione pubblica e contribuiscono a formare le scale di valori comunemente accettate. È evidente, però, che nel predetto sforzo di concretizzazione delle norme i compiti sono diversi e le responsabilità gradate, perché – mentre il singolo cittadino esprime credenze e bisogni individuali, che devono essere messi a confronto con le credenze e i bisogni degli altri cittadini – il tecnico del diritto è chiamato a esprimere giudizi sulla base di bagagli conoscitivi di maggiori dimensioni, che consentano di passare dall'esame di singole fattispecie alla ricostruzione di un mondo di valori sempre più complesso e articolato. Proprio per questo, le procedure di controllo vengono affinate, in modo da pervenire a risultati condivisibili, anche se non aspirano a verità assolute. Nel frattempo, ci si accontenta di soluzioni provvisorie e parziali, che appaiono tanto più raccomandabili, quanto più sono rispettose del senso comune, e non fondate su assunti controversi.

Emilio Betti aveva certamente ragione, quando segnalava che i principi mostrano un eccesso assiologico e che, pertanto, si confanno più a una morale, critica o positiva, che non a un ordinamento giuridico. Mi sembra di poter osservare, tuttavia, che i principi – quando dall'empirico della morale si calano nel mondo del diritto – diventano inevitabilmente più asciutti, in un certo senso più rozzi, perché debbono fare i conti con le esigenze della pratica e con le altre disposizioni del sistema. Forse è possibile sottoporre un ordinamento a una tensione ideale, o semplicemente razionalizzatrice, per fargli compiere con la dovuta gradualità qualche passo in avanti verso la tutela di certi valori; non è possibile, invece (o sarebbe comunque pericoloso) togliergli d'un colpo quel senso della realtà, che costituisce il fattore principale del suo successo. Proprio per questa vocazione alla concretezza, i principi giuridici non si potranno mai rifare a istanze etiche, nel senso più alto della parola, ma si lasceranno influenzare, semmai, dai costumi e dalle ideologie politiche.

9. I principi: tra rango della fonte e gerarchia dei valori

Come si è visto, l'aver ricondotto il diritto nel campo delle esperienze comunicative comporta una serie di conseguenze anche con riferimento ai principi. La comunicazione, infatti, enfatizza il ruolo dell'interprete, soprattutto quando si superano le dimensioni del colloquio individuale, per raggiungere quel livello di oggettivazione, che è necessario per governare un corpo sociale, più o meno esteso. Non per nulla il termine "ermeneutica" contiene il riferimento a Ermes, il messaggero degli dei: ci vuole un Dio, o almeno un Semidio (Dworkin proponeva la figura di Ercole), per intendere fino in fondo un'esperienza di vita o, ancor più, lo "spirito" di un popolo.

Sul piano metodologico non può sfuggire l'importanza di questi rilievi. Sarebbe un errore, tuttavia, ritenere che i concetti messi a punto nei precedenti paragrafi siano privi di ricadute sul versante applicativo. Sostenere che i principi – nonostante la loro maggiore ampiezza di contenuto – sono pur sempre delle norme, da inquadrare in uno specifico contesto, induce a modificare le tradizionali vedute in merito a una serie di problemi di grande rilevanza pratica.

9.1. Inizierei da una constatazione apparentemente banale. Affermare che il metodo della ponderazione non può fondarsi su un confronto diretto tra norme, o tra principi – perché non esiste un *tertium comparationis*, che consenta di valutare tramite il riferimento a un semplice indice numerico il loro diverso peso – non significa rinunciare a una comparazione tra valori e istanze di tutela.

In fondo, il termine "pensare" contiene già, nella sua radice etimologica, il riferimento al "soppesare" ragioni contrapposte. La "ponderazione", pertanto, lungi dal concernere la sola materia dei principi, deve essere estesa a tutte le norme: l'interpretazione e l'implementazione del precetto non son lussi, che possiamo permetterci solo in presenza di norma ambigue, vaghe, o di rinvio a regole sociali; sono attività che concernono tutti i precetti, per il solo fatto che dobbiamo immaginare – anche inconsciamente – lo scenario applicativo, al quale si riferiscono. Ciò che non si può fare è limitarsi al confronto tra valori, astrattamente presi, come se fossero avulsi dalla realtà. L'argomentazione giuridica chiede d'essere suffragata dal ricorso a patrimoni conoscitivi più ampi, che

consentano d'immaginare gli effetti di una determinata scelta ermeneutica su uno specifico contesto socio-economico. Si tratta di capire, cioè, quali conseguenze possano essere accettate dalla comunità di riferimento (su ciò si basa l'argomento "per assurdo"), e fin dove ci si possa spingere nel generalizzare determinati criteri decisionali.

Il punto non è, quindi, "se" ponderare, bensì "come" ponderare. Ci si deve chiedere, cioè, se è possibile fermarsi al dato testuale, per elaborare delle scale di valori astratte, desunte per intero dal *dover essere* normativo (come pretendeva Kelsen); o non sia necessario confrontarsi con una realtà più ampia, in modo da fornire risposte articolate a una pluralità di istanze, che solo a uno sguardo superficiale possono sembrare simili. Il quesito ha diviso la dottrina del secolo scorso, contrapponendo tendenze formaliste a tendenze sociologiche, istituzionaliste, realiste, *etc.* In questa sede non è possibile nemmeno sfiorare un tema così delicato, ma è evidente a quale indirizzo teorico vadano le mie preferenze.

9.2. I rilievi che precedono si ripercuotono anche sui risultati che è possibile conseguire utilizzando il metodo della ponderazione. Secondo alcuni scrittori, infatti, quando ci si trova dinanzi a un conflitto tra principi, occorrerebbe scegliere quale valore far prevalere nel caso specifico, e quale considerare recessivo, in un gioco a somma zero, che non lascia spazio alla creatività dell'interprete.

Sul piano pratico, però, le cose vanno diversamente. In linea di massima, infatti, si cerca di conciliare i principi contrapposti attraverso uno sforzo dialettico, che non si pone nella prospettiva del "tutto o nulla", ma tende a limare il contenuto precettivo delle norme apparentemente antinomiche, per renderle compatibili. Si perviene, così, alla formulazione di regole sostanzialmente nuove, che salvaguardano gli interessi più rilevanti, senza sacrificare troppo l'una o l'altra istanza di tutela. Per questa via si perviene a una progressiva articolazione del sistema, con indiscutibili vantaggi sul piano applicativo. È evidente, tuttavia, che un simile risultato non potrebbe essere conseguito, se il giurista dovesse fermarsi al tenore letterale della legge, senza spingere lo sguardo sulla materia da regolare: se non si calasse – come gli impone il codice svizzero – nei panni del legislatore.

In quest'arte del distinguere (per implementare il tessuto normativo)

il mondo forense ha raggiunto vertici di raffinatezza ed efficienza: con stili diversi, a seconda dell'ambiente e della tradizione culturale, ove si è chiamati a operare; ma con risultati di tale rilevanza pratica, da essersi imposti, ormai, anche all'attenzione degli studi comparatistici, che non si fermano più al semplice raffronto tra apparati normativi, ma cercano di capire come *veramente* funzionano le cose. Sarebbe un peccato, pertanto, dover rinunciare alla ricchezza prodotta dalle capacità creative dell'interprete, solo per ostentare una fedeltà al testo e una purezza di metodo destinate a eclatanti smentite, non appena dalle parole (il diritto nei libri) si dovesse passare all'esame dei fatti.

9.3. Forse, però, il vero passo in avanti reso possibile da una revisione del metodo della ponderazione è costituito dal rilievo che la portata e l'ambito d'applicazione di un principio non vengono delimitati solo dalla compresenza di altri principi – in ipotesi equi-ordinati e contrapposti – ma possono dipendere dal contesto, che, modificandosi, fa assumere a certi criteri direttivi un significato diverso, o li costringe a restare inoperosi. La miglior riprova di questo stato di cose è offerta dal già ricordato Convegno linceo, ove i maggiori Maestri di diritto dell'epoca hanno dato una rappresentazione puntuale e articolata del ruolo dei principi nei vari settori dell'ordinamento. Nel complesso, però, il problema è stato sottovalutato, forse perché nella fase fondante degli studi giuridici (a partire dai movimenti di pensiero che hanno preparato la grandiosa opera delle codificazioni ottocentesche nelle varie arie culturali dell'Europa) si era imposta una diversa prospettiva. Fino alla prima metà del secolo scorso, infatti, il compito più urgente, da affidare al ceto dei giuristi, sembrava quello di facilitare il passaggio da ordinamenti ordinati su basi casistiche (a partire dalle Pandette e da un materiale normativo caotico e inerte) a un sistema nel quale la coerenza e la completezza del diritto dovevano essere garantiti dall'elaborazione di principi sempre più astratti e onnicomprensivi.

La situazione adesso è cambiata, perché siamo letteralmente sommersi da enunciazioni precettive di carattere generale, di vario rango, che rendono problematici i rapporti tra l'insieme dei principi e le discipline di settore. La questione non è di poco conto, giacché, se i predetti principi potessero essere limitati solo da norme espresse equiordinate, molti apparati normativi rischierebbero di essere travolti, in quanto improntati a

valori diversi, fortemente radicati in determinati ambienti. Il quadro, invece, è destinato a mutare, se si rinuncia alla pretesa d'ottimizzare in tutte le possibili direzioni il giudizio assiologico sotteso a un principio, per assumere un atteggiamento più cauto ed elastico, che recepisce l'esigenza di tendere a obiettivi sempre più alti sul piano della civile convivenza e della tutela della persona, ma riconosce le peculiarità delle singole materie, in modo da impedire che le discipline di settore vengano sopraffatte. In altri termini, la prospettiva qui suggerita induce ad ammettere che un principio può trovare limiti inespressi, che non si legano all'esistenza di una disposizione di rango altrettanto elevato e di opposto contenuto, ma dipendono dall'articolazione degli scenari, di cui sopra s'è detto, nonché dal diverso peso assunto dalle costellazioni dei valori nei vari contesti. Una realtà frazionata, come quella in cui viviamo, non tollera una disciplina uniforme, anche se improntata a regole che, in astratto, potrebbero sembrare più razionali e giuste.

9.4. Tutto ciò ha evidenti ripercussioni sulla struttura dell'ordinamento. Il ventesimo secolo è stato caratterizzato dallo sforzo di trovare nel rango delle fonti un elemento sul quale appoggiare la gerarchia dei valori. L'ordinamento piramidale delle norme, che culminava in una Costituzione rigida (a sua volta protetta da un supremo organo di garanzia), serviva a sostituire alle scale assiologiche fondate su controversi criteri di carattere materiale, una diversa gradazione basata su elementi di carattere formale: alla giustizia sostanziale si sostituiva una giustizia procedimentale, legittimata dall'adozione di particolari processi deliberativi e dal conseguimento di specifiche maggioranze.

L'esito dell'operazione, tuttavia, non era scontato, e si può dubitare che sia stato convincente. I valori, infatti, si mostrano refrattari a essere ordinati secondo criteri di pura forma. Per prosperare hanno bisogno di un ambiente adatto e, quando non vengono più sentiti dalla comunità di riferimento, finiscono coll'appassire. Il supporto materiale di una coscienza sociale, che li alimenti, è indispensabile per la loro fioritura. Del resto, anche di recente, uno studioso della sensibilità di Natalino Irti ha dovuto ammettere che – quando si passa da una giurisprudenza fondata su dati meramente testuali, a una giurisprudenza fondata su principi e clausole generali – la gerarchia delle fonti perde gran parte della sua rilevanza, giacché il diverso rango delle norme messe a confronto non può

decidere in merito alla prevalenza dell'una sull'altra: se la forza di un precetto si esaurisce per motivi endogeni, non ha senso chiamarlo a un confronto, che lo vedrebbe irrimediabilmente soccombere. In altri termini, se si parte dall'idea – cara alla giurisprudenza assiologica – che il diritto si modella sulla diversa intensità e dignità delle istanze di tutela, diventa inevitabile che la gerarchia delle fonti venga sostituita dalla gerarchia dei valori da attuare. Se un settore dell'ordinamento è meno sensibile a certe sollecitazioni, finirà coll'asstarsi su modelli, che magari prestano un formale ossequio ai precetti di rango superiore, ma poi li svuotano dall'interno, in sede applicativa.

10. Un primo bilancio

È tempo, ormai, di tirare le fila del discorso, almeno per questa prima parte, ove si è tentato di offrire un'impostazione generale del problema. I risultati conseguiti non sono molto distanti dalle posizioni della dottrina dominante. In fondo, il monito di Bobbio, Santoro Passarelli, Guastini e tanti altri, di tenere conto della varietà di significati che il termine "principio" può assumere nei diversi contesti; l'invito, formulato da P. Rescigno, a essere prudenti quando si formulano o si applicano delle massime volte a esprimere valori universali; lo scrupolo con il quale Sacco ha segnalato le differenze nel ruolo e nel grado di generalizzazione dei principi, a seconda dell'ambiente culturale al quale ci si riferisce; la passione con la quale si è richiamata l'attenzione sul graduale emergere di principi di diritto comunitario, o transnazionale, accanto ai principi espressi dal diritto interno, e così via dicendo, sono tutti indici della rilevanza degli scenari, di cui si è detto, nonché dell'esigenza di controllare la forza espansiva di queste norme prive di fattispecie, per non farle debordare oltre il limite della convenienza.

Forse, però, ai nostri fini è ancora più importante la relazione introduttiva di Falzea al convegno dei Lincei ricordato in premessa, ove si richiamava l'attenzione sull'esistenza di un valore fondamentale, espresso dalla società (un *Grundwert*, volto alla conservazione di un certo modello di vita associata), che impone all'interprete di trovare la regola del caso, anche quando l'ordinamento non contiene una norma espressa al riguardo. A ben guardare, infatti, tale esigenza (che trova puntuale riscon-

tro nell'art. 12 delle preleggi) dimostra come la giuridicità del problema (la cui soluzione risulta necessaria per assicurare l'umana convivenza) sia qualcosa che precede l'esistenza della norma, giacché impone al giurista d'attivarsi, anche quando il sistema non fornisce ancora una regola appropriata. Questa constatazione è la migliore riprova che il diritto, anche se si esprime in norme, nasce dal fatto; e il fatto, com'è in grado di postulare un intervento nomo-poietico, così può benissimo imporre un limite all'ambito d'applicazione dei precetti, compresi quelli di portata tendenzialmente universale.

A prescindere, tuttavia, da questi rilievi preliminari, l'aver messo in evidenza il carattere comunicativo dell'esperienza giuridica e l'aver valorizzato, di conseguenza, il contesto nel quale la comunicazione si svolge, ha una serie di conseguenze, che influenzano non poco la sistemazione del diritto commerciale: *a*) innanzi tutto, tale prospettiva induce a rivalutare il policentrismo normativo e la conseguente autonomia dei singoli settori disciplinari (un tema coltivato dalla tradizione del pensiero liberale e non a caso prediletto da Irti); *b*) in secondo luogo, essa fornisce ulteriori elementi per spiegare i processi d'implementazione del sistema attraverso l'interpretazione estensiva e l'applicazione analogica delle norme; *c*) infine, consente d'affrontare da un nuovo angolo visuale un problema che ancora oggi non ha trovato adeguata soluzione, e cioè quali siano i rapporti tra principi e clausole generali, soprattutto quando si tratta di trovare nelle seconde un limite per contenere la forza espansiva dei primi. A questi temi sono dedicate le pagine seguenti, che ovviamente privilegiano la prospettiva del diritto commerciale.

L'esperienza commercialistica

11. L'autonomia del diritto commerciale

Il problema dell'autonomia del diritto commerciale si è posto con forza a seguito della riunificazione dei codici e della conseguente rinuncia a racchiudere in un separato testo normativo la disciplina delle imprese, delle società e dei rapporti commerciali. Com'è noto, la dottrina

commercialistica in un primo tempo reagì con forza a quella che le sembrava una *capitis deminutio*, e arrivò a chiedere l'abrogazione d'alcune norme di vertice del quinto libro del nuovo codice civile. Col passare del tempo, però, le tensioni si stemperarono e si convenne che il diritto commerciale, pur avendo perduto la propria autonomia sul piano delle fonti, la conservava intatta sul piano scientifico.

A distanza di anni viene da chiedersi, tuttavia, che cosa significhi questa autonomia scientifica (a parte i suoi riflessi sui concorsi a cattedra nelle Università, che sono chiari, ma interessano un numero assai limitato di soggetti), perché si tratta di capire se ci si riferisce solo a una più solida preparazione economica dei docenti, o non s'alluda a qualcosa di diverso. Se si scegliesse il primo corno del dilemma, si dovrebbe ammettere, infatti, che anche questa differenza è caduta, perché una preparazione economica sempre più approfondita è ormai indispensabile per affrontare tutti i problemi del diritto privato patrimoniale (e non solo), come mostra l'interesse con cui è seguita l'analisi economica del diritto, anche con riferimento alla tutela della persona, dei suoi diritti, della famiglia, del matrimonio, e via seguitando.

11.1. Il tema merita, dunque, un riesame. Prima d'accingermi a questo compito, mi sembra di un qualche interesse ricordare come Alf. Rocco, nei suoi *Principii di diritto commerciale* (1928), abbia affermato (occorre riconoscerlo: con notevole spirito premonitore) che l'autonomia di questa branca del diritto non sarebbe venuta meno, neppure se fosse stato abrogato il codice di commercio, con la sua tradizionale impostazione per quanto concerne il rango delle fonti (che vedeva prevalere la consuetudine commerciale sulle disposizioni del diritto civile).

La presa di posizione dell'illustre Maestro dà indubbiamente da pensare: perché mai l'esistenza di un codice separato dovrebbe influire sull'autonomia di una materia? Che differenza può fare la circostanza che un insieme di norme venga racchiuso in un unico volume, anziché restare sparso in una pluralità di documenti normativi? Le disposizioni di legge possono vedere modificati i propri effetti, qualora, anziché essere riunite in un solo testo, vengano collocate in altre sedi? Il declassamento di una fonte normativa, per altro subordinata (nel caso di specie: la consuetudine commerciale), può modificare a tal punto i connotati di un determinato settore dell'ordinamento, da eliminare ogni differenza con gli

altri comparti del diritto? Al postutto, in che cosa consistono i confini, che dovrebbero delimitare una determinata materia?

11.2. Mi sembra evidente che queste domande sono destinate a ricevere risposte diverse, a seconda degli assunti metodologici dai quali si prendono le mosse.

A) In una concezione imperativistica del diritto il fatto d'aver racchiuso in un codice un insieme di norme può portare a considerare le disposizioni, contenute in quel documento, come il frutto di un unico atto di volontà e, quindi, come un insieme di espressioni linguistiche che fanno sistema e che dovrebbero essere interpretate secondo i canoni metodologici volti a scoprire il significato *originario* del testo o, come si diceva un tempo, *l'intenzione dell'autore*. Si aggiunga che molti codici (ma non tutti) sono accompagnati da un'aura che ne rafforza la capacità suggestiva, conferendo un ruolo, che non si limita a disciplinare in maniera più o meno completa una materia (come accade per i "testi unici"), ma si spinge a attribuire ai predetti testi una valenza vagamente *costituzionale*, in quanto conterrebbero lo *statuto* del cittadino e dell'impresa, i *principi* del giusto processo e del contraddittorio, gli archetipi delle condotte penalmente rilevanti, e via dicendo.

B) Le conclusioni cambiano, se si adotta l'angolo visuale del normativismo puro, à la Kelsen. In questa seconda prospettiva si prescinde dalla volontà (in senso psicologico) di chi ha emesso il precetto, per scendere a esaminare le singole disposizioni nella loro portata lessicale: con l'avvertenza che – una volta individuata la cornice dei significati compatibili con il tenore letterale del testo – il compito di specificare ulteriormente il suo contenuto precettivo dovrebbe essere demandato all'organo, dotato di poteri autoritativi, chiamato ad applicarlo. In questa concezione non vi è spazio per riconoscere un'autonomia ai singoli settori dell'ordinamento, ma tutto si riduce a una serie di enunciati deontici, che non trovano, nella loro applicazione, né supporti né barriere nel contesto esterno, che viene concepito come uno sfondo opaco e indistinto.

C) I risultati sono ancora diversi se si adotta un punto di vista *lato sensu* istituzionalistico, per il quale l'ordinamento non è composto solo da norme, ma anche da uno spontaneo convergere di condotte (Hume, Searle, McCormick, nonché, ovviamente con diversità d'accenti, Santi Romano, Haoriou, *etc.*), che genera dei punti di riferimento imprescin-

dibili nell'applicazione del diritto. Le norme vengono tenute insieme, sul piano interpretativo, non già da strutture formali (l'ordine sistematico di un codice), bensì da un complesso di rapporti sociali strettamente correlati, che impone uno specifico punto di vista quando si va a delimitare l'area semantica di una serie di precetti. L'eventuale presenza di comunità intermedie viene, in tal modo, valorizzata, con un cospicuo arricchimento del quadro istituzionale.

11.3. Come si vede, il problema dell'autonomia dei singoli settori dell'ordinamento non si pone a livello normativo: si pone a livello ermeneutico, e non può essere risolto sulla base d'elementi solo formali. Non si tratta d'utilizzare interpreti dotati di specifiche competenze (economiche, o d'altro tipo), anche se le competenze, ovviamente, incidono: si tratta di risalire a degli archetipi concettuali, che contribuiscono a formare una specifica precomprensione dei problemi. L'autonomia scientifica non è qualcosa che delimita dall'esterno la materia, ma si radica in un complesso d'assiomi, di conoscenze e dogmi generalmente accettati, che condizionano dall'interno il lavoro dell'interprete. I principi – anche quelli del diritto commerciale – non possono sfuggire alla logica di settore.

La questione si è posta, con interventi particolarmente autorevoli e vivaci, soprattutto nell'ultimo quarto del secolo appena trascorso, ove si è esaltata l'esigenza d'assegnare una specifica collocazione, nell'ordine delle fonti, alla *lex mercatoria* (cfr., con varietà di accenti, Galgano e Libertini); o quella di “ricommercializzare” il diritto commerciale (Portale), di promuovere un nuovo approccio ai problemi (Ferro-Luzzi), che implicherebbe addirittura un mutamento di paradigma (Angelici) rispetto alle impostazioni tradizionali.

Non è questa la sede per affrontare temi così delicati. È evidente, tuttavia, che la valorizzazione del contesto applicativo costituisce la premessa logica per avviare un'approfondita revisione dei dogmi e, soprattutto, per legittimare un distacco dei principi del diritto commerciale dagli omologhi principi del diritto civile. Ciò non toglie nulla alla capacità del singolo giurista di suggerire modelli alternativi di ricerca, o una diversa sistemazione degli istituti vigenti; e non toglie nulla, ovviamente, alle potenzialità dei nuovi paradigmi, i quali, dopo la loro messa a punto, possono essere utilizzati anche in altri contesti problematici, e ottenere,

così, riconoscimenti generalizzati (come puntualmente accade nelle scienze esatte). Lo stimolo a muoversi in una determinata direzione nasce, tuttavia, da un problema concreto: nel campo giuridico si lega all'emergere di nuovi scenari, che impongono all'interprete d'adeguare le proprie griglie concettuali alle sfide poste dalla continua evoluzione dei rapporti socio-economici.

12. I principi e il governo di attività complesse

A questo punto, mi correrebbe l'obbligo di precisare, magari con qualche esempio, a quali specifiche esigenze rispondono i principi del diritto commerciale, e per quale motivo tornano ciclicamente a differenziarsi da quelli del diritto civile. Com'è facile intuire, si tratterebbe di una prestazione impossibile in questa sede, perché enunciare i principi di un settore del diritto significa sistemare l'intero materiale normativo di sua pertinenza: i principi, infatti, lo pervadono tutto e sono coestensivi alla materia regolata. Occorrerebbe, pertanto, scrivere un trattato, o almeno un manuale.

Prima di passare ad altro, mi sembra opportuno, tuttavia, cercare di rispondere a due interrogativi: *a)* in primo luogo, in che cosa davvero divergono gli attuali principi del diritto commerciale da quelli del diritto civile; *b)* in secondo luogo, in che modo questa eventuale divergenza incide sul diverso problema dell'autonomia del diritto commerciale.

12.1. Sul piano di una mera descrizione dei fatti, alla prima domanda mi sembrerebbe di poter rispondere come segue: il diritto commerciale, non solo si occupa dei problemi posti dai rapporti economici privati, ma lo fa in una prospettiva diversa da quella propria del diritto civile, perché cerca di coglierli nella loro complessità e nel loro dinamico sviluppo.

Proprio per questo motivo, lo sguardo si sposta dal singolo *atto o fatto* all'*attività*, nella quale i predetti atti e fatti s'inseriscono, con la conseguenza di valorizzare alcuni nessi funzionali che potrebbero sfuggire a una visione parziale e segmentata del problema. Da qui, una serie di conseguenze applicative. Questa più ampia prospettiva, infatti, talvolta impone di dare la prevalenza a certi interessi collettivi, rispetto ai contrap-