

GIACOMO PORCELLI

L'incidenza delle professioni nell'esperienza giuridica del postmoderno*

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'elaborazione della categoria del "postmoderno" e le sue ricadute nella riflessione giuridica. – 2. Moderno e postmoderno: due antitetiche concezioni del diritto. La complessità del diritto postmoderno. – 3. Il diritto positivo come diritto interpretato. Il ruolo della giurisprudenza. – 4. Il c.d. "diritto vivente". Verifica critica dei possibili fondamenti giustificativi del "mito" dell'interpretazione giurisprudenziale come "fonte del diritto". – 5. Il diritto dei privati. Autonomia contrattuale e sistema delle fonti. – 6. Le professioni legali nel mercato, tra libertà di circolazione e concorrenza. – 7. Conclusioni.

1. Nel formulare preliminarmente agli amici e colleghi del Comitato organizzativo di questo convegno un vivo plauso per la meritevole iniziativa intrapresa che, come già ricordato, vuol esser un omaggio alla figura accademica e professionale del prof. Remigio Perchinunno – indirettamente ma chiaramente testimoniata dal richiamo, nei titoli delle relazioni previste in programma, ad alcuni dei contributi più significativi della sua produzione scientifica – non posso non rivolgere il mio più affettuoso e commosso pensiero alla sua memoria.

Peraltro, la presenza in quest'aula dell'Illustre Presidente di questa sessione mi riporta inevitabilmente alla memoria l'esaltante esperienza vissuta, insieme appunto al Prof. Perchinunno, avendo fatto parte di quel gruppo di studiosi che il Prof. Lipari arruolò nella prima metà degli anni novanta del secolo scorso per dar vita ad un'opera assolutamente innovativa per la nostra cultura giuridica che, come molti certamente ricorderanno, si intitolava *Manuale del diritto privato europeo*; lavoro, a cui arrise un tale successo editoriale da indurre il curatore a farsi promotore di una seconda edizione (che vide la luce nel 2003), aggiornata ed ampliata in quattro tomi, sì da meritare il titolo di *Trattato*. Orbene, a chi vi parla, quale giovane ricercatore, fu assegnato il tema del «Lavoratore autonomo e le professioni non protette». Evidentemente, memori di questo mio, ormai risalente, lavoro, gli organizzatori mi hanno oggi

* Il presente contributo riproduce sostanzialmente – con la sola aggiunta di brevi note bibliografiche – della relazione tenuta in occasione del Congresso «I ruoli giuridici del diritto civile del postmoderno», svoltasi a Bari il 20-21 settembre 2019.

assegnato una relazione del titolo certamente molto accattivante ma altrettanto insidioso, non solo perché evocativo di una categoria concettuale tuttora oggetto di un'aspra *querelle*, ma anche perché avente ad oggetto un argomento dall'incerto perimetro, tenuto conto che molti altri relatori vi parleranno più specificatamente del ruolo svolto nell'ordinamento giuridico contemporaneo dagli esponenti di ognuna delle diverse figure di giuristi/interpreti.

Per cercare di non uscire fuori tema ed, al contempo, per non “invadere territori altrui”, cercherò, quindi, di prender le mosse proprio dalla locuzione che compare per ultima nel titolo della mia relazione cercando, seppur per brevissimi cenni, di dar conto, innanzitutto sul piano semantico, di questa espressione.

A tal fine dirò subito che, anche al di fuori dei consessi squisitamente accademici (oggi abbiamo, peraltro, la fortuna di aver con noi il Prof. Lipari, la cui presenza, vieppiù per tale motivo, mi incute rispetto e soggezione, trattandosi di uno dei più autorevoli protagonisti del dibattito dottrinale in materia), la categoria del «*diritto post moderno*» attualmente non costituisce un lemma così criptico come in un recente passato, avendone sempre più contezza anche gli operatori pratici del diritto e tra questi, in particolare, i notai. Mi piace a tal fine, in particolare, ricordare che Massimo Palazzo, quale Presidente della Fondazione Nazionale del Notariato è stato il promotore di un stimolante Convegno svoltosi a Roma nel novembre 2017, i cui atti son stati pubblicati l'anno successivo in un *Quaderno* dal titolo *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, curato dallo stesso e da Giuseppe Conte. Ebbene, proprio in occasione di tale evento, al quale hanno, non a caso, partecipato alcuni tra gli odierni relatori, il Presidente emerito dalla Corte Costituzionale Paolo Grossi ha, da par suo, illustrato i tratti fisiognomici del tempo giuridico post-moderno, tra l'altro dimostrando, con dovizia di argomentazioni, il carattere paradigmaticamente post-moderno della nostra Carta Fondamentale¹.

Come è ben noto, tutto prende le mosse dalla pubblicazione nel 1979 di un celebre saggio di J.F. Lyotard, intitolato appunto *La condizione postmoderna* (trad. it., Milano, 1985). L'assunto dell'analisi ivi condotta è che il connotato più caratteristico della società post moderna è individuabile nella crescente diffusione di un atteggiamento di generale disincanto nei confronti delle grandi narrazioni (quali l'illuminismo, l'idealismo, il marxismo, il cristianesimo, il capitalismo) e, quale il logico corollario, nella crisi della visione, fondata su tali ideologie, delle «*magnifiche sorti e progressive dell'umana gente*», come direbbe Giacomo Leopardi².

¹ P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica post-moderna (a proposito dell'odierno ruolo del notaio)*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, a cura di M. Palazzo e G. Conte, Varese, 2018, p. 36 ss.

² È noto che la celeberrima frase compare nella penultima lirica del poeta recanatese, intitolata *La ginestra* (o *Il fiore del deserto*), scritta nella primavera del 1836 nella villa Ferrigni, a Torre del Greco e pubblicata postuma nell'edizione dei *Canti* nel 1845.

La categoria della postmodernità ha, dunque, come suo precipuo sinonimo il concetto di «crisi» che è causa, a sua volta, di una «destrutturazione»³ dei modelli, degli ordini e degli assiomi che avevano contrassegnato le più grandi correnti di pensiero dell'era moderna; così propiziando una dissoluzione delle certezze e dei valori assoluti, per ripiegare sull'elettismo, sull'ibridazione, sulla contaminazione tra esperienze logiche diverse, nel tentativo di dare risposte pragmatiche ai problemi dell'uomo.

Non a caso, in letteratura, il “corifeo” del postmodernismo è Robert Musil, il quale, con il suo *Uomo senza qualità*, sulle orme di Friedrich Nietzsche, propone un'immagine della vita orfana della totalità, incapace di trovare un centro unificante ed ordinante del molteplice. Non è difficile immaginare quali siano le conseguenze di questa visione atomistica, disaggregata, disillusa (per non dire nichilista) del mondo, allorché tale impianto concettuale trova applicazione al “sapere giuridico”, anch'esso tributario di grandi “narrazioni” speculative, quali sono, a ben vedere, lo Stato, la Nazione, le Istituzioni, la Legge e, quindi, i “miti” agli stessi connessi (tra cui, innanzitutto, il dogma della statualità del diritto e quelli, ad esso correlati, della certezza, della generalità e dell'astrattezza dello stesso, inteso come suprema garanzia dell'uguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge).

In questa prospettiva, sotto un profilo storico-ideologico si è detto, appunto, che alla modernità giuridica, che trova nel *Code Civil* la sua più compiuta e paradigmatica espressione, succede la neomodernità del costituzionalismo ottocentesco, per poi approdare all'era del postmoderno ed all'affermazione del “neoliberismo” o, per usare l'espressione cacologica proposta da Luca Nivarra, dell'«ordoliberalismo»⁴.

Sempre in un'estrema semplificazione (e, pertanto, col rischio, non remoto, di una banalizzazione), si potrebbe, altresì, affermare che la fenomenologia giuridica postmoderna sia il prodotto essenzialmente di due fattori.

Il primo è rappresentato dalla nuova articolazione del sistema delle fonti, rivoluzionato dall'avvento e dal ruolo crescente di quelle sovranazionali (in particolare, il diritto comunitario), che superano il principio della statualità del diritto ed adottano tecniche che hanno indotto taluni⁵ a parlare di interpretazione impossibile con l'uso dei tradizionali criteri ermeneutici (posto

³ Di una vera e propria «decostruzione del diritto» parla icasticamente J. DERIDDA, *Force de loi*, Paris, 1994, *passim*. e spec. p. 47 ss.; sul tema, illuminanti si rivelano, come sempre, le riflessioni di L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *De Jure*, 1999, p. 355 ss.

⁴ L. NIVARRA, *A proposito di Eclissi del diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1192 ss. e ID., *Dalla “crisi” all’“eclissi”, ovvero da un paradigma all’altro*, *ivi*, 2017, p. 801 ss.

⁵ P.G. MONATERI, «Jumping on someone else's train», *Il diritto e la fine della modernità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 123 ss.

che nel diritto europeo non c'è più un testo univoco (anche perché sono adottate lingue eterogenee); non ci sono i lavori preparatori (perché la Commissione discute e poi decide) e, per ciò stesso, non c'è più "sistema".

Il secondo è rinvenibile nella cattiva qualità e nell'inflazione quantitativa della produzione legislativa. Ed invero, quotidianamente assistiamo all'inesorabile affastellarsi di testi normativi, confusi e contraddittori, frutto di una produzione emergenziale, ispirata da esigenze settoriali (per non dire clientelari), connotati da una pessima tecnica redazionale e da un linguaggio a dir poco approssimativo. Un'autentica schizofrenia normativa frutto, non solo di sciatteria, ma persino di deliberata ambiguità a cui, come acutamente denunciato da Guido Alpa⁶, si aggiunge una condotta reiteratamente omissiva del nostro legislatore.

2. Parlare di «percorsi giuridici della postmodernità» impone, pertanto, di porre a raffronto due concezioni del diritto assai lontane tra loro (anche se, a mio sommo avviso, non così antitetiche come talora le si dipinge).

Da un lato quella statica, monolitica, lineare, gerarchicamente ordinata che aveva governato la modernità e, dall'altro, quella pluralista, policentrica, complessa, dinamica e per ciò stesso cangiante che segna il passaggio ad un ordine nuovo, all'emergere di una visione che possiamo appunto chiamare "postmoderna".

Non possono, peraltro, sfuggire all'osservatore più attento le radici più remote di questo profondo mutamento di prospettiva nella costruzione del concetto stesso di diritto e della sua funzione. Esiste, infatti, un evidente *fil rouge* che si dipana dall'enunciazione, oltre un secolo fa, della teoria della «Pluralità degli ordinamenti giuridici» di Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1917) – con la sua serrata critica al disegno illuministico dello Stato quale detentore del monopolio della produzione del diritto – passa attraverso l'entrata in vigore della Carta del 1948 che, quale Costituzione rigida, mette in crisi il primato della legge costringendola a conformarsi ai suoi principi fondamentali e giunge, in tempi a noi vicini, al riconoscimento del valore creativo della giurisprudenza ed alla consapevolezza che il testo della norma trova completezza e compiutezza solo attraverso la mediazione dell'interprete, per approdare infine, all'avvento del diritto europeo, che ha consacrato con plastica evidenza quel mutamento globale – ma, come già detto, di antica scaturigine – che scardina definitivamente le categorie dogmatiche ereditate dalla concezione positivista della legge e dello Stato, riducendole – come le definisce icasticamente il Prof. Lipari – a «vecchi abiti» e ad «inutili camicie di forza»⁷.

⁶ G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, p. 367 e, più di recente, ID., *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017, p. 294 ss.

⁷ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 220.

Sotto questo profilo un ruolo determinante è stato certamente quello svolto dalla Corte del Lussemburgo che, dopo aver “creato” sia il principio della diretta applicabilità delle norme europee (sent. *Van Genden* del 5 febbraio 1963), sia quello della loro primazia, per certi versi anche costituzionale, sul diritto interno (sent. *Costa* del 15 luglio 1964) – entrambi non enunciati espressamente dai Trattati – oggi interpreta le norme del diritto comunitario dando assoluta preminenza alle quattro libertà economiche fondamentali (peraltro, in tal modo ponendo in crisi il parametro costituzionale rappresentato dall’indissolubile nesso tra doveri di solidarietà ed uguaglianza sostanziale (tema rispetto al quale ancora attualissime si rivelano le illuminanti pagine scritte in materia da Luigi Mengoni)⁸.

Infine, l’ultima tappa di questo percorso è segnata dall’apertura verso un diritto «globale», nel cui ambito un ruolo di assoluta rilevanza è assunto dalle fonti *extra ordinem* e tra queste, in particolare, dalle *leges mercatorie*, che governano i diversi settori del nuovo diritto dell’economia globalizzata⁹. È inutile dire che – come già evidenziato – nel diritto postmoderno il sistema stesso delle fonti è rappresentabile, non più attraverso la rassicurante metafora “verticale” della piramide alla cui sommità è fermamente assisa la legge di produzione parlamentare, bensì attraverso quella “orizzontale”, assai più instabile e fluida, della “rete”; categoria concettuale questa che allude alle interconnessioni tra una pluralità di fonti di eterogenea provenienza, in quanto frutto del sovrapporsi e dell’interagire di norme nazionali, sovranazionali, legislative, giurisprudenziali e poi di prassi, di consuetudini, di c.d. «fonti-fatto», che danno vita ad un diritto tendenzialmente privo di validità formale e che, nondimeno, è riconosciuto ed osservato dai consociati per la sua ragionevolezza e persuasività.

Senza trascurare che tale contesto, dominato dal pluralismo e, quindi, dall’ibridazione, si connota sempre più come il prodotto della sovrapposizione, della commistione – ma talora anche dello scontro – tra due tradizioni giuridiche: quella, a cui apparteniamo, della *civil law* e quella della *common law* (veicolata per il tramite del diritto europeo), dietro le quali si scorgono due concezioni del diritto del tutto antitetiche: da un lato inteso come valore “assoluto”, “cristallizzato” in una «legge» scritta che lo legittima e, dall’altro, come valore “relativo” o, per meglio dire “relazionale”, in quanto derivante dall’interagire di diversi fattori, non solo nel momento della sua genesi “normativa” ma anche e, soprattutto, nel momento della sua concreta applicazione pratica.

⁸ L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1988, p. 50 ss.

⁹ Per una puntuale analisi del fenomeno e delle sue conseguenze v. per tutti G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 867 ss.

L'effetto più vistoso di questa commissione e sovrapposizione tra logiche giuridiche diverse è rappresentato dal fatto che le norme nazionali, soprattutto quelle di fonte codicistica, nelle quali si inverte la modernità giuridica, che esprimono «regole» fondate sul modello della «fattispecie», si trovano a dover interagire con i «principi», di cui è permeato tutto il diritto comunitario. Un fenomeno, questo, che non è, peraltro, riconducibile a quanto già accaduto con l'avvento della Costituzione, posto che ora, a differenza del passato, non v'è solo l'esigenza per le «regole» di corrispondere ai «principi» (pena una declaratoria di incostituzionalità) ma – per effetto degli strumenti di adeguamento del diritto interno a quello europeo (disapplicazione ed interpretazione conforme) – v'è anche la possibilità per le stesse di essere direttamente sostituite dalle norme europee o di combinarsi con queste, dando luogo alla creazione di norme “nuove” ad opera del giudice, in entrambi i casi con un chiaro effetto di decodificazione applicativa¹⁰.

È, d'altro conto, la stessa prassi giurisprudenziale a testimoniare questo capovolgimento del tradizionale rapporto norme-principi. Sovvertendo totalmente la struttura rigidamente piramidale ed apparentemente cristallina dei criteri interpretativi della legge scolpita nell'art. 12 delle preleggi e, quindi, in coerenza a quell'orientamento che ne ha propugnato una lettura “capovolta”, sempre più frequentemente i nostri giudici affermano che sono le norme (ancorché non consacrate formalmente in un testo legislativo) a doversi ricavare, per astrazione o per sintesi, dai principi; primo tra tutti quello di ragionevolezza che, quale criterio principe dello strumentario del giurista, impone allo stesso di affrancarsi definitivamente dallo schema monologico-deduttivo, onde ricondurre la giustificazione del modello giuridico ad un criterio di socialità¹¹.

3. D'altro canto una delle stigmate del diritto postmoderno è, non a caso, rappresentata proprio dal fenomeno definito come «giurisdizionalizzazione», che allude appunto all'emersione, accanto al diritto di matrice politico-

¹⁰ Scrive in argomento R.E. KOSTORIS, *Presentazione. Un diritto postmoderno*, in ID. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, p. 15, nt. 17: «Torna così di attualità l'insegnamento di Aristotele (Etica Nicomachea) che colloca il diritto, insieme alla morale ed alla politica nell'ambito delle “Scienze pratiche”, ossia quelle aventi ad oggetto l'azione dell'uomo (praxis) e come fine l'agire secondo giustizia (eu prattein) e rispetto alle quali la conoscenza non costituisce un obiettivo di verità – come accade, invece, per le scienze teoriche, che appartengono al mondo che non muta e non è mutabile – ma è ricercata in vista dell'azione. Il che per Aristotele fa del diritto un sapere, sempre applicativo e sempre legato ad una situazione particolare, che richiede phronesis, cioè razionalità materiale orientata ai valori e non già episteme, ossia razionalità formale o, nel linguaggio romano, *iuris-prudentia* e non *scientia iuris*».

¹¹ Sull'assoluta centralità nell'attività ermeneutica del principio in questione è doveroso far rinvio, tra i suoi numerosi scritti in materia, a P. PERLINGIERI, *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, a cura dello stesso e di A. FACHECHI, Napoli, 2017, spec. p. 15, n. 31.

istituzionale (quale, per antonomasia, quello legislativo), di un diritto di fonte giurisprudenziale, alla cui creazione contribuiscono innanzitutto le due Corti di vertice europee, che si sono assunte il ruolo di vere “creatrici” del diritto; di un diritto che è anche il prodotto del “dialogo” che questi Corti intessono sia tra loro che con altre Corti a livello internazionale, nonché con le Corti Costituzionali nazionali e con gli stessi giudici interni¹².

È inutile dire che questa dimensione spiccatamente più giudiziale del diritto propizia una visione ed una gestione sempre più pragmatica e dinamica degli strumenti giuridici, improntata a razionalità pratica. Non a caso, sempre più frequentemente si ragiona in termine di «peculiarità del caso concreto», di «ragionevolezza della soluzione», di «bilanciamento tra valori», di «equità», di «proporzione»; e sempre meno si fa ricorso, nell'ambito di un tradizionale procedimento argomentativo logico-analitico, agli ormai obsoleti postulati del sillogismo e della sussunzione.

In questa prospettiva, netta appare, dunque, la contrapposizione tra diritto “moderno” e “postmoderno”. A fronte di un approccio di tipo squisitamente logico-formalistico, fondato sul “mito” della completezza dell'ordinamento, che confina l'attività dell'interpretazione ad una funzione di mera “esplicitazione” del dato normativo, attribuendo all'interprete ad un ruolo puramente “dichiarativo”¹³, nell'era del “postmoderno” si afferma l'opposto principio secondo cui l'attività interpretativa non può avere un esito meramente conoscitivo ma sempre essenzialmente pratico, posto che, essendo la sua finalità ultima quella di individuare la norma da applicare al caso concreto, oggetto della stessa è tanto il testo quanto il contesto (o per meglio dire «i contesti»). Come ci insegna Giovanni Tarello, dinnanzi alla norma l'interprete deve chiedersi non tanto «cosa il testo di legge vuol dire», quanto «cosa vuol fare»¹⁴.

Torna, quindi, di attualità – seppur con i limiti legati alla teoria del “diritto vivente” a cui accennerò – la riflessione ascarelliana che propone la descrizione di un processo ermeneutico «di tipo circolare», caratterizzato di una nozione di interpretazione secondo cui «la norma vive come “norma” solo nel momento in cui viene applicata». Sì che, esaurito il momento applicativo, la norma torna a sua volta ad essere “testo” e, come tale, «punto di parten-

¹² Sulla complessa e travagliata dialettica tra i principi fondamentali della nostra Carta del 1948 ed i valori basilari dei Trattati UE v., da ultimo, G. GRISI, *Giudice e legge nell'agone del postmoderno*, in *A proposito del diritto post-moderno*. Atti seminario Leonessa, 22-23 settembre 2017, a cura dello stesso e di C. SALVI, in *L'unità del diritto*, in Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tre, Roma, 2018, p. 29 ss.

¹³ F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione, Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 209.

¹⁴ G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *Politica del diritto*, Bologna, 1972, p. 459, ora anche in *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, *passim*.

za per nuove formulazioni e per nuove posizioni di norme»¹⁵. Recuperata, quindi, l'assoluta ed ineludibile rilevanza del profilo fenomenologico nell'espletamento dell'attività ermeneutica, va comunque, osservato che, pur non condividendo le critiche di chi, per il timore di mettere in discussione categorie concettuali consolidate, sovente ammantate dalla forza del mito, si ribella al c.d. «spirito antisistemico del post moderno» ed, evocando un'«eclissi del diritto civile», rivolge un antistorico appello al ritorno al dogmatismo¹⁶, non si può, nondimeno trascurare di considerare che questo passaggio dalla «centralità della legge» alla «centralità dell'interprete» e l'enfasi posta sul ruolo sempre più «libero» e «creativo» dell'esercizio della funzione giurisdizionale celi il rischio, non remoto, dell'irrompere dell'«effettività» come grimaldello di un diritto di matrice sempre più marcatamente pretoria, con il correlato pericolo di alimentare ulteriori incertezze e disequaglianze rispetto a quelle ascrivibili all'elefantiasi ed alla cattiva qualità della produzione legislativa¹⁷.

4. Ora se è vero che nel diritto postmoderno – piaccia o no – è definitivamente tramontato il primato del diritto di fonte unicamente legislativa, sarebbe comunque auspicabile convenire innanzitutto sull'opportunità di abbandonare l'uso equivoco e distorto della formula, enfaticamente ricorrente nel gergo del foro non meno che nella letteratura scientifica, soprattutto per quel che attiene alla teoria delle fonti, di «*diritto vivente*» inteso nella sua accezione, di ascendenza ascarelliana, di diritto giudizialmente applicato¹⁸, per accogliere, invece, un'accezione “ontologica” della stessa locuzione.

Ed invero, di norma “vivente” può discorrersi in senso ontologico là ove venga fatto riferimento, non già al diritto giudizialmente applicato, bensì alla norma quale «risultante di un'interpretazione sistematica della disposizione e di

¹⁵ T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir. econ.*, 1955, p. 1179 ss., poi in *Studi in onore di F. Messineo*, IV, Milano, 1959, p. 5911, nonché in *Problemi giuridici*, I, Milano, p. 1583 ss.; ID., *In tema di interpretazione e applicazione della legge (Lettera al Prof. Carnelutti)*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 15 e successivamente anche in ID., *Problemi giuridici*, I, cit., p. 154.

¹⁶ C. CASTRONOVO, *Eclissi del Diritto civile*, Milano, 2015, *passim*; ID., *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 981 s.; ID., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione. A proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 765 ss.

¹⁷ Per una serrata critica dell'alluvionale, scadente e parossistica instabilità delle leggi, v. per tutti, G. ALPA, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., p. 45 ss.

¹⁸ T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 1957, I, p. 351 ss. ed anche ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 139 ss. Nello stesso solco L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Jus.*, 1988, p. 19 e successivamente anche in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1990, VI, p. 447. L'ambiguità del sintagma era stata, peraltro, già opportunamente denunciata da F. SANTORO-PASSARELLI. *A proposito del diritto vivente*, in ID., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988, p. 42 s.

tutti gli altri fattori che conferiscono coerenza al diritto oggettivo»¹⁹. In tale ottica, una norma è, dunque, “vivente” non già (o non solo) perché così interpretata o applicata in sede giurisprudenziale, ma perché tale si desume in forza del processo di composizione sistematica ed assiologica dell'intero ordinamento vigente come sistema unitario²⁰. Con la logica conseguenza che qualunque *regola iuris* di conio giurisprudenziale, anche qualora scaturente da un orientamento univoco e costante della giurisprudenza di legittimità, ma che si ritenesse frutto di errore ermeneutico – ad esempio perché non adeguata al dato costituzionale o confliggente con i principi fondamentale del diritto comunitario – non potrebbe mai assurgere al ruolo di “norma vivente” nell'accezione testé enunciata. Logico corollario di tale assunto è che la “norma vivente” in senso ontologico è l'unica dotata di “effettività” in una determinata dimensione storica dell'ordinamento giuridico e, come tale, la stessa inevitabilmente risente – al di là della sua eventuale “cristallizzazione” in massime giurisprudenziali – delle evoluzioni dell'ordinamento derivanti dal suo incessante ed intrinseco dinamismo²¹.

Per quanto pleonastico, mi sembra, quindi, a tal punto doveroso, per coerenza, ribadire che il “precedente” – quale regola di un determinato caso concreto, esaurito e non riproducibile nelle sue peculiarità, che hanno sovente dell'irrepetibile, sì da costituire una mera «*testimonianza (parziale) del diritto vivente*»²² – si rivela fisiologicamente inadeguato ad esprimere, di per sé, un'efficacia vincolante autonoma rispetto alla forza precettiva delle regole e dei principi di cui costituisce concreta attuazione, riposando la sua forza unicamente nella *ratio decidendi* che sorregge la decisione assunta.

Deve, pertanto, riaffermarsi, senza infigimenti ed equivoci, la netta distinzione esistente tra sentenza e norma giuridica; ciò anche nei casi in cui l'autorità del precedente si accresce per effetto del suo consolidarsi sino al punto da divenire, come suol dirsi, *jus receptum*. Il primato riconosciuto alla politica (e, quindi, al potere legislativo) nel vigente ordinamento costituzionale impone, infatti, di espungere l'interpretazione giurisprudenziale dal novero delle fonti del diritto²³.

¹⁹ Così v. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 207.

²⁰ Su tale profilo v., per tutti, P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss. e ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, *ivi*, 2005, p. 188 ss. e spec. p. 202 ss.

²¹ Sul tema v. le acute riflessioni di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, 4/2016, p. 13.

²² Così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia Costituzionale*, Bologna, 1977, p. 291.

²³ In tali termini, limpidamente, G. GORLA, *Precedente giudiziale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 10 s. ed in senso conforme *ex plurimis*, P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim.*, 1955, p. 262; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 526; G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 790.

Eppure è noto che l'iterazione del giudicato in casi simili, sì da creare «una consuetudine giudiziale che ha, di fatto, lo stesso valore della legge»²⁴ costituisce, tuttora, una delle più peculiari modalità attraverso le quali la nostra giurisprudenza svolge il suo ruolo di “formante del sistema”, accreditandosi come “fonte del diritto”, sino al punto che, riferendosi alla propria attività creativa, la stessa parla appunto di «diritto vivente», facendone il cardine della c.d. “interpretazione storica”²⁵.

I principali argomenti addotti a conforto della dottrina del «diritto vivente» in questa, a mio avviso, indivisibile accezione²⁶ possono così riassumersi: a) innanzitutto la lettura proposta dalla Corte di Cassazione dell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario (r.d. n. 12/1941), in termini di *stare decisis* (riconoscendosi al precedente di legittimità il valore di dispensare il giudice dall'obbligo di motivare la propria decisione e, viceversa, di imporre a quello che se ne discosta l'obbligo di motivare adeguatamente la propria opinione dissenziente); b) altresì, quell'orientamento – questa volta proveniente dalla Consulta – in conformità al quale la pronuncia di legittimità costituzionale di una norma tien conto dell'interpretazione che della stessa è data dalla Cassazione²⁷; c) ed, infine, quell'ulteriore *regola juris*, anch'essa di fonte giurisprudenziale, secondo cui un indirizzo interpretativo consolidato nelle pronunce della Suprema Corte può persino impedire l'adozione in sede legislativa di norme di interpretazione autentica, contrastanti con l'orientamento dei giudici di legittimità, quantomeno allorché le stesse pretendano di avere efficacia retroattiva²⁸.

Non sono stati, altresì, estranei a questa singolare – e a mio avviso opinabile – equiparazione del “diritto vivente” al diritto giurisprudenziale taluni interventi normativi succedutisi negli ultimi lustri²⁹ che hanno inciso, in modo oserei dire “eversivo”, non solo sul rapporto tra *legislatio* e *jurisdictio* così come delineato dai nostri Padri Costituenti ma su ulteriori, fondamentali principi costituzionali quali, in particolare, l'art. 24 (sul diritto di dife-

²⁴ La definizione è di E. PIOLA CASELLI, voce *Giurisprudenza*, in *Dig.it.*, XII, Torino, 1900-1904, p. 831.

²⁵ V. per tutte Cass. Sez. un., 2 agosto 1994, n. 7194, in *Foro.it*, 1994, I, c. 3409 ss.

²⁶ È, per inciso, opportuno ricordare che tale formula lessicale fece la sua prima comparsa in Corte cost., 11 dicembre 1974, n. 276, per essere poi reiterata, di lì a poco, in Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 286.

²⁷ Il *leading case* in materia è costituito da Corte cost., 2 aprile 1970, n. 50, in *Foro.it.*, 1970, c. 1827.

²⁸ Esemplare in tal senso Corte cost., 22 novembre 2000, n. 525, in *Foro.it.*, 2000, c. 3655.

²⁹ Tra cui, in particolare, il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, la l. 18 giugno 2009, n. 69, l'art. 54 del d. l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con l. 7 agosto 2012, n. 134 ed il d.l. 31 agosto 2016, n. 168, conv. con l. 7 agosto 2016, n. 197, specificatamente finalizzate alla semplificazione ed alla omogenizzazione dei provvedimenti giurisdizionali.

sa), l'art. 101 (sulla soggezione del giudice «*soltanto*» alla legge) e l'art. 111 (sull'obbligo di motivazione di qualunque provvedimento giudiziale).

In questo solco si iscrivono innanzitutto quei provvedimenti con i quali il legislatore, nel dichiarato intento di contemperare il diritto alla motivazione con la ragionevole durata del processo, ha introdotto modalità di decisione (e, quindi, anche di motivazione) eufemisticamente definite “più agili” rispetto alla tradizionale conformazione della sentenza³⁰.

Modifiche legislative queste che hanno avvallato, anche sul piano legislativo l'opinabile indirizzo della giurisprudenza di legittimità che ammette la validità, non solo della c.d. “motivazione implicita” e della c.d. «motivazione copia-incolla» ma e, soprattutto, della c.d. “motivazione *per relationem*”. Tutte formule decisionali che certamente mortificano l'incancellabile diritto del cittadino, che risulti soccombente in una controversia, a leggere nella propria sentenza – e non in quella di altri – le ragioni del rigetto delle proprie domande e/o eccezioni.

Va nondimeno avvertito che l'ambizione al consolidamento degli indirizzi giurisprudenziali, in funzione di garanzia del principio di eguaglianza dei cittadini rispetto all'esercizio della funzione giurisprudenziale non può in alcun modo costituire un avallo alla tesi secondo la quale il giudice creerebbe le norme ed a quella (conseguenziale) secondo cui la giurisdizione sarebbe fonte del diritto, essendo tuttora rinvenibili nel nostro ordinamento positivo plurimi indici normativi idonei a confutare la stessa. In tal sede mi limiterò ad osservare che la stessa funzione nomofilattica attribuita agli organi apicali del nostro ordinamento giudiziario costituisce uno dei principali argomenti che possono addursi per smentire l'assunto della titolarità di una funzione nomopoietica da parte del giudice. Lo dimostra in particolare l'art. 360 *bis* c.p.c. che – come è noto – è stato introdotto dalla l. n. 69/2009 onde operare un irrigidimento degli indirizzi giurisprudenziali dominanti. Se è vero, infatti, che è ivi comminata l'inammissibilità del ricorso per cassazione avente ad oggetto un provvedimento che abbia «deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte», non è men vero che tale conseguenza si produce solo se «l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa», sicché tale «orientamento» non è null'altro che, appunto, un indirizzo interpretativo e giammai una «norma»³¹.

³⁰ Basti a tal fine ricordare, da un lato, la progressiva riduzione delle ipotesi in cui il giudice decide pronunciando sentenza (esemplare è il caso dell'ordinanza che conclude il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c.) e, dall'altro, le modifiche introdotte sia all'art. 132 c.p.c. (che al secondo comma n. 4 prevede che la sentenza deve contenere «*la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*»), sia all'art. 118, disp. att. c.p.c. (che al primo comma specifica che «*la motivazione della sentenza*» di cui al citato art. 132, comma 2, n. 4 «*consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi*»).

³¹ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Annali Enc. dir.*, IX, Milano, 2007, p. 410.

5. Ma allora, se nel diritto postmoderno, non è nella «*giurisdizionalizzazione*» – intesa come primato del diritto di matrice giurisprudenziale quale logico corollario del riconoscimento del carattere “creativo” della sentenza – che va ricercato il salvacondotto per reagire all’inesorabile tramonto del “mito” positivistico della certezza del diritto, inteso in un’ottica meramente statalistica e legalistica, è doveroso chiedersi quale possa essere una soluzione appagante per scongiurare il pericolo del “nichilismo giuridico” – inteso come perdita, da parte dell’esperienza giuridica, di ogni riferimento a valori metagiuridici – evocato da Natalino Irti³².

Probabilmente per individuarla va innanzitutto considerato che dall’osservazione empirica si evince inequivocabilmente che il diritto nasce sempre meno frequentemente in virtù di atti di fonte statale e sempre più nei luoghi in cui i conflitti sociali trovano forme alternative e più efficienti di composizione³³. In questa prospettiva giova rammentare che nell’era del postmoderno si è assistito ad una rivoluzione copernicana anche per quel che attiene al rapporto tra il tradizionale sistema delle fonti e l’autonomia contrattuale, tenuto conto della sua naturale capacità di rispondere alle istanze della libertà individuale e, conseguentemente, di favorire lo sviluppo economico e sociale³⁴.

Il che impone all’interprete, in coerenza all’insegnamento delle più autorevoli voci della dottrina³⁵, di procedere ad una radicale rivisitazione del sistema tradizionale delle fonti del diritto privato che, prendendo le mosse dal riconoscimento del ruolo di “pallido simulacro” assunto nello stesso dall’art. 1 delle preleggi, proceda ad un attento scrutinio di regole che – indipendentemente dal *nomen juris* e dal procedimento di formazione – si connotano per un’estrema eterogeneità di gradi di oggettivizzazione, così affrancandosi dalla tradizionale dimensione, esclusivamente statalistica del diritto e concorrendo a disegnare una realtà giuridica estremamente variegata e dinamica che, lungi dal costituire il portato autoritario della relazione tra pubblico e privato, si esprime più correttamente in termini di «*riconoscimento*»³⁶.

³² N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, *passim*.

³³ In tal modo, confermando, tra l’altro, che il profilo della coercività può non costituire un requisito ineludibile onde poter predicare la giuridicità di una norma (così, P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2011).

³⁴ In argomento, v. per tutti G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012 e ID., *Giuristi ed interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, 2017.

³⁵ Tra le quali è doveroso far rinvio innanzitutto a F. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, Milano, 1978 ed, altresì, senza alcuna pretesa esaustività, a P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1, pp. 188 ss., 206 e 209; A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Ann. enc. dir.*, I, Milano, 2007, p. 201 ss. e, più di recente, A. ALGOSTINO, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018, pp. 38, 106 ss. e 123 s.

³⁶ SALV. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1931 e ID., *Ordinamento sistematico*

In altri termini, per dirla con Cesarini Sforza³⁷ «un diritto dei privati», che rinviene le sue radici nei principi costituzionali del pluralismo e della sussidiarietà³⁸.

In tale prospettiva, a dispetto delle teorie che ne avevano preconizzato la morte va, tutt'al contrario, riconosciuto, che il contratto – unitamente ad ulteriori ed eterogenee forme di estrinsecazione dell'autonomia negoziale – ha dato prova di una peculiare vitalità e straordinaria *vis expansiva*, occupando spazi e territori che in un tempo non lontano sembravano del tutto preclusi allo stesso. Basti solo pensare al sempre più frequente ed ampio utilizzo del modello contrattuale da parte delle pubbliche amministrazioni. L'evoluzione dei rapporti tra il cittadino e la P.A., secondo modelli partecipativi (si pensi all'eterogenea categoria delle convenzioni urbanistiche), ha appunto determinato l'insorgenza di quel peculiare fenomeno a cui è stato dato nome di «contrattualizzazione dell'attività amministrativa» o, come anche suol dirsi, di «amministrazione condivisa». Il vigente Codice dei contratti pubblici offre plurimi esempi al riguardo³⁹. Ma, e soprattutto, non si possono trascurare le nuove frontiere che si sono aperte al contratto – ed all'autonomia negoziale in genere – nei settori del diritto delle persone (stante l'emergenza della categoria della “bioetica” e, quindi, del “biodiritto”), del diritto della famiglia, sia nella fisiologia che nella patologia della vita familiare (tali i contratti di convivenza, nonché gli accordi di separazione e di divorzio), del diritto delle successioni (il patto di famiglia e l'uso del *trust* ai fini successori ne costituiscono indici paradigmatici), del diritto del lavoro (basti dire che l'intera disciplina “protettiva” in materia di licenziamento deriva dal recepimento di accordi interconfederali), del diritto delle società e più in generale di enti collettivi (penso, in via meramente esemplificativa, al significativo ampliamento dell'autonomia statutaria, all'incrementata trasferibilità delle partecipazioni, ai nuovi strumenti di soluzione negoziale della crisi d'impresa), alle regole, sovente elaborate sotto forma di “linee guida” e/o norme di condotta, poste in essere da organismi associativi, tra cui, in particolare, quelli professionali che, come nel caso dei “codici deontologici”, risultano vincolati non solo per gli aderenti ai relativi ordini ma anche per terzi che instaurano rapporti con gli stessi. Rappresenta, altresì, un

del diritto privato, II, *L'azione – Il potere*, Napoli, 1970, p. 217, nel cui pensiero la centralità e preminenza dello Stato-organizzazione non è contraddetta, bensì rafforzata dall'esistenza di «istituzioni minori», enti, corpi sociali intermedi e «altre figure soggettive», seppur tutte indistintamente tenute a riconoscere nello Stato il loro imprescindibile centro organizzativo.

³⁷ W. CESARINI-SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963 (1ª edizione 1929).

³⁸ F. MACARIO, *L'autonomia contrattuale come fonte del diritto nella dimensione costituzionale*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., p. 167 ss.

³⁹ In argomento v. per tutti C. FRANCHINI, *I contratti della Pubblica Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in ID. (a cura di), *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, t. 2, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 8, 2, Torino, 2007, p. 53 ss.

dato incontrovertibile che il contratto appartenga, pressoché integralmente, per quel che attiene ai rapporti consumeristici e quelli agli stessi assimilati, al “diritto italo-comunitario” e, relativamente al ceto dei *mercatores*, alle “prassi transnazionali”. Sotto il primo profilo il diritto europeo, modellando il nuovo diritto dei contratti secondo la logica del mercato e, quindi, tentando un non sempre facile contemperamento tra i due soggetti protagonisti degli scambi economici – da un lato il consumatore, dall’altro l’imprenditore, alla cui categoria è attratto, come si dirà, anche il professionista – ha inevitabilmente ridisegnato i tradizionali rapporti tra il diritto civile e commerciale, evidenziando l’influenza reciproca dei rispettivi statuti normativi, essendo il primo, strettamente collegato alle tematiche civilistiche della persona ed il secondo ormai esteso sino al punto da ricomprendere persone giuridiche tipicamente privatistiche (quali gli enti *no-profit*). Relativamente, poi, al secondo profilo a cui testé accennavo, è del pari evidente che, nell’epoca della globalizzazione, la transnazionalità dei mercati reclama necessariamente un diritto civile – soprattutto (ma non solo) in materia contrattuale – anch’esso transnazionale. Anche in tal ambito, infatti, l’epoca del postmoderno segna una vistosa discontinuità rispetto al passato, posto che la formazione del nuovo diritto degli affari non ha proceduto attraverso l’utilizzo del classico strumento delle convenzioni internazionali di diritto uniforme. Ed invero, a prescindere dalla circostanza che già nella seconda metà del secolo scorso è cresciuta esponenzialmente la diffusione nelle pressioni negoziali di una pluralità di contratti atipici – in gran parte provenienti dalle *law firm* anglosassoni – l’avvento dell’economia globalizzata ha, altresì, conosciuto, sul piano dell’esperienza giuridica, la definitiva affermazione, nell’ambito della nuova *business community*, di una nuova *lex mercatoria* (vocabolo questo che sarebbe preferibile declinare al plurale in coerenza alla pluralità ed alla eterogeneità dei mercati), ossia di un diritto uniforme spontaneo, formato da regole, desunte dalla prassi contrattuale del mondo degli affari, degli usi del commercio internazionale e dalla giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali, destinate, appunto, a disciplinare in maniera uniforme, al di là dei singoli ordinamenti nazionali di fonte legislativa, i rapporti commerciali che si instaurano nell’economia globalizzata⁴⁰. Parte integrante di questo corpus normativo *extra ordinem* è poi, rappresentato, come è a tutti noto, dai *Principi Unidroit* che, nell’ambito dell’arbitrato internazionale fungono da vera e propria fonte di cognizione di un diritto che, a sua volta, ha come fonte la consuetudine; sì proprio quella consuetudine, relegata dalle nostre preleggi all’ultimo piano della gerarchia, finisce con il prevalere sulla stessa legge, che è il diritto statale per eccellenza. Sul punto va, infatti, ricor-

⁴⁰ Sul tema non può non farsi rinvio ai numerosi e fondamentali scritti di F. GALGANO, tra i quali in particolare, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001 e ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

dato che già nel lontano 1982 la nostra Cassazione qualificò la *lex mercatoria* come ordinamento giuridico «originario», proprio della transazionale *societas mercatorum* e distinto dagli ordinamenti giuridici nazionali, statuendo che i lodi arbitrali emessi in conformità alla stessa son eseguibili negli Stati nazionali delle parti, indipendentemente dalla conformità della legge nazionale del luogo di esecuzione⁴¹.

Intimamente connesso al progressivo ampliamento del ruolo del fenomeno sin qui descritto della *soft law* – inteso, nelle sue poliedriche e multiformi manifestazioni, appunto come diritto extrastatuale di fonte privata, operante sulla base del principio di effettività⁴² – si registra, anche per l'effetto di un *trend* normativo volto all'introduzione di strumenti deflativi del contenzioso giudiziario, il sempre più ampio e diffuso ricorso a metodi alternativi di risoluzione delle controversie, come l'arbitrato e la conciliazione⁴³. Ora è appena il caso di evidenziare che l'erosione del principio del monopolio statale della funzione giurisdizionale non può non incidere sul “mito” dell'onnipotenza del giudice quale unico o, quantomeno, privilegiato interprete del diritto ed, al contempo, non offrire nuovi spazi al contributo, nella costruzione del diritto postmoderno, da parte del ceto dei giuristi; ciò a partire dalla speculazione scientifica.

Allo studioso, così come all'avvocato ed al notaio, non può, infatti, negarsi, al pari del magistrato, il ruolo di interprete e per ciò stesso di artefice del diritto vivente; anzi di un interprete particolarmente qualificato posto che, a differenza del giudice, chiamato a dirimere una controversia, tutte queste ulteriori figure di giuristi operano nel momento fisiologico della vicenda negoziale e sovente o quali primi interpreti di norme appena emanate o, addirittura, ancor prima che il legislatore provveda a regolamentare fattispecie elaborate dalla prassi.

Certo se si vuole esorcizzare il pericolo dell'identificazione del diritto giurisprudenziale nel diritto vivente, così polverizzando l'esperienza giuridica in una miriade di atti decisionali, slegati da premesse oggettive di tipo veritativo – ossia i “testi” ed i “contesti” di cui parla il Prof. Lipari⁴⁴ – e giustificabili solo in relazione alla concreta vicenda oggetto di cognizione, occorre che la dottrina, oltre ad abbandonare un atteggiamento di “sudditanza” psicologica nei confronti della giurisprudenza, si spogli definitivamente degli arcaici strumenti interpretativi di tipo logico-formalistico; ad esempio, ab-

⁴¹ Cass., 8 febbraio 1982, n. 722, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2285.

⁴² In argomento si rinvia a B. PASTORE, *Interprete e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, p. 103 ss.; cfr. altresì, B. PASTORE-F. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2017, p. 287 ss. e spec. p. 291 ss.

⁴³ Per un'ampia ed approfondita analisi del tema v., in particolare, A. PROTO PISANI, *Premesse generali (e una proposta)*, nonché gli ulteriori contributi raccolti in AA.VV., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato*, Torino, 2015.

⁴⁴ In argomento v., peraltro, N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, *passim.*, spec. p. 3.

bandonando l'ormai anacronistica disputa sulla presunta superiorità dei diversi modelli metodologici via via elaborati dalle diverse scuole di pensiero⁴⁵.

Oggi che l'ermeneutica non si identifica più con la metodologia e che la transizione da una «metodologia dei metodi» ad una «metodologia dei risultati» può dirsi definitivamente compiuta – come acutamente sostenuto e dimostrato da Lombardi Vallauri⁴⁶ – non si può più dubitare circa l'utilità del simultaneo e concomitante utilizzo di plurimi ed eterogenei metodi interpretativi, nella consapevolezza che l'interpretare e l'argomentare non procedono in forma lineare ma, per così dire, in modo intrecciato, inserendo nella trama di un tessuto logico considerazioni valutative e di opportunità. Ed è proprio tale consapevolezza che induce ad assumere – come magistralmente illustrato dal prof. Lipari nel suo recente scritto⁴⁷ – il criterio della “ragionevolezza” quale fondamentale regola ermeneutica, elaborata dalla giurisprudenza costituzionale per rispondere ad un'ineludibile esigenza di giustizia.

6. Altri relatori affronteranno le specificità che connotano il prezioso ed insostituibile contributo offerto dagli avvocati e dai notai – ovviamente con le specificità che connotano le rispettive funzioni e competenze – nella quotidiana esperienza giuridica e, quindi, nell'edificazione del “diritto postmoderno”. Son certo che il prof. Alpa, con la sua non comune esperienza di “studioso” e di “pratico” del diritto saprà, da par suo, illustrarci la rilevanza giuridica e sociale del ruolo dell'avvocato, in quanto svolto – in particolare per quel che attiene all'esercizio dell'attività di rappresentanza e difesa della parte – a presidio dei diritti di rango costituzionale di cui agli artt. 24, 111 e 113 della nostra Carta Fondamentale⁴⁸. Non per piaggeria ma per obiettività, credo che il prof. Alpa sia uno dei più illustri esempi dell'infondatezza della tesi, sostenuta da Walter Bigiavi, a proposito dei professori universitari che svolgono anche la professione forense, secondo cui costoro correrebbero il rischio di essere troppo “pratici” nell'indagine scientifica e troppo “teorici” nell'esercizio della professione foren-

⁴⁵ Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione del pensiero giuridico su ermeneutica e dogmatica v., per tutti, G. TARELLO, *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 9 ss. e ID., *I ragionamenti dei giuristi tra teoria e logica e teoria dell'argomentazione*, *ivi*, 1972, p. 396 ss. e P. PERLINGIERI, *Scuole, tendenze e metodi. Profili del diritto civile*. Napoli, 1989.

⁴⁶ L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1978, p. 83 ss.

⁴⁷ N. LIPARI, *Ragionare di diritto oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 1, 2019, p. 489 ss.

⁴⁸ Tuttora illuminante in tal senso si rivela la lettura della sua relazione di apertura del XXX Congresso Nazionale Forense, tenutasi a Genova il 25 novembre 2010, dal titolo *L'avvocatura italiana al servizio dei cittadini*, in *Rass. For.*, 4/2010, p. 757 ss. Tra la copiosissima letteratura in materia si segnala, altresì, S. RODOTÀ, *I diritti (e il diritto) nello spazio globale*, Torino, 2010 e G. CONTE, *Il ruolo dell'avvocatura nella prospettiva del rinnovamento della cultura giuridica*, in *Dir. & informaz.*, 2010, p. 762.

se. Per il prof. Alpa può, infatti, valere paradigmaticamente l'arguta replica di Galgano a Bigiavi, secondo cui il "teorico" che sia anche un "pratico" del diritto si trova sovente nella felice condizione di poter agire come un autentico *insider* nel mondo degli affari (ed in questo caso ritengo trattarsi di un'ipotesi di *insider trading* del tutto lecita), perché di frequente egli è posto in grado di cogliere prima e meglio del puro "studioso", chiuso nella sua *turris eburnea* ad analizzare in *vitro* anziché dal vivo i fenomeni giuridici, il "nuovo" ed il "diverso" che emergono dall'esperienza socio-economica e, quindi, dalla realtà giuridica. Non è d'altronde un caso che alcuni tra i più importanti *overruling* della nostra giurisprudenza di legittimità abbiano avuto luogo anche a seguito degli appassionati scritti difensivi di avvocati che spesso ricoprivano un ruolo accademico. Due esempi per tutti: il riconoscimento della risarcibilità del danno da lesioni di interessi legittimi (Cass. sez. un., nn. 500 e 501/1999) ed il *revirement* in materia di anatocismo bancario (Cass. nn. 2203 e 2374/1999). Altri illustri relatori tra cui, non a caso, molti notai appartenenti all'accademia, potranno, altresì, autorevolmente testimoniare, come nell'esperienza giuridica del post-moderno si sia compiutamente realizzata l'evoluzione del ruolo del notaio da mero "scrivano del diritto" ad unico ed insostituibile "operatore giuridico"; e ciò proprio in virtù di quella peculiare convivenza, nel quotidiano esercizio della sua funzione, della duplice veste di pubblico ufficiale e di libero-professionista.

L'importantissima funzione allo stesso demandata dall'ordinamento di attribuzione di certezza degli effetti giuridici, che si realizza attraverso una delicata e complessa attività di conformazione del diritto vivente al principio di legalità, esige – oggi più che mai – che il notaio abbandoni definitivamente il suo tradizionale *habitus*, da un lato, di mero "recettore" delle volontà delle parti e, dall'altro, di semplice delegato di una pubblica funzione, per assumere il compito di realizzare una perfetta osmosi tra dimensione individuale e sociale, di fungere da mediatore privilegiato tra il piano dell'«essere» a quello del «dover essere», così coniugando il diritto formalmente posto con il concreto substrato sociale, a sua volta costantemente produttivo di diritto. Esempio rappresentativo della consapevolezza di questo nuovo ruolo è certamente rappresentata dalla feconda attività svolta negli ultimi decenni, non solo dall'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, ma dai comitati regionali e da apposite commissioni istituite a livello locale dai diversi Consigli notarili, attraverso l'elaborazione di "orientamenti" e di "massime" che hanno offerto innanzitutto un prezioso apporto al dibattito scientifico sui più eterogeni temi dell'esperienza giuridica ma – e soprattutto – plurimi e fecondi contributi al consolidamento di prassi interpretative ed applicative del diritto⁴⁹.

⁴⁹ V., per tutti, A. FUSARO, *La prassi notarile come fonte di regole giuridiche*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., p. 123 ss. e M. PALAZZO, *Pagina introduttiva. Autonomia privata e fonti del diritto: il ruolo del notaio*, in *Autonomia privata e fonti del diritto*, cit.,

Ed è appena il caso di osservare, in coerenza all'assunto della non vincolatività del precedente giurisprudenziale, che così come al magistrato, essendo soggetto solo alla legge, non è certamente precluso di adottare una decisione difforme dallo *jus receptum*, analoga libertà nell'adottare soluzioni interpretative diverse o addirittura opposte rispetto alla consolidata giurisprudenza di legittimità deve riconoscersi sia all'avvocato, sia al notaio. Vicende quali quelle relative alla nullità delle fideiussioni *omnibus* in difetto di preventiva determinazione dell'ammontare del credito garantito e della riconducibilità di talune ipotesi di vendita con patto di riscatto al divieto del patto commissorio costituiscono esempi emblematici di un'attività interpretativa svolta dagli avvocati e dai notai in netta contrapposizione allo *jus receptum* un tempo vigente ed, al contempo, eloquente testimonianza del prezioso ruolo di "pungolo" dagli stessi svolto rispetto sia al giudice che al legislatore.

Nella stagione della rinnovata vitalità dell'autonomia negoziale dei privati, il ruolo degli avvocati (ovviamente come consulenti) e dei notai si colloca – per dirla con Mengoni – in una dimensione di «*normativa pratica del diritto*». Entrambi sono, infatti, chiamati a porre in essere un indispensabile bilanciamento degli interessi in gioco e, quindi, a svolgere il delicato compito di tradurre il contenuto concreto dell'atto di autonomia privata in un modello negoziale che risponda all'esigenza di garantire, non solo il buon fine della concreta operazione economica voluta dalle parti – in tal modo contribuendo all'efficienza del mercato in conformità alle libertà economiche sancite nei trattati europei – ma, e soprattutto, l'osservanza dei principi fondamentali dell'ordinamento e, tra questi, primariamente, quelli di solidarietà, equità, buona fede e correttezza; così realizzando un controllo, non più soltanto di mera legalità ma, come auspicato in dottrina⁵⁰, «di meritevolezza della causa in concreto».

Ciò detto, avviandomi alle conclusioni, non posso a tal punto esimermi dall'evidenziare che sarebbe fuorviante ignorare la circostanza che, nell'assolvimento di tale arduo compito, tanto gli avvocati quanto i notai, con le specificità connesse alle innegabili differenze esistenti tra i rispettivi ruoli, da tempo non operano più all'interno delle tranquillizzanti "mura domestiche" segnate dal diritto interno, bensì in un contesto sovranazionale ed, in particolare, nell'ambito del mercato unico europeo e delle sue regole benché, per quanto possa apparire singolare, a tutt'oggi il giurista europeo continui ad essere connotato da una dimensione marcatamente nazionale, sia sotto il profilo

p. 75. Sul tema v., altresì, *amplius*, A.A. CARRABBA, *Nullità, funzione nomofilattica e sanzioni disciplinari. Gli atti «espressamente previsti dalla legge» di cui all'art. 28 l. n. 89/1913. Colloquio con la giurisprudenza*, Napoli, 2018, p. 101 ss.

⁵⁰ In argomento v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1992, p. 618 ss.

delle formazioni, sia per quel che attiene agli statuti professionali, alle modalità di accesso all'esercizio delle attività professionali ed al perimetro delle prestazioni "esclusive" agli stessi riservate. Ora è noto che il diritto comunitario, onde realizzare un mercato unico dei servizi professionali – e, quindi, garantire un'effettiva circolazione dei professionisti – si è evoluto seguendo due linee complementari di integrazione: il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi. Sì perché – in conformità ad una consolidata tendenza a proporsi come disciplina, non già di fattispecie e di istituti giuridico-formali, bensì di settori di attività economica e quindi, del mercato e dei suoi rapporti – il diritto europeo, lungi dall'individuare le nozioni tanto di lavoro autonomo quanto di professione ed, ancor più dal definire i relativi soggetti, si è limitato, sin dal Trattato di Roma, a sussumere indistintamente le attività svolte da entrambi – e, pertanto, le prestazioni rispettivamente rese – nella categoria, appunto dei "servizi", concepita in termini sì lati da ricomprendere ogni possibile attività commerciale, industriale, artigianale e professionale ricadente nell'ambito della sua sfera di operatività (art. 60, TFUE)⁵¹.

Inizialmente l'obiettivo di garantire ai professionisti una concreta realizzazione di queste libertà fondamentali è stato perseguito – senza, peraltro, realizzarlo compiutamente – attraverso l'armonizzazione dei percorsi formativi e il riconoscimento dei diplomi professionali (dir. n. 89/48 CE e 92/54 CE)⁵².

Ma mentre per gli avvocati un punto di svolta è stato segnato dalla Direttiva 98/5 CE, che ha introdotto il principio del mutuo riconoscimento del titolo professionale, consentendo, a determinate condizioni, che gli stessi possano esercitare stabilmente la propria attività in qualunque Stato membro in forza del proprio titolo d'origine, tale disciplina risulta tuttora inapplicabile ai notai, in considerazione della peculiare funzione pubblica a costoro affidata, consistente nel garantire la legalità e la certezza del diritto degli atti conclusi tra privati in uno specifico e determinato ordinamento nazionale⁵³.

Questa diversità di trattamento tra servizi forensi e servizi notarili si è, peraltro, perpetuata anche con l'emanazione della c.d. "Direttiva servizi" 2006/123 (recepita nel nostro ordinamento interno con l. n. 124/2017), che

⁵¹ In argomento, v. B. NASCIMBENI-E. BERGAMINI, *The Legal Profession in the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2009 (trad. it. Milano, 2010)

⁵² In argomento sia consentito il rinvio a G. PORCELLI, *Il lavoratore autonomo e le professioni non protette*, N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, I, Padova, 2003, p. 568 ss.

⁵³ Per un approfondimento sulla c.d. "Direttiva stabilimento" v., *ex multis*, J. SALVEMINI, *La direttiva sulle libertà di stabilimento degli avvocati*, in *Riv. dir. pubb. comun.*, 1999, p. 808 ss. e F. FERRARO, *L'avvocato comunitario. Contributo allo studio della libertà di circolazione e di concorrenza dei professionisti*, Napoli, 2005, p. 62 ss. Sulla mancata armonizzazione delle normative nazionali in materia di libertà di stabilimento dei notai, v. per tutti, P. ZANELLI, *Professioni, notariato, Europa*, Milano, 2008, p. 5 ss.

ha introdotto molteplici novità in materia di associazioni professionali, del diritto dell'utente del servizio ad un'informativa dettagliata sul corrispettivo e sulle modalità di calcolo dello stesso e ad ottenere uno specifico preventivo, prescrivendo, tra l'altro, agli ordini professionali l'adozione di codici di condotta uniformi⁵⁴. Sta di fatto, che la qualificazione nell'ambito del diritto europeo delle professioni intellettuali in termini di servizi, oltre a consentire l'applicazione della disciplina comunitaria in materia di libertà di circolazione e di stabilimento, ha prodotto rilevanti conseguenze, tra le quali, prima fra tutte l'assimilazione dell'attività libero-professionale a quella di impresa; di cui, com'è noto, il legislatore europeo accoglie una nozione ben più ampia di quella nazionale, privilegiando un criterio economicistico – secondo cui è impresa qualunque entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue attività di finanziamento⁵⁵ – così obliterando del tutto il peculiare carattere intellettuale dell'attività del professionista e la circostanza che la stessa è resa su base strettamente personale.

Sul piano pratico l'“epifania” di questa concezione mercantilistica delle professioni è oggi rappresentata dalla crescita del c.d. mercato *legaltech*, ossia dalla diffusione di piattaforme *on-line* che forniscono, via internet, appunto «servizi legali» (ovviamente non riconducibili alle attività “riservate”), a prezzi sovente irrisori (seppur comunque sproporzionati rispetto alla qualità degli stessi), così contribuendo alla strisciante “proletarizzazione” soprattutto del ceto forense ed, in particolare, dei giovani avvocati.

Sul piano normativo, invece, il logico corollario della scelta operata dal legislatore europeo è stata l'applicabilità anche alle professioni legali della disciplina sulla concorrenza, con la conseguente qualificazione degli ordini professionali come associazioni di impresa ai sensi della disciplina *anti-trust*. Il che ha determinato, non solo l'emanazione di interventi normativi di portata epocale (come la liberazione dalle tariffe), ma anche plurimi interventi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che – anche su sollecitazione del Dipartimento alle Politiche e agli Affari Europei – ha più volte sindacato, censurandole, l'attività sia del Consiglio Nazionale Forense che dei Consigli Notarili distrettuali, reputando le decisioni assunte da tali ordini professionali alla stregua di intese vietate *ex art.* 101 del TF UE⁵⁶.

⁵⁴ Sulle precipue novità introdotte con la citata direttiva si rinvia a G. BERNARDIS, *La direttiva generale in materia di servizi*, in F. BETAGNO - L.G. RADICATI DI BRNZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, p. 27 ss. Un primo commento alla legge n. 124/2017 può leggersi in M. CRISAFI, L. IZZO, E. TRUNFIO, *Il Codice deontologico forense*, Milano, 2017, p. 29 ss.

⁵⁵ Sul tema, cfr., *ex plurimis*, Corte giust. 19 febbraio 2002, c-309/99, *Wouters v. Algemeene Raad vande Nederlandse Orde van Advocaten*, Racc. 2002, pp. I-1577.

⁵⁶ Nell'ampia letteratura in materia si segnalano F. FERRARO, *o.u.c.*, p. 87 ss.; E. BERGAMINI, *La Corte di Giustizia e le tariffe (massime) degli avvocati: ultime evoluzioni o ultimo*

Ora, soprattutto il civilista non può che auspicare che il nostro legislatore, nell'attuare la recente Direttiva 2018/1958 UE sulla proporzionalità, tenga presente la necessità di contemperare l'interesse generale relativo alla tutela del consumatore-utente, garantito dalle regole sulla concorrenza, con quella di salvaguardare elevati livelli di qualità dei servizi professionali, senza dimenticare che, non solo sul piano dell'evidenza empirica, ma vieppiù in coerenza ai principi enunciati dalla stessa Corte di Giustizia, nell'ordinamento comunitario le esigenze del libero mercato non possono mai confliggere con quelle della tutela delle libertà fondamentali e, per quel che attiene al nostro ordinamento costituzionale, con quelle della salvaguardia dei principi dell'eguaglianza e della solidarietà⁵⁷.

7. Avviandomi alle conclusioni, nel ringraziare questo attento e qualificato uditorio per la pazienza dimostrata e confidando di non avervi eccessivamente tediato, alla fine di queste mie riflessioni mi sembra di poter affermare, con l'orgoglio del civilista, che con l'avvento del diritto post moderno si assiste ad una formidabile rivincita del diritto civile dopo secoli di cattività statale e, per ciò stesso, ad una riappropriazione da parte dei *cives* del diritto dei privati: quello *jus privatorum* che, quantomeno nei paesi di *civil law*, il meccanismo della supremazia della legge formale, consacrato dal trionfo della codificazione, aveva espropriato ai privati e che ora viene, in un certo senso, loro restituito sul terreno dell'economia globale. Ben può dirsi, quindi, che nell'ipermodernità del mercato globale si torni all'antico, ossia alla supremazia della volontà e dell'interpretazione, che era l'anima di quello *jus civile* e di cui già ci parlava nel suo *Enchiridion* il sommo Pomponio allorché affermava: «*quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*».

Così oggidi il diritto civile – o per meglio dire il suo strumentario e, quindi, i meccanismi della volontà, dell'autonomia, del negozio, del contratto –

round?, in *Dir. com. sc. inter.*, 2011, p. 491 ss.; V.C. LICINI, *Riflessioni sulla qualificazione della professione notarile alla luce delle norme comunitarie a tutela della concorrenza*, in *Notariato*, 2020, p. 62 ss.; E. BERGAMINI e B. NASCIMBENI, *Libere professioni, servizi, concorrenza. Norme nazionali e diritto UE a confronto*, in *Dir. com. intern.*, 2019, p. 14 ss.

⁵⁷ Il recepimento della Direttiva in questione nel nostro ordinamento interno – la cui attuazione era già stata prevista dalla legge comunitaria 2018 (l. n. 117/2019) – ha avuto luogo attraverso l'emanazione del d.lgs. n. 142 del 16 ottobre 2020. Tale provvedimento si applica a tutte le professioni regolamentate oggetto della disciplina di cui al d.lgs. n. 206/2007, con specifico riferimento ai requisiti che limitano l'accesso a tali professioni o il loro esercizio o che modificano quelli esistenti e prescrive che l'introduzione di detti requisiti debba essere sempre preceduta da un test di proporzionalità, ossia da un'analisi scrupolosa da parte delle amministrazioni proponenti – analisi la cui correttezza è demandata alla valutazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – il cui scopo è quello di ridurre le regolamentazioni che ostacolano l'ingresso e la libera circolazione dei professionisti nel mercato interno.

può essere assunto come l'attuale diritto della aterritorialità, il diritto della globalizzazione e quindi, come il moderno *jus gentium*, mentre il diritto della *civitas* (ossia dello Stato-nazione, dell'organizzazione territoriale, delle comunità locali), è piuttosto l'ambito del diritto pubblico e, quindi, del diritto penale, del diritto processuale, del diritto tributario. Via via, quindi, che si afferma il modello della società globalizzata si abbandona la rigida, ingessata legge formale e si procede verso il più duttile diritto degli interpreti: dalla volontà del legislatore alla *prudencia* dei giuristi, che tornano così ad essere, come nel diritto premoderno – grazie alla loro duttile saggezza pratica, frutto non solo di intelligenza giuridica, di competenza, esperienza professionale ma anche di cultura generale e senso etico – al contempo “sacerdoti” e “creatori” del diritto, seppur nella ritrovata consapevolezza che il principio di legalità – pietra angolare del nostro ordinamento – esige che tutti i poteri siano soggetti alla legge e che l'applicazione della stessa sia sempre distinta e separata dal momento della sua produzione, costituzionalmente affidata a soggetti eletti a suffragio universale e diretto dal popolo.

Ed è con l'auspicio per tutti gli appartenenti alle professioni legali di riuscire ad essere all'altezza dell'arduo compito di saper cogliere con umiltà, onestà intellettuale e la maggiore obiettività possibile il senso e la portata degli epocali cambiamenti in atto, utilizzando l'ermeneutica come strumento di garanzia, non più dell'illusorio mito della certezza del diritto ma, quantomeno, di un grado tollerabile di incertezza⁵⁸, che mi congedo da Voi.

⁵⁸ La ragionevole prevedibilità della soluzione di un giudizio costituisce una componente, tutt'altro che secondaria, del diritto di difesa costituzionalmente garantito ed integra, quindi, un logico corollario dei principi del giusto processo e della sua ragionevole durata. Sul tema v. per tutti N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017 e ID. (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019.