

## INDICE SOMMARIO



<i>Presentazione</i> . . . . .	1
--------------------------------	---

CAPITOLO PRIMO

LA GIURISPRUDENZA FONTE DEL DIRITTO

Parte Prima: IL RUOLO DEL GIUDICE NELLA CRISI DELLE FONTI DEL DIRITTO

1. Centralità del problema della giurisdizione nella riflessione sul diritto. Ruolo del giudice e procedimento interpretativo. Le impostazioni illuministiche che tendevano a separare i due momenti. L'odierna crisi del sistema delle fonti. . . . .	15
2. La specificità dell'interpretazione giuridica. Sul falso problema della creatività dell'interprete. La Corte costituzionale e il diritto vivente . . . . .	18
3. L'interpretazione giuridica come fatto essenzialmente comunitario. Le peculiarità del nostro tempo a forte conflittualità assiologica . .	21
4. Il sistema delle fonti nel quadro della progressiva destatalizzazione del diritto. La concorrenza tra fonti interne e fonti comunitarie . .	27
5. ( <i>Segue</i> ) Le fonti riconducibili all'autonomia dei privati. La <i>lex mercatoria</i> e le forme di autoregolazione . . . . .	30
6. La delicatezza del ruolo giudiziale nel nuovo contesto. Il principio di ragionevolezza. Il ruolo di ciascuno come cittadino nel quadro dell'esperienza giuridica . . . . .	32

Parte Seconda: DOTTRINA E GIURISPRUDENZA QUALI FONTI INTEGRATE DEL DIRITTO

1. Dottrina e giurisprudenza come fonti del diritto nell'ottica tradizionale. La posizione di Capograssi . . . . .	39
2. Dottrina e giurisprudenza nell'esperienza contemporanea. L'assottigliarsi delle differenze. La funzione decisiva del principio di ragionevolezza. Dallo <i>jus positum</i> allo <i>jus in fieri</i> . L'integrazione tra dottrina e giurisprudenza . . . . .	41
3. La ricerca di una prevedibilità degli esiti al di là della certezza. La funzione di dottrina e giurisprudenza nell'ottica della c.d. comunità interpretativa. La loro reciproca interazione . . . . .	46
4. Il nuovo significato dell'intuizione di Capograssi. La comunità	

interpretativa e il rapporto diritto-morale. La funzione stabilizzatrice di un processo interpretativo integrato. La coppia dottrina-giurisprudenza quale fonte esclusiva del diritto . . . . .	52
---	----

## CAPITOLO SECONDO

## I NUOVI PROCEDIMENTI INTERPRETATIVI

## Parte Prima: MORTE E TRASFIGURAZIONE DELL'ANALOGIA

1. La novità del riferimento all'analogia nella stagione della destatuizzazione del diritto. L'art. 4 del <i>code Napoléon</i> e il presupposto della mancanza di lacune nell'ordinamento giuridico. La prospettiva di Geny: mancanza di lacune per il giudice, non per la legge. Il postulato della completezza dell'ordinamento e i modelli culturali che vi si riconnettono. L'asserita sostanziale distinzione tra interpretazione e integrazione . . . . .	60
2. Il superamento di un tale postulato. Il principio del <i>nisi tota lege perspecta</i> e l'idea dell'analogia come momento caratterizzante di ogni processo applicativo del diritto. Le sedimentazioni della vecchia concezione nei paradigmi argomentativi utilizzati dalle decisioni giudiziali. Il richiamo all'analogia come mero espediente di linguaggio nelle sentenze la cui soluzione risulta acquisita in una prospettiva più generale. Alcune esemplificazioni . . . . .	63
3. L'inevitabile sovrapposizione tra interpretazione e integrazione nel processo applicativo del diritto e il venir meno della distinzione tra <i>analogia legis</i> e <i>analogia iuris</i> . Il superamento di un presupposto ordinamentale unitario quale punto di riferimento della prospettiva analogica. Il sempre più frequente richiamo nelle decisioni giudiziali ad altri ordinamenti giuridici. Irriducibilità di tale procedimento argomentativo al diritto comparato. Definitivo superamento della prospettiva delle lacune . . . . .	69
4. Inutilità della riconduzione del richiamo al diritto straniero entro lo schema dell'art. 12 delle preleggi. Il nuovo atteggiamento del giudice dopo il superamento del richiamo totalizzante alla codificazione. Ancora sul superamento dell'idea di lacuna. La nuova prospettiva delle fonti quali realtà non previamente definibili . . . . .	73
5. Dall'idea di sistema come oggetto all'idea di sistema come fine. L'interpretazione sistematica come processo e la nuova funzione dell'analogia nel quadro di una riscoperta della dimensione storica del diritto. L'ordinamento verificabile in chiave di effettività. Per un nuovo ruolo del giurista . . . . .	77

## Parte Seconda: INTORNO AI “PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO”

1. Il rapporto tra principî e fini. Il principio in generale e il principio giuridico in particolare. La cultura giuridica e i modelli del positivismo. Il tentativo di formulazione positiva dei principî. I principî come derivati dal sistema delle norme . . . . . 83
2. I principî nell’esperienza contemporanea. Principî assiomatici e principî problematici. Elasticità di qualsiasi classificazione. Alternatività dei principî. . . . . 88
3. I “principî generali dell’ordinamento giuridico dello Stato” di cui all’art. 12 delle preleggi. La sentenza sul caso Englaro. L’impossibilità di desumere i principî dal sistema delle norme . . . . . 90
4. La novità del problema nel quadro della c.d. costituzionalizzazione del diritto. L’impossibilità di una elencazione astratta o di una gerarchizzazione dei principî. La concezione dinamica della regola giuridica e il suo necessario ancoraggio a principî. Il problema del bilanciamento . . . . . 93
5. I principî e il problema del completamento delle lacune. Principî generali e analogia. La necessità di superare i vecchi paradigmi. Il procedimento interpretativo nella orizzontalità e nella verticalità del contesto sociale storicamente definito . . . . . 97

## Parte Terza: DIRITTI FONDAMENTALI E RUOLO DEL GIUDICE

1. L’ottica dei diritti fondamentali quale limite all’attività del legislatore. La rilevanza del problema nella crisi del sistema delle fonti e del ruolo del Parlamento. L’affermazione dei diritti fondamentali come garanzia della giuridicità. La dignità tra atti di posizione e atti di riconoscimento. La comunità politica quale ambiente necessario al dispiegarsi dei diritti. La necessità per il giurista di liberarsi dalle sue tradizionali categorie concettuali . . . . . 102
2. Il superamento del riduzionismo giusnaturalistico e di quello positivistico nel quadro del processo di implementazione dei diritti. L’essenzialità del filtro giurisdizionale come momento di concretizzazione dei diritti. L’ottica dei diritti fondamentali come verifica della decisiva incidenza del momento giurisdizionale nell’esperienza giuridica contemporanea. L’art. 6 del Trattato di Lisbona. I diritti fondamentali come principî generali . . . . . 105
3. La centralità del momento giurisdizionale nell’affermazione dei diritti fondamentali. La tendenziale universalità dei diritti e la specificità delle condizioni storiche. Principio di maggioranza e minimo comune denominatore sociale . . . . . 112
4. Gli istrumentari giuridici utilizzati dal giudice per la specificazione dei diritti fondamentali. Le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale e il nuovo testo dell’art. 117 cost. Il riferimento

- a precedenti giurisprudenziali stranieri. Ipotesi di conflitto fra norme sovranazionali e principî costituzionali. Il superamento della prospettiva di segno mercantile . . . . . 118
5. I residui spazi di incertezza in sede applicativa. La oscillante giurisprudenza della Cassazione sull'art. 31 del T.U. in materia di immigrazione come esempio delle persistenti difficoltà applicative. I diritti fondamentali e il vero ruolo della giurisprudenza nell'esperienza contemporanea. Dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge. 124

Parte Quarta: IL PROBLEMA DELL'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO COMUNITARIO

1. Il principio di effettività come criterio di individuazione del diritto vigente (alternativo rispetto all'impostazione giusnaturalistica o formalistica). L'effettività e il rapporto diritto-politica . . . . . 131
2. Varietà dei possibili ambiti di rilevazione dell'effettività. La specificità del principio di effettività riferito all'ordinamento comunitario. La bivalenza dell'espressione "diritto comunitario" e i suoi riflessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale . . . . . 134
3. Il quadro oggettivo di riferimento dell'effettività nel contesto comunitario. L'ambiguità delle utilizzazioni giurisprudenziali. Il principio della prevalenza del diritto di fonte comunitaria. . . . . 138
4. L'effettività come criterio di raccordo tra la fonte interna e quella comunitaria. Il ricorso alla Corte di giustizia *ex art.* 234 Trattato CE. 142
5. Il limite di costituzionalità all'applicazione di una fonte comunitaria. La decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo. Il regolamento sulle ispezioni domiciliari connesse alle regole di concorrenza . . . 144

CAPITOLO TERZO

UN DIRITTO COSTANTEMENTE *IN FIERI*

Parte Prima: I CIVILISTI E LA CERTEZZA DEL DIRITTO

1. Tradizione civilistica e positivismo. La stagione dell'uniformità delle soluzioni interpretative per l'omogeneità del contesto sociale. Il dato formale come preclusione alle strumentalizzazioni del fascismo. L'uscita dal conflitto mondiale e i primi sintomi di crisi del modello della certezza. . . . . 155
2. I civilisti e la filosofia del diritto. Positività e verificabilità. La nuova civilistica della seconda metà del secolo scorso. Incidenza del momento interpretativo e argomentativo. . . . . 160
3. La civilistica e il testo costituzionale. La rottura del paradigma della fattispecie. La Corte costituzionale e i parametri della ragionevolezza e del diritto vivente . . . . . 165

4.	Altri indici di progressiva giurisdizionalizzazione del diritto civile. La valorizzazione delle clausole generali. Dal fatto al valore. Progressivo spostamento del processo applicativo del diritto sul piano dell'argomentazione . . . . .	172
5.	La disintegrazione del sistema delle fonti. Il processo di decodificazione. Le fonti di derivazione privata. L'incidenza del sistema comunitario. . . . .	177
6.	Da uno <i>jus positum</i> a uno <i>jus in fieri</i> . Le resistenze di una parte della civilistica italiana. Il rifugio nel nichilismo. La tesi di una eclissi del diritto civile. Nel rapporto tra testo e contesto il passaggio da un sapere teorico ad un sapere pratico. Nuove prospettive per il diritto civile del terzo millennio . . . . .	182

Parte Seconda: L'ABUSO DEL DIRITTO E LA CREATIVITÀ DELLA GIURISPRUDENZA

1.	L'abuso del diritto come paradigma del processo di giurisdizionalizzazione del diritto. Oltre il criterio della validità e per la legalità del caso. Il riflesso di una metodologia giuridica antiformalistica. Lo sforzo della giurisprudenza di collocare una novità nel segno della continuità. . . . .	191
2.	Essenzialità del ruolo del giudice, al di là della distinzione tra sistemi di <i>common law</i> e sistemi di <i>civil law</i> . Dallo <i>jus positum</i> allo <i>jus in fieri</i> e il ruolo paradigmatico dell'abuso del diritto. Irrilevanza di un riconoscimento legislativo del divieto di abuso . . . . .	196
3.	Irriducibilità dell'abuso ad uno schema astratto. La centralità dell'argomentazione intesa come fonte. Sulla necessaria creatività della giurisprudenza come fonte. Gadamer e il perfezionamento creativo della legge nell'interpretazione. Il significato della creatività giurisprudenziale nel quadro del principio di cui all'art. 101 cost. Il senso del riferimento al "diritto vivente" . . . . .	202
4.	Superamento della vecchia dottrina sull'abuso nell'ottica della costituzionalizzazione e della personalizzazione del diritto. Principî, diritti e regole nel momento giurisprudenziale. Diritto e giustizia nella stagione del positivismo e oggi . . . . .	211
5.	La delicatezza del profilo argomentativo. La resistenza delle vecchie categorie ordinanti e la necessità di superarle. L'argomentazione come modo di ricordare il testo al contesto . . . . .	219
6.	Abuso del diritto e frode alla legge. Elusione e abuso del diritto nella legislazione tributaria. La diversità rispetto alle ipotesi di abuso del diritto riferite al contratto. La diversa incidenza dell'attività del giudice e il diverso richiamo ai principî costituzionali. Positività di un riferimento generalizzato all'abuso. Conclusioni sul ruolo dell'intervento giurisdizionale . . . . .	224

## Parte Terza: INTORNO ALLA "GIUSTIZIA" DEL CONTRATTO

1.	Giustizia del contratto e giustizia dell'ordinamento . . . . .	235
2.	La giustizia del contratto nel rapporto tra diritto ed economia. . .	238
3.	Giustizia del contratto e autonomia delle parti . . . . .	243
4.	Giustizia del contratto e pluralità di forme contrattuali. . . . .	249
5.	La giustizia contrattuale nel contesto europeo. . . . .	253
6.	L'incidenza dei principi costituzionali . . . . .	260
7.	Varietà delle tecniche operative in un quadro argomentativo. . . .	265

CAPITOLO QUARTO  
DIRITTO E CULTURA

## Parte Prima: DIRITTO E SOCIOLOGIA NELLA CRISI ISTITUZIONALE DEL POSTMODERNO

1.	Il rapporto tra diritto e sociologia nel passaggio dal moderno al postmoderno. Il principio unificante del moderno e la funzione istituzionale del riferimento ad un comune indice normativo. . . .	271
2.	La crisi del postmoderno e il nuovo ruolo della sociologia del diritto. Il venir meno della funzione della regola come presupposto valutativo dei comportamenti. Il rischio del "non diritto". . . . .	277
3.	Il nuovo compito del giurista e del sociologo. Il problema della teoria delle fonti e della loro gerarchia. Alcune esemplificazioni: il rapporto tra norme interne e norme comunitarie; l'incidenza della <i>lex mercatoria</i> sulle singole legislazioni nazionali; le decisioni delle c.d. autorità indipendenti in ambiti un tempo disciplinati dalla legislazione ordinaria. . . . .	280
4.	La crisi istituzionale del nostro tempo. L'espansione della funzione giurisprudenziale. Il venir meno del ruolo del Parlamento. Il significato del riferimento al "diritto vivente". . . . .	285
5.	Per un nuovo rapporto tra interpretazione giuridica e sociologia del diritto. Oltre il formalismo per un superamento dell'anomia. . . .	291

## Parte Seconda: IL DIRITTO QUALE CROCEVIA FRA LE CULTURE

1.	La logica delle due o delle tre culture e il diritto. L'ipostasi del positivismo giuridico e la sua reiterazione nell'ottica del nichilismo. La frattura tra diritto e cultura . . . . .	293
2.	La necessità di superare sia il formalismo giuridico che la logica di una pluralità di culture. Il necessario raccordo tra diritto e cultura nel segno della dimensione spirituale dell'uomo. Il diritto non può essere mera tecnica se si radica nella storia. Il significato del termine "esperienza" . . . . .	296

3. Il rilievo del rapporto soggetto-oggetto. La necessaria dimensione culturale del diritto e la sua valenza unitaria. La prospettiva giuridica come modo per scoprire l'unità della cultura. L'ottica degli atti di posizione e quella degli atti di riconoscimento. . . . . 302
4. Il diritto come crocevia fra le culture. La cultura di un popolo e la costituzione in senso materiale. L'essenziale funzione del diritto in un contesto culturale unitario. . . . . 307