

SOCIETA' EDITRICE IL MULINO S.p.A.

DIREZIONE RIVISTE - STRADA MAGGIORE, 37 - 40125 BOLOGNA
TEL. 051 256011 - FAX 051 256034
E-mail: riviste@mulino.it - <http://www.mulino.it>



Capitale Sociale €1.175.000
R.E.A. di Bologna n. 108041
Registro Imprese n. 00311580377
C.F. e P.IVA 00311580377
C.C.P. 15932403

L'autore Silvia Niccolai, titolare esclusivo / titolare insieme al coautore
Se il giurista è un buon pastore. La
narrativa romantica delle liti strategiche.

dei diritti sull'articolo dal titolo Politica e società numero _____
_____ che garantisce
inedito, liberamente disponibile e lecito, manlevando l'editore da ogni eventuale danno o spesa,
riconosce alla Società editrice il Mulino Spa e suoi aventi causa i diritti alla pubblicazione nella
rivista _____ Politica e società numero _____.

Autorizza inoltre il Mulino di farne uso in raccolte anche on line – rendendolo disponibile al pubblico anche mediante siti internet – e a disporre le utilizzazioni (comprese riproduzioni, elaborazioni e accostamenti) a tali fini preordinate. L'autore si impegna – salvo diverso accordo scritto con Il Mulino – a non effettuarne o consentirne la traduzione e/o la pubblicazione in altro contesto prima che siano trascorsi almeno 18 mesi dalla sua pubblicazione in questa rivista e, in ogni caso, a effettuarne o permetterne la pubblicazione solo nella forma originaria di pre print. Anche eventuali impieghi in rete dovranno rispettare le condizioni di cui sopra e utilizzare esclusivamente il sito web personale o quello istituzionale dell'ente al quale l'autore afferisce.

Luogo Roma, data _____

Firma _____
Silvia
Niccolai
28.07.2022
09:12:50
GMT+01:00



Per specifica approvazione, ai sensi dell'art. 1341 c.c., di quanto stabilito nelle clausole sopra riportate.

Firma _____
Silvia
Niccolai
28.07.2022
09:12:50
GMT+01:00



Se il giurista è un buon pastore. La narrativa romantica delle liti strategiche e il monito di *In pari causa turpitudinis*

Silvia Niccolai

Dipartimento di Scienze politiche e sociali

Università degli Studi di Cagliari

Viale Fra' Ignazio, 78, Cagliari 09123

niccolai@unica.it

If the jurist is a good shepherd: the romantic tale of strategic litigations and the warning of *In pari causa turpitudinis*

Strategic litigations are a means of using the trial to create norms. What is new? Very little, from the views of a legal culture which, as the one that dominates from modernity onwards, is convinced that law is a matter of decisions and that everything in law is doomed to change, because it relies only on will. There is a lot new, however, from the views of a classical, ancient, or pre-modern legal culture, which thought that a rule was first of all an act of knowledge, and that the legal experience - a facet of the human experience, which always changes, and it is always the same - contained some unchanging principles, often expressed by ancient Roman maxims, which were considered as many observations and interpretations of facts. In Italy this culture (which can be said pre-modern because convinced that facts and values communicate), survived so long that it was still the target of harsh criticism in the second half of 1900. In 1966, this criticism invested an emblematic maxim, *In pari causa turpitudinis*, which, saying that no right can arise from crime, warns against the risks of abusing justice. The polemics marked the triumph of culture animated by noble aims of reform, by pastoral intentions of inclusion and emancipation, convinced that no fact, no human action, no relation must remain out of the scope of law. The ancient maxim, that posed some limits to the cases and matters on which law could intervene, was now deemed immoral, selfish, indifferent. Expression of legal activism and romanticism, the polemics against *In pari causa* had good intentions, but also a cost: it made us forget that when it aims to a purpose, a trial does not deserve this name.

Keywords: strategic litigations, *regulae iuris*, facts, values.

La lite strategica è una *lis ficta*, un processo promosso ad arte per far risaltare l'ingiustizia di certi divieti o della mancanza di certi istituti; essa può fondarsi, tra altro, sull'auto-accusa, o sulla richiesta di esecuzione di un accordo contrario alla legge intervenuto tra le parti, o tra le parti e terzi, o di alcune sue conseguenze, con lo scopo di legittimare l'accordo o la pratica vietati.

Il processo è usato in questi casi come un mezzo per l'adattamento del diritto a nuove e modificate realtà/bisogni sociali, ossia come uno strumento di riforma della legislazione, che si presume attardata. Spesso del resto la lite strategica si associa, per rafforzarle, a iniziative legislative, e si può certamente parlare, per più aspetti, di uso politico del processo¹.

Proprio per questo, d'altro canto, la lite strategica, benché sia spesso considerata espressione di un riscatto della giurisdizione sulla legislazione, o della/e comunità sullo stato, non è una tecnica alternativa e competitiva rispetto al ricorso alla legislazione, ma è un equivalente di quest'ultima, quanto meno dal punto di vista della concezione del diritto presupposta. Dal punto di osservazione delle liti strategiche il diritto è uno strumento che si esaurisce nella dimensione positiva, consiste e si risolve, cioè, nei precetti e negli istituti creati in modo convenzionale, relativi a dati tempi, mutevoli, orientati a governare/riformare la società, che è lo stesso modo in cui il diritto ci appare se lo consideriamo il prodotto della legislazione.

¹ La lite strategica tende a confondere giurisdizione e legislazione in un'unica funzione di produzione del diritto in cui concorrono anche processi sociali: cfr. Pisanò 2020, 63 ss.; sul fenomeno, e con intelligente espressione dei punti di vista enunciati (e criticati) nel testo v. Condello 2018, 19 ss.; Condello e Ferraris 2015, 621 ss. Per altri riferimenti sia consentito rinviare per brevità a Niccolai 2020, 1 ss. e 2021, 1 ss.

La visione del diritto presupposta è dunque quella per cui il diritto è una tecnica neutra, qualcosa che è privo di un proprio essere², e i cui valori – il cui valore – dipendono dai contenuti che vi vengono immessi perché non è portatore di propri contenuti e di propri valori, ma è solo un mezzo per affermarne. Tenendo presente ciò, la lite strategica dimostra di avere le sue radici nelle più tradizionali concezioni giuspositive. Con quelle, la lite strategica condivide la visione di fondo, storicista, per cui il diritto è una tecnica per il governo della società, e si muove solo a condizione che vi sia immessa sempre nuova “sostanza sociale” (Brugi 1911, 36), ed un certo atteggiamento caratteristico, che oscilla tra il romanticismo – vi è infatti l’aspirazione a una sempre maggiore o più piena giustizia – e l’illuminismo, rappresentato dalla fede nella riforma e nel progresso³.

Nel nostro Paese la visione del diritto quale strumento della giusta riforma è stata altamente favorita dall’avvento della Costituzione, meglio dalle interpretazioni, che, a suo tempo (un tempo ormai lontano, per certi versi, ma vicino, per altri versi), ne hanno sottolineato la natura di progetto normativo di società e hanno messo in una luce positiva la riduzione del diritto a tecnica, perché era una tecnica sì, ma messa finalmente al servizio di una causa buona. La Costituzione teorizzata come fonte del diritto, e cioè come atto di diritto positivo, ma ricco di promesse, strumento trasformativo, ha giocato nella cultura dei giuristi italiani generando, o meglio ri-attivando, il mito, come ora detto illuminista e romantico, di poter essere, ad un tempo, giuristi positivi, tecnici, interpreti e applicatori della legge, ma anche attivamente impegnati nella trasformazione della società (sempre in un senso più giusto), insomma di poter essere giuristi positivi ma anche di poter fare politica del diritto e col diritto⁴. Questa chimera è del resto talmente caratteristica della nostra cultura, che essa non è neppure spuntata con la Costituzione, ma ha cominciato a delinarsi insieme al trionfo del giuspositivismo storicista, che si fece strada a grandi passi dopo l’unificazione⁵. Esso si portò dietro il rapido sorgere dell’interpretazione storico-evolutiva, che, per come la presentò Francesco Degni nel suo libro del 1909, era già l’idea di coniugare giuspositivismo ad attivismo⁶. Degni teorizzava, giuspositivisticamente, che il giurista deve trarre i principi solo dalla legge; ma, invertendo canoni classici circa il rapporto tra regola e eccezione, tra generale e particolare, ammetteva che il giurista, per trovare i principi generali, potesse scegliere una qualunque leggina speciale, se più adatta e rispondente con le *nuove esigenze sociali* dei tempi. Il diritto va adattato ai tempi, deve rispondere a tutti i bisogni della società, lottare contro tutte le ingiustizie, e tanto deve fare il giurista; tale era la morale sviluppata da questo scrittore, che rivendicava ad ogni piè sospinto di non essere un giusliberista, ma lo era nella sostanza e non era un pensatore isolato, ma espressione di correnti forti e durevoli. La sua opera è stata indicata da Franco Modugno, in uno scritto del 1974, come fonte per l’interpretazione costituzionale⁷ e peraltro nel 1952 Crisafulli teorizzò che ciò che la politica attardata non riusciva a fare (attuare la

² Riprendo l’espressione da Buonamici 1877, 21, un sostenitore dell’idea che il diritto sia una realtà, che ha una sua unità nel tempo, dovuta all’esistenza di principi propri, in cui “vecchio e nuovo non si aboliscono mai del tutto reciprocamente”, perché “allora [si] romperebbe la continuità dell’essere”. Come accennerò nel prosieguo, l’idea è stata lungamente difesa in Italia contro l’avvento del giuspositivismo storicista, il quale è consistito, in essenza, nel contrastarla.

³ Per il suggerimento che romanticismo e illuminismo siano alla base delle concezioni contemporanee del diritto v. Giuliani 1953, 90: anziché “osservatore” della realtà, il giurista moderno se ne sente “riformatore”, e sono chiari i rischi di un atteggiamento carico di “istanze normative”: infatti, “una teoria che non è volta a comprendere la realtà è portata necessariamente a *deformarla* per trovarvi una conferma”.

⁴ Come è ben noto, si deve principalmente a Crisafulli (la cui professione di formalismo è d’altronde indubitabile) l’aver scolpito l’immagine della Costituzione quale vero e proprio “programma d’azione”, anzitutto sul piano della legislazione, “secondo principi democraticamente avanzati e realistici” che distinguono e connettono lo Stato-potere allo Stato-società, e guidano lo “sviluppo della società statale in certe direzioni” (Crisafulli 1948, 35); il saggio, come è altrettanto noto, convoglia largamente l’ordine concettuale dello studio sui principi generali espressi promossi dal fascismo (Crisafulli 1943, 175 ss.).

⁵ La scienza giuridica italiana era arrivata all’unificazione ancora in gran parte legata a concezioni premoderne, convinte della fondazione soggettiva del diritto, quale esperienza che scaturisce dalla capacità morale dell’uomo, perciò individualistica, ma segnò dopo di allora l’avvento delle nuove concezioni oggettive, orientate a intendere il diritto come il prodotto degli Interi (la società, lo stato) e a sottolinearne il carattere pubblico e collettivo. Il lettore intuirà che fa da spartiacque tra antico e moderno l’avvento della legge di Hume e la sua progressiva diffusione nelle mentalità e quindi nelle concezioni giuridiche, riflessa dalla sostituzione della regola, “osservazione e interpretazione di comportamenti”, che campeggia nelle concezioni antiche, o classiche, con la norma, disposto precettivo, che si affaccia col moderno (Orestano 1989, 69 ss.).

⁶ Degni (1909, 224) disegna il quadro utopistico di un’interpretazione che, mentre è “conforme a *tutte* le esigenze, a *tutti* i bisogni dell’ambiente sociale a cui devono applicarsi, non sorpassa la sfera segnata dal sistema giuridico positivo vigente”.

⁷ Modugno 1974, 283 ss.

Costituzione) dovesse farlo il giudice⁸ (ed ho citato così due grossissimi calibri del nostro diritto costituzionale).

Negli anni Sessanta del Novecento il trionfo di questa cultura – di giuspositivismo attivistico, che si potrebbe chiamare anche un realismo o anti-formalismo critico occulto, e che cioè procede sotto le mentite spoglie del culto nella norma e apre a un *uso ideologizzato del diritto* – fu segnato da un celebre saggio di Pietro Rescigno indirizzato contro due *regulae iuris*, due principi generali di diritto, *In pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis* e *Nemo auditur allegans turpitudinem suam*.

Le due regole – che hanno in *common law* un corrispondente nella massima *He who comes to equity must have clean hands* – possono essere viste come altrettanti moniti contro le *lites fictae*, contro un ricorso strumentale al processo, perché sconsigliano di svolgere processi sulla base di pretese che (per dirla ora sbrigativamente) hanno la loro origine in comportamenti contrari alla legge. La loro storia ha qualcosa di paradigmatico, per chi si interessa di liti strategiche.

1. Il vecchio e il nuovo

Il saggio di Rescigno, che invero si occupa prevalentemente di *In pari causa* ma colpisce anche *Nemo auditur*, in quanto regola gemella⁹, fu il finale di una lunghissima partita iniziata con l'unificazione e con la codificazione. I giuristi italiani, all'epoca in gran parte ancora portatori dei metodi del diritto comune, pensarono che i principi generali di diritto, ai quali faceva riferimento il codice all'art. 3 disp. gen. fossero i principi che venivano dal diritto romano, che erano stati osservati per secoli nella pratica di diritto comune; e tali erano in particolare, per effetto di percorsi che non posso qui raccontare, le regole, oggetto di molte riformulazioni, raccolte nell'ultimo libro del Digesto, il libro 50.17 *De regulis iuris antiqui*, protagoniste, da noi, dell'*interpretatio* secondo equità che per molti versi ancora si racciordava agli usi del diritto intermedio¹⁰. In altri termini, i nostri giuristi del secolo XIX pensavano che il diritto avesse *propri* principi, non ultramondani, metafisici, di diritto naturale, ma storici – positivi dunque, in un certo senso – sebbene non dettati da un legislatore ma nati dalla pratica e dalla scienza del diritto, legati al suo funzionamento¹¹. Contro queste convinzioni, considerate attardate e antiscientifiche, il codicismo prima, e il giuspositivismo storicista-diffusero nuove tesi, a noi ben note, come quella secondo cui i principi si traggono per generalizzazione dalle norme vigenti¹². L'uso del foro e della dottrina di utilizzare le regole come principi generali fu attaccato, ridicolizzato, criticato anche con ferocia. Tuttavia, la giurisprudenza in specie, ma anche molta parte della dottrina, rimasero fedeli all'idea che il diritto non potesse non contenere, che il codice li contemplasse o meno, alcuni principi, inerenti, come si diceva alla logica del diritto. Nel frattempo, la tesi dei principi generali che si traggono dalle norme vigenti, che combatteva queste convinzioni, durò poco. Il suo principale portato fu far sorgere da noi il fino ad allora sconosciuto tema delle lacune, ma, con questo, ci si accorse anche che la tesi aveva grossi limiti. Già alla fine dell'Ottocento Vittorio Scialoja scrisse: occorre guardare alla politica, all'economia, alla società per integrare le “regolette di esegetica” che ci dà il codice (Scialoja 1898, p. 46 ss.), regole alle quali il codice era stato ridotto proprio per esser stato separato dai principi del diritto che la scienza tradizionale tramandava. Pur dandosi nuovi e sempre più informali strumenti di interpretazione (Degni scrisse per esempio senza mezzi termini che la politica è un criterio interpretativo) la dottrina di punta non tornò mai indietro a correggere lo stigma, di chiara marca storicista, gettato sull'idea che vi fossero nel diritto alcuni principi *propri, costanti, intertemporali*, inerenti alle sue caratteristiche, uguali o simili presso molti popoli, perché inerenti alla natura del diritto e al modo in cui storicamente è stato *fatto*, non convenzionali e non relativi a un dato tempo, stato, popolo¹³.

Tra le regole che, secondo la giurisprudenza e la dottrina tradizionaliste, non potevano non esistere perché inerenti alla logica stessa del diritto venivano citate le nostre due, e, in particolare, *In pari causa*. Quest'ultima, attraverso la mediazione dei grandi trattati di Domat e Pothier, era divenuta regola

⁸ Quale “soldato degli interessi costituzionalmente protetti, dei diritti dei cittadini, conculcati dall'inerzia del legislatore” (Crisafulli 1952, 161).

⁹ Rescigno (1966a, p. 145 ss.).

¹⁰ Essa aveva il suo cardine nel commento di Bulgaro, allievo di Irnerio, alla *regula In omnibus quidem maxime in iure aequitas spectanda est* (D.50.17.90) dove Bulgaro (1856, 79) spiegava che l'equità è una proporzione: “*Aequitas in singulis causis et negotiis spectanda est maxime autem in iure, hoc est inquirendum an X pro X reddi vel aliquid sit aequum*”. Con la conseguenza che “*cum stricti iuris sit pacta servari, aequitas autem ex sua distinctione dicat quarundam pacta non esse servanda ut ea, quae dolo, quae vi, quae metu, quae cum minore, quandoque quae cum foemina, quae cum filio familias facta sunt, index: decernere debet secundum aequitatem id est potius non esse servando quam secundum iuris rigorem atque angustias*”.

¹¹ Un'attenta sintesi della vicenda è offerta da Giuliani 1982, 175 ss. e 1999, 377 ss.; anche chi scrive ne ha fatto oggetto di studio (Niccolai, 2022).

¹² Per una recente nuova riflessione intorno a questo snodo, che tiene conto della tradizione delle *regulae iuris*, v. Cerrone (2018, 545 ss.).

¹³ È questo il problema che fece la sostanza della discussione intorno ai principi generali, che ebbe il suo punto di approdo nel celebre saggio di Giorgio Del Vecchio (1920, 207 ss.) il quale, benché ispirato alla tradizione storica e positiva dell'*interpretatio* secondo equità, fu liquidato come espressione di giusnaturalismo astratto e metafisico.

dell'irripetibilità del contratto contrario ai buoni costumi¹⁴, ma da noi si preferiva continuare a parlare di contratto a causa turpe. Il codice del 1865 menzionava la causa illecita come motivo di nullità e non prevedeva l'irripetibilità della prestazione a causa turpe; la dottrina e la giurisprudenza, però, continuarono a pensare che quando la causa era illecita per un motivo comune alle parti, che apparisse turpe, subentrava la regola dell'irripetibilità¹⁵.

Mi preme far notare che *In pari causa*, come *Nemo auditur*, erano sentite chiaramente dalla dottrina di allora come modi di evitare quelle che oggi chiamiamo liti strategiche. Giorgi scriveva: "i fatti illeciti o turpi non devono interessare la giustizia come *fonte di diritti* per chi li commise". Per Ferrara, "l'atto illecito non può servire *da fondamento per sperimentare un diritto*"¹⁶. Erano ammonizioni se si vuole *ante litteram* contro lo sperimentalismo giuridico di marca realista imperniato sul *bad man* che scommette sul se il diritto gli darà ragione (Gazzolo 2017, 449 ss.). La causa turpe attraeva dunque la vasta area del contratto illecito, in particolare del contratto in frode alla legge: chi ha contrattato in frode alla legge, chiosava la dottrina, non può poi chiederne in proprio soccorso il braccio, perché questo sarebbe irridere alla legge, porla in ludibrio. Un esempio fu il contratto con un avvocato per ottenere il divorzio all'estero, caso considerato da una sentenza del 1904 di cui non è da escludere l'origine strategica dato che all'epoca la questione del divorzio era bollente¹⁷. Giova ricordare che, al tempo del codice del 1865 e fino all'avvento del nuovo, *In pari causa* ha avuto impieghi significativi, operando specialmente nel campo della *moralità del mercato*, delle relazioni economiche, anche attraverso la figura della turpitudine civile, che indicava comportamenti lesivi di leggi di ordine pubblico in quanto poste a tutela di interessi della collettività e quando era *utrumque* comportava l'irripetibilità¹⁸. La dottrina tradizionalista pensava del resto che non vi fosse una differenza di genere tra la contrarietà all'ordine pubblico, quale contrasto col diritto codificato, e la contrarietà ai buoni costumi o la turpitudine, quale contrasto con interessi generali non codificati, e perciò da apprezzarsi *nel fatto, caso per caso*. Che nel primo caso la questione fosse *di diritto* (trattandosi di applicare i divieti legislativi) e nel secondo *di fatto*, era considerata "una differenza più apparente che reale: giacché la questione di diritto intorno alla ricerca delle prestazioni contrarie all'ordine pubblico è un'indagine, la quale ha tanti aspetti quanti sono i particolari precetti o divieti contenuti nei codici. Consiste nel vedere per ogni singola disposizione, quale sia lo scopo del legislatore nel comandare o nel proibire. Convien dunque trattarla come *una questione di fatto, non suscettiva di regole scientifiche e costanti*" (Giorgi 1877, 440, enfasi aggiunte).

Proprio questo era il problema agli occhi della dottrina modernista. Con le regole di diritto antico sopravviveva l'atteggiamento interpretativo tipico del diritto comune, fondato sull'equità, secondo cui la questione di fatto e la questione di diritto non sono separabili. Predeterminare in modo rigido la portata di una regola era ritenuto impossibile, perché bisognava vedere come la regola e il fatto reagivano insieme, e questo, benché fosse un modo di tenere in rapporto il diritto con la vita, che è sempre cangiante, non schematizzabile, e di tenere al contempo fermi alcuni principi, agli occhi della dottrina modernista appariva un metodo, anzi un non-metodo, vuoi inconciliabile con esigenze scientifiche di sistematicità, vuoi dotato di troppo scarse capacità predittive. Uno dei motivi della polemica contro l'equità, che ai tempi infuriava, era proprio l'importanza che essa dava al fatto *singolo*. Nel diritto comune la regola generale *pacta sunt servanda* aveva una contro-regola generale, *turpia non servanda*, che voleva dire che i patti iniqui non vanno osservati e per sapere se un patto è iniquo occorre entrare sempre nel fatto¹⁹; contro-regola che cito anche per comprovare che turpe equivaleva a *iniquo* e non aveva il senso di pruriginoso moralismo bacchettone che gli è stato attribuito poi.

2. Breve storia di una regola

Tra le nostre due regole, *In pari causa*, per quanto molto amata dai nostri giuristi, aveva alle spalle anche una storia di critiche e di attacchi iniziati col giusnaturalismo, molto contrario alle tecniche proprie

¹⁴ Per la ricostruzione di questo percorso v. Breccia 1999, 140 ss.

¹⁵ Lordi (1922, 708 ss., e 1927, 385 ss.). Per la ricostruzione del dibattito Terlizzi 2014.

¹⁶ Cfr. Giorgi (1877, 203-204); per la citazione di Ferrara v. Terlizzi 2014, 127. Enfasi aggiunte.

¹⁷ Appello Milano, 23 agosto 1904, cit. in Terlizzi 2014, 124 e nota 49.

¹⁸ V. l'ampia casistica citata da Terlizzi 2014, 124 nota 47.

¹⁹ La contro-regola sintetizzava idee quali quelle espresse da Bulgaro (v. la nota 10).

dell'*interpretatio* secondo equità, care alla nostra tradizione giuridica, alquanto critico verso il diritto romano, che quelle tecniche alimentava e vero padre, oggi lo riconoscono tutti, del giuspositivismo.

Fu Grozio a incrinare per primo la regola, accusandola di immoralità. In fondo, chi sta ai patti e, ad esempio, consuma il delitto per cui è stato pagato, agisce conformemente a una morale di lealtà e la regola, che non ne tiene conto, è immorale²⁰. Pufendorf d'altro canto, seguito in questo da Domat e Pothier, oppose che “*un delitto non può far acquistare un diritto*”. Significativamente, Pothier, il più vicino tra questi scrittori alla tradizione di diritto comune, per difendere *In pari causa* richiamò nel suo ragionare l'equità. Egli intendeva l'equità, come la si intendeva allora, come *criterio di proporzione tra due prestazioni*. In ogni contratto si deve presumere la condizione che la restituzione abbia luogo, se si scopra che la cosa non era dovuta, perché “l'equità non permette di arricchire col danno altrui. Ma una tale presunzione non è ammissibile quando chi paga lo fa con la perfetta cognizione della causa per cui paga” (Pothier 1833, 53), ad esempio quando taluno paga altri per corrompere un giudice, un vecchio motivo delle fonti romane²¹. Grozio, che non pensa il diritto in termini di equità, quale logica di proporzione interna a ogni singolo rapporto, ma lo pensa modernamente nei termini di legge generale che standardizza i rapporti, e cioè nei termini di un ordinamento che ha certi interessi e si serve del diritto per farli valere a ogni livello della vita sociale, si pronuncia per l'applicazione la più estesa possibile di un *unico* precetto, cioè appunto *pacta sunt servanda*²². Villey (1975, 527) spiega questa scelta con l'impegno dell'"avvocato della Compagnia delle Indie" a fondare e proteggere i valori della nascente società capitalistica. Di qui si potrebbe tracciare subito un'analogia coi giorni nostri nei quali, come è stato notato, il tramonto di regole come *In pari causa* ha coinciso con l'affermarsi della tendenza del contratto (anche in nome dell'avanzamento dei “diritti”), a penetrare “in tutti gli spazi vitali” e a regolarli “con invadenza quasi parallela alla legge” (Breccia 1999a, 178).

Col passaggio al codice del 1942, *In pari causa* fu codificata con la disposizione sull'irripetibilità del contratto contrario ai buoni costumi. Una regola equitativa di diritto comune diventava un precetto di diritto positivo. I giuristi positivi di allora, eredi della lotta dei loro maestri contro il diritto comune, pensarono che fosse ora di far capire alla giurisprudenza una volta per tutte *come usare correttamente il precetto*, il che voleva dire *imparare a utilizzarlo come una norma*. Ciò comportava far capire due cose, opposte alle convinzioni dei tradizionalisti. La prima, è che il contratto contrario è del tutto diverso dal contratto contrario all'ordine pubblico, perché in questo si tratta di leggi in quello di *fatti*; la seconda, è che, per questa ragione, essendo poco definibile, molto a-tecnico, il contratto a causa turpe è un'ipotesi residuale e ristrettissima, che bisogna far coincidere con i soli contratti contrari al pudore sessuale (così, lo osservo incidentalmente, per la libertà contrattuale veniva proposta la stessa nozione ristretta di buon costume che, a quell'epoca, veniva promossa nell'interpretazione del limite alla libertà fondamentale di manifestazione del pensiero). Del resto, che cos'altro può significare il turpe, se non un giudizio moralistico, accettabile, in una moderna e laica società, solo nei minimissimi termini? Il saggio di Rescigno si incaricò di trasmettere questa lezione, ed è infatti un peana per l'espansione massima della clausola dell'ordine pubblico e per la riduzione al minimo di quella del buon costume. Il *favor* per l'ordine pubblico si spiega perché si era in tempi di rinnovamento della nozione: le leggi d'ordine pubblico erano ora innervate, o innervabili, coi valori costituzionali.

Occorre aggiungere, come una bella ricerca di Giulia Terlizzi ha fatto emergere molto chiaramente, che *In pari causa* arrivava ai giuristi repubblicani gravata dell'essere fascista e classista. Era stata infatti utilizzata, tra gli anni Venti e i Quaranta, nei confronti dei contratti speculativi su valute estere e altri accordi in

²⁰ Cfr. Breccia (1999b, 206 ss.).

²¹ *In pari causa* è una concrezione di diversi precetti contenuti nel *Corpus Iuris*, e in particolare della regola *In pari causa possessor potior haberi debet* (50.17.128), del complesso di precetti espressi in D.12.4 che ruotano intorno all'idea che ciò che fu dato per una causa “turpe” comune alle due parti non è oggetto di restituzione, e che a loro volta trovano una sintesi in D.12.5.3: “*Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur*”. La spiegazione che, nel XVIII secolo, Pothier dava di *In pari causa* tramandava dunque una lunga tradizione che spiegava la regola con l'impossibilità di individuare la parte a cui dare azione, tra due che accampano pretese egualmente turpi. “*Under these circumstances it is preferable to leave things as they are, rather than to assist one villain in his claim against the other, for in order to succeed, a plaintiff must always be able to demonstrate a better right than the defendant*” (Zimmermann 1996, 846, dove, a nota 78, è riportata la lapidaria spiegazione di Pietro Fabro: “*actionem enim non datur, nisi iure*”).

²² Su corrispondenti passi del *De jure belli ac pacis*, libro II, Cap. XI, v. Pothier 1833, 501.

violazione della legislazione economica protettiva; e ancora nel primo dopoguerra, nei confronti dei contratti stipulati al mercato nero, da giudici “ipocriti”, come Rescigno non manca di notare, che si permettevano di mostrare disprezzo verso pratiche, in cui essi stessi erano coinvolti, se a tenerle era la povera gente (Rescigno 1966a, 149). In questa cornice complessiva, difendere un principio del diritto solo perché lo si era sempre considerato tale era di per sé un atto reazionario, e di questo dette prova una nota di Rodotà dello stesso periodo, sempre contro *In pari causa*, su cui non posso soffermarmi adesso²³.

Per restringere l’operato del principio antico, nevralgico era dare alla regola un preciso, predeterminato raggio d’azione, attraverso l’identificazione certa e rigorosa della fattispecie corrispondente, il pudore sessuale, al posto dei molti e diversi *esempi* usati nel passato.

3. Fatto e diritto

E siamo al punto. Per i giuristi della tradizione, abituati a usare l’equità, la regola *non aveva*, propriamente, una *fattispecie*, come non ce l’aveva nessuno dei principi del diritto. Né nel caso di *In pari causa*, né in quello di *Nemo auditur*, il turpe aveva un contenuto fisso e tantomeno rimandava a qualche cosa di moralmente sconveniente che va ignorato perché sarebbe scandaloso parlarne nelle aule giudiziarie. Turpe stava per *in-honestum*, *iniquum*. Precisamente, la turpitudine segnalava la struttura di un fatto tale per cui era impossibile radicare in esso una regola di giudizio. E cerco di spiegarvi.

Le regole del diritto antico sono state definite come altrettante “strutture generali che possono applicarsi a situazioni diverse” (Giuliani 1961, 30 e 16), *luoghi comuni*, che permettono di cogliere similarità tra situazioni della vita assai diverse tra loro. L’operazione era dunque questa: si trattava di porre la singola domanda di giustizia, il singolo fatto, in relazione col motivo generale che sconsiglia di dare corso a una domanda fondata su un accordo turpe. Per questo i giuristi della tradizione la portata dell’accordo turpe si poteva indicare solo per esempi, utili a ricercare i sintomi, nella varietà e nel divenire delle situazioni della vita, della presenza del problema che la regola segnala, sicché il contratto contrario ai buoni costumi annoverava, tra i suoi *exempla*, tanto il prossenetico matrimoniale quanto il contratto informato a mediazione elettorale, quanto i contratti miranti a prestazioni civilmente inviolabili, miranti cioè al vincolo del pensiero, del sentimento (Barassi 1946, 158). I contorni del turpe potevano essere definiti solo tenendo conto ogni volta di come un certo fatto si atteggiava, la turpitudine non era un’essenza, un dato ontologico, per cui vi sono cose turpi e altre che non lo sono per una loro immutabile natura, in modo predeterminato. Non per questo i giuristi della tradizione erano casistici. Essi pensavano che l’esperienza può, nel corso del tempo, far individuare alcune situazioni che in maniera più ricorrente tendono a proporsi come veicolo di domande turpi, e tra queste per l’appunto la domanda che sorge all’interno di attività economiche fraudolente o abusive, verso le quali, proprio per la loro tipicità, nel senso di costanti, era desta l’attenzione della giurisprudenza pre-repubblicana. Ma quale era dunque il problema *costante* che situazioni *diverse e sempre nuove* potevano presentare, pur delineando certe ricorrenze? Si è detto che esso consisteva nell’esigenza di evitare che “sia elevato a diritto ciò che, per le sue possibili implicazioni, mette in gioco le condizioni di sussistenza del contesto in cui si opera” (Beduschi 2017, 288 e 312). Quale contesto? Il diritto medesimo, dopotutto, condizione di una civile convivenza. Alla fine dei conti, si trattava di *evitare l’abuso*, problema costitutivo e onnipresente nel diritto comune, quando si presentava nelle spoglie dell’*abuso della giustizia*.

Era classico, in materia, l’esempio del giudice che, accogliendo la domanda del brigante che si duole di aver ricevuto una troppo piccola parte del bottino, si impegna a ricercare la giusta parte della refurtiva che spetta a ciascun ladro: che processo sarebbe, che giudice sarebbe? Sulla premessa di un fatto intrinsecamente *iniquo*, in cui la condotta di nessuna delle due parti è corretta, come si può ricavare una regola *equa*?

L’esempio, come si sa, è stato poi messo fuori uso dalle tesi che, assegnando al diritto il solo ruolo di imporre comportamenti grazie alla forza della sanzione, ammisero che, in linea teorica, non vi è differenza tra l’ordinamento criminale e quello statale, tipica aporia di una pretesa a-moralità del diritto collegata

²³ Rodotà 1970, 105 ss.

agli assunti giuspositivi e normativisti²⁴. L'esempio, in realtà, *aveva senso*, ma lo aveva in una mentalità diversa dalla nostra, la quale teneva presenti due cose, che noi non teniamo presenti più, e che garantivano, se si vuole, una *interna moralità* del diritto. La prima era che il diritto ruotasse attorno ad alcuni grandi principi di fondo, non alle leggi qualsiasi che dettasse un legislatore o alle decisioni dei giudici, o alle *legal theories* che ispirano le pratiche; ed era rispetto a quei principi, costanti, che si ricercava una coerenza, si sentiva una responsabilità: *Suum cuique, Alterum non laedere*. L'altra cosa, che quei giuristi tenevano presente, e che noi abbiamo dimenticata, è che *un fatto è un fatto* e i fatti pesano, perché un loro senso (ovverosia un valore) *ce l'hanno*. I nostri giuristi non credevano nella legge di Hume, ma credevano nel senso comune, cui li orientava un certo rispetto per l'eguaglianza tra gli uomini e l'intelligenza altrui: *un fatto è un fatto*, e tutti possono vederlo per quel che è. Se io sto distribuendo la refurtiva tra i briganti la natura di quel fatto renderà antiggiuridica la mia decisione come che io la racconti, qualunque norma mi inventi per nascondere, qualunque toga indossi, perché renderà illogica e inverosimile la sentenza, genererà incredulità e pertanto sfiducia nella giustizia. Il diritto risente delle caratteristiche dei fatti a cui si riferisce, ma questo un giuspositivista, convinto che i fatti sono ciò che le norme dicono che sono, o un realista, che è convinto della stessa cosa, solo che al posto delle norme mette la sentenza, lo ha completamente perduto di vista, e noi, che nelle sentenze siamo abituati a vedere i fatti piegati, e anche uniformati, a *teorie*, lo constatiamo del resto ogni giorno.

Ma per chi teneva ancora presente che fatto e diritto comunicano, appariva chiaro il problema di diritto che nasce da quel particolare fatto che è l'accordo abusivo comune alle parti. Inesorabilmente quel fatto si risolve, in diritto, nel dire che una persona *che ha rubato* ha una *giusta pretesa* sulla cosa *d'altri* che ha rubato. Per chi pensa che il diritto ruoti attorno ad alcuni principi, e ne sia garante, questo è impossibile: evidente sarebbe infatti, nell'assegnare al ladro il diritto alla sua giusta parte di refurtiva, la violazione (ai danni del derubato, che rimane assente) della regola naturalissima rappresentata dal divieto di arricchimento ingiusto. Per quanto ampia, la coperta del diritto non la si può tirare da tutte le parti (e questa può essere una differenza tra un punto di vista giuridico e quello di una scienza "sociale").

Gli antichi romani sapevano inoltre bene, e i nostri giuristi tradizionalisti ricordavano altrettanto bene (Paolo D.2.14.27.4.4) che "ove il patto vada al di là del 'solo' rapporto privato, *non va osservato*"²⁵: infatti, occorre fare anzitutto attenzione che la convenzione fatta in relazione ad un certo rapporto o ad una certa persona, non arrechi nocimento ad un altro rapporto o ad un'altra persona. Perciò *In pari causa* e *Nemo auditur*: occorre evitare che sia *proprio il processo* a mettere a repentaglio lo *ius publicum*, tenendo presente che la stessa struttura della lite tra briganti si può ritrovare in condotte assai diverse tra loro, relative a interessi che vertono su beni i più vari, così come in pratiche commerciali o in usi sociali di oggi, che ieri non c'erano, per esempio perché resi possibili da avanzamenti scientifici.

Una domanda turpe, dunque, è *ogni volta* quella che *non è capace* di istituire le condizioni di una controversia, dice *In pari causa*, e lo stesso vale per il processo che nasce dall'autoaccusa, dice *Nemo auditur*. In un processo siffatto non avrebbero senso i presupposti basilari del processo, il primo dei quali è *in dubio pro reo* e l'altro è un contraddittorio pari, veridico, leale, dove l'accusa accusa e la difesa difende (due condizioni che sappiamo essere tutte alterate nei processi sorgenti da lite strategica). Le cose di cui uno si può autoaccusare possono cambiare, ma sempre, in un processo nascente da autoaccusa, il giudice farebbe il giudice senza potersi appoggiare ai principi che fanno di lui un giudice, come la presunzione di innocenza, il vaglio imparziale delle prove, il presidio di un pieno e leale contraddittorio.

Alla fin fine, quel che *In pari causa* e *Nemo auditur* dicono è: il diritto non è forma, ma anche sostanza. Per questo ha dei limiti, perché ci sono fatti la cui sostanza non può essere ricondotta a un principio di diritto

²⁴ Non così lontani, a loro volta, da quelli istituzionisti, se è vero che "il concetto stesso di organizzazione, su cui tanto insiste il Romano, postula necessariamente, come proprio *prius* logico, una volontà, ossia una norma che organizzi" (Giuliani 1953, 106), ciò che potrebbe spiegare l'attualità del pensiero di Santi Romano, che ben si presta a interpretazioni attivistiche (e si v. Croce 2018, 25: "Guardare alla società come a un movimento, a una variazione continua, a campi che si aprono e si chiudono per dar vita a negoziazioni costanti è un contributo straordinario alla comprensione del sociale: Romano lo fa mostrando come una tecnica-tecnologia tra le più potenti ed efficaci operi assemblando materiale e trasformandolo allorché lo sussume sotto le sue categorie. Il pluralismo, in questo quadro, non è mai un presupposto, ma sempre un effetto").

²⁵ Cfr. la traduzione del passo fornita da *Progetto Digesto* a cura del Dip. di Scienze giuridiche dell'Università di Roma 'Sapienza' e dell'Istituto di linguistica computazionale 'Antonio Zampolli' del CNR di Pisa, on line all'indirizzo dbtvm1.ilc.cnr.it.

senza compiere una mistificazione, che è in sé un'iniquità e cioè un atto anti-giuridico, precisamente, come dicevo, un abuso della giustizia, in cui incorrerebbero sia i giudicati, *sia i giudicanti*.

4. Il buon pastore

All'epoca del saggio di Rescigno questo ordine di idee ancora circolava; autori contemporanei sostenevano, con particolare riguardo a *In pari causa*, che la regola ricorda che “vi sono dei limiti che il diritto deve porre a se stesso”²⁶. Rescigno, però, respinge la regola precisamente per questo suo significato. Anche per Rescigno, come per Grozio, la regola è *immorale* e lo è proprio perché dice ci sono cose che in diritto non si possono conoscere, e allora risulta colpevole di indifferenza. La colpa della regola è lasciare, in certi casi, le cose come stanno, anziché intervenire *sempre* a reprimere l'abuso, a premiare la lealtà (a distribuire beni e onori). Qui si inserisce il momento attivistico, la nota romantica. La regola, ragiona Rescigno, lascia indifesa una parte che potrebbe invece meritare di essere tutelata perché, pur nel contesto dell'accordo iniquo, che probabilmente ha subito proprio per la sua debolezza, si è però comportata lealmente; così, essa impedisce all'occhio del diritto di penetrare nei diversi ambienti e livelli in cui la vita della comunità, o delle comunità si svolge, ispezionandoli e graduandoli alla luce dei suoi valori, ciò che deve poter fare, si intende, perché quei valori sono per definizione buoni e benigni. Non sono forse scritti in Costituzione? (o, oggi, nella Cedu, nelle sentenze di Strasburgo, nell'Agenda 2030?). Emerge inevitabilmente in parallelo un argomento di tipo sociologico. Anche “nei rapporti nascenti dal contratto immorale”, come Rescigno lo chiama, possono infatti avere “rilevanza talune regole di lealtà e di correttezza (...) rispettate *nel particolare ambiente* in cui si inquadra la convenzione” (Rescigno 1966a, 217).

Il giudice non deve più fare attenzione al fatto singolo per ricercarvi la ricorrenza di un principio generale del diritto, ma deve ricercare nel fatto una tipicità *sociale*, capirne il significato all'interno e ai fini di un progetto di società del quale la legge (la Costituzione) ha stabilito le scale di priorità, i valori da difendere, gli scopi da perseguire. Anche nel saggio sull'abuso, che anch'esso sottende una polemica profonda coi principi del passato, il grande civilista sottolinea la preminenza della dimensione collettiva e pubblica su quella individuale, *singolare*, e auspica non a caso una “*salutare crisi dei principi?*” (Rescigno 1965, 131, enfasi A.).

Non esistono, dunque, valori ed esigenze proprie del diritto, che la regola potrebbe far valere e che sono del resto esigenze generali, che tutelano beni come l'affidamento nella giustizia. Rescigno è in questo un giurista schiettamente positivo. Ma se non vi sono valori propri del diritto, sue esigenze costitutive, è certo che esistono valori, sostantivi, positivamente prescelti dall'ordinamento, incorporati del resto nella Costituzione, che devono operare attraverso ogni regola e ogni norma, che di quei valori sono strumenti penetrando nel giudizio, valori che si risolvono nella scelta per un diritto più giusto sul piano sociale, oggi diremmo più inclusivo. Si può così essere giuspositivisti e attivisti, usare le norme facendo politica, quali veicolo di valori, che si pretendono positivizzati, normativi, univoci, in quanto, si sostiene, sono stabiliti chiaramente nella Costituzione (oggi, ripeto, in qualche documento sovranazionale e sia pure di *soft law*). Al giurista contemporaneo, pregno del valore dell'eguaglianza sostanziale, una regola che parlava di turpitudine *pari* ripugnava come eco della mistificatoria, borghese idea di eguaglianza formale, ma egli, d'altro canto, chiaramente fraintendeva, forse intenzionalmente, la regola, che parla di parità solo per dire che quando l'intento abusivo è comune a entrambe le parti non c'è nel fatto un aggancio per ristabilire l'equità, la *compensatio lucri et damni*. La regola non ha, come Rescigno sostiene, una funzione sanzionatoria dell'immoralità perseguita dalle parti, ma segnala solo, anzi constata, l'impossibilità di ricercare la giusta regola in accordi che nascono intrinsecamente iniqui perché ambedue le parti perseguono un intento abusivo, sicché non c'è un *suum* da restituire, e la sentenza si tradurrebbe nel consolidare il danno fatto a altrui. La regola, come dicevo, appartiene a una mentalità secondo la quale il diritto risente della qualità del fatto sottostante, mentre noi, con Rescigno, siamo portatori dell'idea che il diritto deve modellare, determinare i fatti, i quali significano ciò che il diritto (la norma, la sentenza) stabilisce che significano. È la certezza della superiore giustizia dello scopo che fa perdere sensibilità per l'intrinseca ingiustizia della sentenza pronunciata tra i briganti.

²⁶ Rescigno (1966a, 217 e nota 70) citando Niederlander.

Mi sembra percepibile che la condanna di *In pari causa* conduceva a riassorbire *tutta* la realtà sociale nelle norme, a fare del diritto *positivo* il depositario del senso e del valore delle azioni umane, a consegnargli il potere del *riconoscimento*. Contro *In pari causa*, in nome dell'esigenza di dare tutela al soggetto debole, e come tale meritevole, pur all'interno della convenzione iniqua, spinge il *favor* per l'espansione del diritto in ogni area, per un diritto *senza limiti*. Vi è l'idea, al fondo *pastorale*, che compito del diritto è quello di raccogliere in sé la comunità, nelle varie articolazioni che la compongono senza escludere, in specie, determinati ambiti e condotte in funzione di quelli che non possono che apparire pregiudizi e stigmatizzazioni, *discriminazioni*, se non sono vagliati alla luce del diritto nuovo e buono; l'idea che risuona così caratteristicamente nelle liti strategiche: come può il diritto non riconoscere, quanto meno vagliare, i sentimenti, i desideri, i bisogni che percorrono la società?. Altrove Rescigno scriveva che la nozione di ordinamento deve estendersi anche "alle realtà che si muovono nell'ambito del diritto statale col proposito di sovvertirlo" perché questo spinge a considerare il "*sostrato sociale* dell'organizzazione", dunque, ad esempio, a comprendere come alcuni "restituiscono col delitto l'ingiustizia sociale ed economica" di cui sono stati vittime (Rescigno 1966b, 39-41).

Innervata di valori inclusivi, solidaristici, progressivi, questa visione implicava non di meno il sacrificio di qualcosa, anche a spese della società. Le due vecchie regole infatti mettono le persone, in questo considerandole autonome, davanti alla responsabilità per le proprie azioni, senza per questo escludere che all'interno di rapporti non regolamentati, irrilevanti per il diritto, o anche coincidenti con aree di divieto, ma non per questo ripugnanti e delittuosi, le persone possano dare a se stesse un regolamento, una misura, una serie di obblighi reciproci. Questa area, l'area dei comportamenti irrilevanti per il diritto ma anche manifestazione di autonomia e autoregolamentazione, viene ritenuta da non favorire: *Ubi societas ibi ius*, nel senso che il diritto deve interloquire con tutto ciò che avviene nella società e *valutarlo*. La critica alle regole antiche sfocia in un diritto onnivoro, che può e deve entrare in qualunque sfera di relazioni, e al cui dispiegarsi va insieme l'idea inversa, e cioè che tutto ciò che non è riconosciuto dal diritto è irrilevante, è squalificato, è *negato*. È implicito il convincimento che solo in quanto regolamentato dalla legge, o verificabile, alla stregua di essa, da un giudice, un comportamento possa non solo trovare riconoscimento, ma anche garanzie e soprattutto *valore*: il diritto non può "disinteressarsi" di alcunché, tutto deve ricadere nel suo raggio, sul presupposto che senza il suo braccio protettore vi sarebbero soltanto la resa alle sperequazioni dei rapporti di forza. Il diritto può e deve spandere il suo ordine indipendentemente dalla natura dei fatti a cui si riferisce, perché il fatto è un mero dato a cui occorre dare una norma, e questa norma discende dai valori oggettivi dell'ordinamento.

Il problema, è che, come si sa, questi valori "oggettivi" si sono dimostrati relativi, convenzionali e mutevoli, lo provano le illusioni perdute sulla prescrittività della Costituzione, che ci rimane solo come *forma*, suscettibile di assumere contenuti diversi, e al limite opposti. Ma qui mi devo fermare, e provare a tirare le somme.

Una lite strategica è una *lis ficta*, con cui chi, da solo o nell'accordo con altri, ha violato la legge, vuol essere riconosciuto nel giusto. Alcuni principi ammonivano che questo sarebbe avvenuto a costo della distruzione dei valori propri del diritto, e cioè del diritto stesso, ma i giuristi positivi, per i quali il diritto non ha propri valori, e non esiste di là da ciò che vige, non ebbero paura a liquidarli, in modo che alcuni valori politici e sociali potessero trionfare e penetrare nella società in ogni sua parte riformandola. Se oggi non crediamo più nella legge e ci appelliamo alle Corti, le ragioni che conducono a usare le Corti come i Parlamenti risalgono a una medesima matrice: lo svuotamento del diritto e della sua autonomia o il suo mutamento in una tecnica di governo della società.

Diciamolo, dunque, abbandonando narrative mistificanti e romantiche, come quella che vuole che finalmente assistiamo al trionfo della vita sulla morta lettera, e del fatto sul diritto. È vero semmai l'esatto contrario. Oggi sbandieriamo i principi convinti che conducano a conseguenze necessarie ed uguali in tutti i casi; è, per esempio, il caso del *best interest* del minore²⁷, del quale si asserisce sempre e in ogni ipotesi

²⁷ Il principio, usato come "una sorta di clausola di stile, produttiva di pronunce seriali, motivate talora in maniera non rigorosa (...) viene ridotto a una sorta di astrazione quando non è ricondotto alla concretezza e peculiarità dei singoli casi" (Brunelli 2017, 87 e 89).

la coincidenza con l'interesse alla bigenitorialità. In questo non vi è nulla della duttilità delle antiche regole, che permetteva di capire che uno stesso bene può essere tutelato, o minacciato, in una miriade di contesti fattuali diversi. Noi, anziché seguire i fatti nel loro ripresentarsi e mutare li ibridiamo da prima in un significato assegnato, sicché preservare il rapporto col padre è sempre nel *best interest* del bambino, anche se è un padre abusante. Ma così il senso dei fatti lo perdiamo, e i principi funzionano come norme. E del resto, quando ci si disancora dall'idea che la qualità dei fatti sottostanti condiziona la qualità della decisione resa in diritto, e perciò si ammette che “dal delitto nasca il diritto”, ci si muove in pieno nell'idea che è la norma, che possiamo anche chiamare sentenza, a stabilire che cosa è un fatto, che cosa significa, che valore ha. Dove vige una logica tanto artificiale, i fatti, come tali, con tutto quel che hanno dentro, contano *nulla*. Mi pare allora che, quando parliamo di liti strategiche, non sia esatto dire siamo alla riscossa della giurisdizione contro la legislazione, della società contro lo stato, del realismo critico contro il giuspositivismo e degli *iura* contro le *leges* e comunque davanti a una grande *novità*, perché quelli che sono in gioco, come ho cercato di mostrare, sono gli assunti più originari e radicali del giuspositivismo, almeno quello che storicamente, realmente abbiamo conosciuto: che ha cercato una rivincita sulla propria “miseria” facendo del diritto lo strumento per il perseguimento di scopi, o per la costruzione di effetti, a costo di negare ai fatti (che sono atti umani) il loro valore.

Riferimenti bibliografici

Barassi, Ludovico

1946 *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, Giuffrè.

Beduschi, Carlo

2017 *Scritti scelti*, a cura di Nogler e Santucci, Editoriale Scientifica, Napoli.

Breccia, Umberto

1999a “Il contratto in generale” in *Trattato di diritto privato*, dir. Bessone, XIII, Torino, Utet, pp. 140 ss.

1999b “Contrarietà al buon costume”, in *Trattato di diritto privato*, dir. Bessone, XIII, t. 3, Torino, Utet, pp. 206 ss.

B. BRUGI, *Giurisprudenza e codici*, in *Cinquanta anni di Storia Italiana*, R. Accademia dei Lincei, Milano, 1911, p. 1 ss.

p. 36.

Brugi, Biagio

1911 “Giurisprudenza e codici”, in *Cinquanta anni di Storia Italiana*, R. Accademia dei Lincei, Milano, 1911, p. 1 ss.

Brunelli, Giuditta

2017 “Nel dedalo della maternità surrogata: universalismo dei diritti, ruolo della legge e autonomia femminile”, in *I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, cur. Niccolai e Olivito, Napoli, Jovene, pp. 77-90.

Bulgaro

1856 *Ad Digestorum Titulum De Diversis Regulis Iuris Antiqui Commentarius*, cur. Beckhaus, Bonn, Henry&Cohen, 1856.

Buonamici, Francesco

1877 *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna*, Pisa, Nistri, 1877.

Cerrone, Francesco

2018 “In margine a un frammento di storia e teoria delle fonti: le norme sulle norme in tema di interpretazione”, *Diritto e società* (4): 545 ss.

Condello, Angela

2018 *Between Ordinary and Extraordinary*, Boston, Brill.

- e Ferraris, Maurizio

- 2015 La normatività esemplare: una prospettiva filosofico-giuridica”, *Politica del diritto*: 621-634.

Crisafulli, Vezio

1943 “Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto”, in ID., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Arti grafiche Pacini Mariotti, 1943, pp. 175-271.

1948 “Sull’efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione”, in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 27 ss.

1952, “Le ‘norme programmatiche’ della Costituzione (1951-1952)”, in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, pp. 51 ss.

Croce, Mariano

2018 “La tecnica della composizione: il pluralismo operativo di Santi Romano”, *Jura Gentium*, (XV), 2: 19:27

Degni, Francesco

1909 *L’interpretazione della legge*, Napoli, Jovene.

Del Vecchio, Giorgio

1920 “Sui principi generali del diritto”, in ID., *Studi sul diritto*, I, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 204-277.

Gazzolo, Tommaso

2017 “Il realismo giuridico americano”, *Materiali per la storia della cultura giuridica* (2): 449-474.

Giorgi, Giorgio

1877 *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, Cammelli, 1877.

Giuliani, Alessandro

1953 *Contributi a una teoria pura del diritto*, Milano, Giuffrè.

1961 *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961.

1982 “Le disposizioni sulla legge in generale”, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, Torino, Utet, pp. 175 ss.

1999 “Le disposizioni sulla legge in generale”, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, Torino, Utet, pp. 377 ss.

Lordi, Luigi

1922 “Sul pegno irregolare a garanzia di obbligazione illecita”, *Rivista di diritto commerciale* (II): 708 ss.

1927 “Sul pagamento di obbligazione illecita”, *Foro italiano* (I): c. 385 ss.

Modugno, Franco

1974 “Il diritto tra vecchie e nuove concezioni”, *Diritto e Società*, (2): 283 -

Niccolai, Silvia

2020 “Principi come regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini)”, I, *Rivista di diritti comparati* (3): 1-94.

2021 “Principi come regulae: il caso Cappato, le liti strumentali e le ragioni costituzionali della regola Nemo audiatur allegans turpitudinem suam (con una postilla sul caso Trentini)”, I, *Rivista di diritti comparati* (3): p. 1-80.

2022 *Principi del diritto principi della convivenza. Uno studio sulle regulae iuris*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2022.

Orestano, Riccardo

1989 “Norma statuita e norma statuyente. Contributo alle semantiche di una metafora”, in ID., *Edificazione del giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 69-

Pisanò, Attilio

2020 “Il re è nudo! La nuova forma di collaborazione”, *Politica del diritto*, /1: 63-88.

Pothier, Robert-Joseph

(1833) *Trattato delle obbligazioni*, trad. it. Foramiti, I, Venezia, Morelli.

Rescigno, Pietro

1965 “L’abuso del diritto” in ID., *L’abuso del diritto*, pp. 11 ss.

- 1966a “In pari causa turpitudinis”, in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, pp. 145 ss.
- 1966b *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 1966.
- Rodotà, Stefano
- 1970 “Ordine pubblico o buon costume?”, *Giurisprudenza di merito*: 105 -
- Scialoja, Vittorio
- 1898, “Sulle teorie dell'interpretazione della legge”, in ID., *Studi giuridici*, III,1, Roma, 1932, pp. 46 -
- Terlizzi, Giulia
- 2014 *Dal buon costume alla dignità della persona. Percorsi di una clausola generale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.
- Villey, Michel
- 1975 *La formazione del pensiero giuridico moderno* (1975), trad. it. Milano, Jaka Book, 1985.
- Zimmermann, Reinhard
- 1996, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford UK, Oxford University Press.