

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Vice Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica Guglielmo Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Christoph SCHMID (Università di Brema); Agustín LUNA SERRANO (Università Ramon Llull Barcelona)

Comitato di redazione

Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Maria Teresa NURRA (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno)

Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Iliaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München LMU); Roberto PUCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Trento); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.

Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-317-4

© 2022, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 1/2021, gennaio-giugno, arretrato, pubblicato online il xxx

Liber amicorum per Mario Segni
I rapporti privati nella società civile

Tomo III

Silentium legis

Mauro Orlandi

Sommario: 1. Relatività del silenzio. – 2. Silenzio ermeneutico. – 3. Segue. Silenzio semantico. – 4. Dal generale al particolare. – 5. Il silenzio della clausola generale. – 6. *Silentium legis*. Un caso. – 7. Segue. Sistematica della prossimità. – 8. Il problema della lacuna assiologica. – 9. Segue. La c.d. disapplicazione assiologica. – 10. Primato della parola.

1. *Relatività del silenzio*

Nella cittadella del diritto il silenzio deve concepirsi come un ente: un fatto; non già un nulla. Si direbbe come il *vacuum*, che chiamiamo silenzio, sia costituito dalla propria negazione; e così dalle parole o dai segni che ad esso si oppongono. Lo spazio del silenzio è de-finito dallo spazio del percepibile (suono; immagine; tutto ciò che cade sotto i sensi). Potremmo ragionare come “silenzio” sia il luogo dell’assenza; stretto entro i confini dei presenti.

Sotto questa luce, il silenzio è un fatto come gli altri; empiricamente accertabile. E come ogni altro fatto, esso reclama una domanda di senso. Che significa?

Se ci fermiamo a riflettere, la parola «senso» sembra evocare un dirigersi verso altro-da-sé. Il senso dei fatti e delle cose è la direzione che l’osservatore traccia; sicché all’apparire di A egli è condotto verso B. Significare come farsi segno; il fatto o la cosa assume “senso”, perché non permane chiuso in sé ma implica una direzione fuori di sé. Il significato è appunto questa direzione, che istituisce una relazione tra fatto e fatto; universalmente, tra ente ed ente.

La logica del senso implica il passaggio dal materiale all’immateriale. Uscire da sé è materialmente impossibile; ed è postulabile solo nel mondo spirituale del pensiero. Il significato è una categoria razionale, con cui l’osservatore riduce in concetto l’empirica apparenza delle cose. E così edifica relazioni di senso.

Il dato, che sembra offrirsi ai nostri sensi immediatamente, carico della propria naturale e banale evidenza, si dimostra in verità una immagine mentale; *speculum intellecti*, sollevato alla coscienza sistematica. La coscienza fa dell’appercezione un concetto; e rende il fatto memorabile (suscettibile di

memoria, ossia di riproduzione intellettuale¹), e perciò comparabile con altri concetti; e ordinabile in sistema di senso. Non si offrono al nostro sguardo meri fatti. Prima di essere concepito, il fatto o la cosa è un nulla. Allo sguardo del giurista si offrono non fatti ma soltanto fattispecie; ossia concetti.

2. *Segue. Silenzio ermeneutico*

Il mondo appare ai nostri occhi come un cosmo *significante*; e non come *caos*. Il significare implica una *relazione tra due termini*: il termine *significante*, ossia il dato materialmente percepibile all'osservazione; il termine *significato*, ossia il concetto associato al primo. Qui interessa notare come la intelligenza delle cose, senso che l'uomo è capace di attribuire a fatti o a fenomeni della realtà, si vale di due criteri fondamentali. Da un lato il nesso causale, con cui spieghiamo il divenire; d'altro lato, il linguaggio.

Ogni fatto appare alla nostra mente non come chiuso e isolato in sé stesso; bensì come dipendente da un altro fatto, in una relazione condizionale. Ragioniamo come la causalità si riveli una rappresentazione del divenire; e come anch'essa implichi il porre in concetto la mera e materiale percezione, e così l'erigere l'idea della relazione.

Tra realtà materiale e pensiero parrebbe scavato un abisso², giacché nessun fatto e nessuna cosa del mondo empirico sono pensabili senza *rappresentazione*, ossia senza la *posizione in concetto*. Tutto il mondo è una rappresentazione concettuale³; e postula la edificazione *in mente hominis* di una *forma rappresentativa*⁴.

¹ Con chiarezza A. ZHOK, *Breve introduzione al pensiero di Hegel*, inedito, consultato grazie alla cortesia dell'autore: «Anche la meno esigente delle categorie, la più vuota, come “qui” od “ora”, era già una nozione di valore universale; e categorie simili sono necessarie per identificare alquanto di sensibile. Ma questa osservazione ha un valore generale. Ogni contenuto di cui abbiamo conoscenza, di cui siamo in grado di parlare e di avere scienza, è già un contenuto universale; se così non fosse, ogni sua occorrenza sarebbe una singolarità senza niente in comune con altre singolarità, e non potremmo perciò pensarlo o dirlo in momenti diversi come lo stesso contenuto». “Identificare” significa annientare la “singolarità”; rendere identico; ossia ripetibile come medesimo, infinite volte. L'identità è un universale. Senza identità ogni relazione sarebbe impensabile. Le identità giuridiche non fanno eccezione a questa legge.

² «Opposizione insuperabile» scrive il M. CACCIARI, *Filosofia e tragedia. Sulle tracce di Carlo Diano introduzione a C. Diano*, in *Il pensiero greco da Anassimandro agli Stoici*, Torino 2007, pp. 23, 24 – quella tra forma ed evento, soggiungendo che, se tale paradossale relazione «si presentasse in una forma logicamente definibile, entrambi i suoi membri si ridurrebbero ad essa e vi sarebbe Forma soltanto».

³ «La logica – osserva il M. CACCIARI, *Krisis. Saggio sulla crisi del pensiero negativo da Nietzsche a Wittgenstein*, Milano 1976, p. 64 – non scopre la logicità del mondo, ma definisce gli strumenti e i modi del nostro impossessarci del mondo».

⁴ Anche il sintagma “forma rappresentativa” è da attribuire al E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1955, p. 62; già annunciato in *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, ora in *Riv. it. scienze giur.*, 5, 2014, p. 13; celebre prolusione, detta il 15 maggio 1948 presso la facoltà giuridica romana. La prolusione fu data in stampa sulla *Rivista italiana per*

Se il significare istituisce relazioni di corrispondenza, allora anche la ermeneutica dei fatti è una *significazione*, ossia la costruzione concettuale di relazioni tra termini che si tengono insieme. Qui il giurista colloca il concetto di *concludenza*. «*Il contegno – insegna Emilio Betti – si qualifica concludente in quanto impone una conclusione, una illazione logica fondata...sullo spirito di coerenza cui, secondo le comuni vedute, deve informarsi ogni comportamento tra consociati*»⁵.

Lo spirito di coerenza svolge la forza trascendentale della ragione, e interpreta il mondo traendone un ordine razionale, ossia una relazione di logica dipendenza tra fatto e fatto⁶. La rappresentazione dei fatti, quale ricostruzione razionale di ciò che accade o che ci appare, si dimostra in primo luogo un esito ermeneutico, ossia una costruzione ideale tratta per *concludenza razionale*.

Si può dunque ordinare la dinamica della significazione in due fasi: *fase ermeneutica*, volta alla rappresentazione causale del divenire⁷; *fase semantica*, volta alla costruzione di codici di significazione: ordine formale di corrispondenza tra segno e concetto. Da un lato l'ermeneutica, pre- ed a-linguistica; d'altro lato il linguaggio, quale forma codificata. La *ratio* ermeneutica si vale della concludenza; la *ratio* semantica della codificazione. Diremo "ermeneutica" la rappresentazione dei fatti che *prescinde dal linguaggio*, ossia dalla forma linguistica dei concetti⁸.

le scienze giuridiche del 1948, pp. 31 ss. Il corso di diritto civile, svolto dal 25 novembre 1948 al 28 maggio 1949, fu pubblicato nello stesso 1949 sotto il titolo "Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)".

Da leggere la recensione di L. MENGONI, alla *Teoria generale dell'interpretazione*, nella edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano 1990, in *Studia et documenta historiae et juris*, 1991, p. 326. M. considera il Betti «l'ultimo grande dotto di una generazione di studiosi irripetibile».

Non credo che il concetto del testo coincida perfettamente con quello del Betti: qui forma sta per fattispecie; idea del fatto. Non è peraltro un caso che ancora al Betti – secondo una corrente filologica – sia da ascrivere, almeno nella nostra letteratura, anche la paternità di quest'ultimo *nomen*.

⁵ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 138.

⁶ «Mediante la categoria di causalità, un termine viene posto in relazione con un altro termine. [...] la categoria della causalità, [...] è una funzione del nostro intelletto, una maniera di conoscere i fenomeni». Così N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, pp. 55 ss.; ora in ID., *Norme e fatti*, Milano, 1984 (donde le citazioni), p. 31.

⁷ Ad essere più precisi, la conoscenza ermeneutica, ossia la forza trascendentale che suscita oggetti ideali nella mente degli uomini, si vale di congetture; ed elabora così una conoscenza del verosimile.

⁸ Si deve con il Mengoni distinguere la logica della causalità in due ordini valutativi: «*le copie causa-effetto e mezzo-scopo rappresentano la medesima relazione, valutata in modo diverso. A differenza della valutazione in senso aitiologico, la quale procede dal primo termine della serie contemplando due termini alla volta, la valutazione in senso teleologico prende costantemente di mira l'ultimo termine, che assurge perciò a valore di principio (causa finale), e in funzione di esso tutti i termini intermedi sono complessivamente valutati come mezzi*» (enfasi nel t). Così L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, pp. 156-186, prolusione al corso di diritto civile, detta nell'Università di Trieste il 14 dicembre 1951. Ora in *Obbligazioni e negozio*, *Scritti*

Con la formula “silenzio ermeneutico” possiamo in astratto indicare due concetti. La banale insignificanza, ossia l'impossibilità di inferire dal fatto una qualche conclusione; la sapida significanza, e così il senso che il fatto esibisce, nel proprio presentarsi in determinate circostanze di luogo e di tempo. Vedere un uomo camminare sulla strada non lascia inferire significati degni di nota, almeno agli occhi dell'osservatore-giurista. Diversamente, vedere Tizio che, depositata una moneta presso una edicola, ritira il quotidiano parrebbe lasciare concludere per un contratto di vendita.

Ermeneutica è l'assenza delle parole. Più precisamente, la mancanza di morfemi⁹, ossia di segni conformi a un codice, tale che “Se segno A allora significato B”.

3. *Segue. Silenzio semantico*

Qui si colloca la nozione di codice linguistico.

Il segno in sé, come empirica alterazione del reale, è impenetrabile. Esso è in grado di suscitare nel percipiente una idea secondo una duplice modalità.

In primo luogo, con l'*applicazione di un codice linguistico*, che consenta di de-codificare i segni percepiti e di isolarne il significato artificialmente pre-stabilito. Ad esempio: se percepisco (nel senso materiale: odo il suono o vedo lo scritto) la parola “bicchiere” la mia mente si volge al concetto di una cosa, denotata da determinate forma e funzione. La parola è qui un dato (appunto, un segno) percepibile, al quale è convenzionalmente associato l'enunciato del concetto.

In secondo luogo, con l'*applicazione di un criterio di esperienza*, sicché la posizione contingente del fatto, l'essere esso avvenuto in determinate circostanze di tempo e di spazio, lasci inferire *ex post* un qualche senso¹⁰. Il Tizio che lascia appunto una moneta e prende un giornale.

Il *codice linguistico* implica una stipulazione (espressa o consuetudinaria) sul significato dei segni¹¹. Il codice è una legge di corrispondenza o dipenden-

II, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano 2011 (da cui le citazioni), p. 71. Per una trattazione v. ora il mio *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna 2021, pp. 66 ss.

⁹ Viene utile la distinzione tra *fonema* e *morfema*, spiegata dal R. SIMONE, *Fondamenti di linguistica*², Bari, 1992, cit., p. 130: «solitamente il morfema viene definito come l'*unità linguistica minima dotata di significato*. Le due specificazioni “minima” e “dotata di significato” devono essere prese congiuntamente, perché esistono altre unità linguistiche delle quali si può, sì, dire che siano “minime”, ma che sono prive di significato (come i fonemi); e all'inverso esistono unità dotate di significato che però non sono minime in nessun senso (come i sintagmi)» (enfasi nell'originale).

¹⁰ V. N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova 1996, pp. 10 ss. V. anche A. GENTILI, *Senso e consenso*, I, Torino 2015, pp. 190 ss.

¹¹ Si tratta di fenomeni ampiamente studiati sul piano linguistico. Per tutti cfr. R. SIMONE, *Fondamenti di linguistica*², cit., p. 31: «*le lingue sono codici (un termine equivalente a sistemi di segni, ma molto più comodo nell'uso), cioè sistemi di corrispondenze tra l'ordine dell'espressione*

za, pensabile secondo lo schema logico del Se>Allora (*If/Then*). La comunità linguistica dei dialoganti istituisce la legge del segno e così codifica la *disciplina formale del segnare*¹². Sul piano giuridico, queste categorie giustificano l'istituzionale dicotomia dichiarazione espressa – fatto concludente.

La dichiarazione si vale di *simboli*, che *esprimono* significati secondo un codice linguistico. Diremo qui che *il significato preesiste al simbolo*. Il fatto concludente si vale di *segni*¹³, che *lasciano inferire* per illazione un senso dalle circostanze, secondo una concludenza ermeneutica e non attraverso un codice linguistico. Diremo qui che *il significato non preesiste al segno*.

Soccorre la distinzione tra segni convenzionali o artificiali, esposti al senso semantico; e segni naturali, esposti al senso ermeneutico. I primi sono decodificabili; i secondi, argomentabili¹⁴. È da notare come la significazione ermeneutica e la significazione semantica si spieghino entro l'universale della relazione: sicché ogni senso si svolge nel nesso tra due termini, sicché Se A allora B. La significazione ermeneutica e la significazione semantica condividono codesto rinviare ad altro da sé; uscire dal singolare e svolgere appunto un senso, una direzione esterna.

Esprimere implica la forza stipulativa e funzionale (nel senso proprio di corrispondenza necessaria tra due termini) del codice espressivo, ossia la legge formale del significare. Per il giurista non tanto è vero che i significati debbano estrarsi esclusivamente per via semantica (codificazione-decodificazione); quanto piuttosto che sia necessario costruire un *ordine giuridico dei significanti*, delle fonti materiali capaci di restituire il significato; e così l'idea, ossia la fattispecie, applicabile al caso.

E dunque avremo – nella semplificazione di queste pagine – da un lato il testo simbolico e il correlativo plesso dei significati espressi; dall'altro, il contesto situazionale¹⁵ con il corrispondente novero dei sensi inespressi. La relazione tra tali fonti materiali suscita appunto il problema della disciplina e dell'ordine di priorità. La decodificazione e interpretazione testuali e co-testuali della fonte materiale precedono contesto e circostanze, perché i generatori della

e l'ordine del contenuto». Per il giurista, il mero segno costituisce un fatto concludente, il quale non esprime un significato secondo un codice linguistico, ma lascia inferire una conclusione secondo una regola d'esperienza.

¹² «La lingua come forma è forma del parlante e di chi ascolta, cioè di due soggetti della comunicazione»: T. DE MAURO, *La forma linguistica*, Milano 1972, p. 74.

¹³ Meri segni; non simboli. Il segno non è codificato; il simbolo è un segno codificato. Per questi svolgimenti v. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., pp. 105 ss.; A. PAGLIARO, *Il segno vivente. Saggi sulla lingua ed altri simboli*, Napoli 1952, pp. 265 ss.; T. DE MAURO, *Introduzione e commento all'ed. italiana di Saussure* (1916), Bari, 1967, p. 13; C. HAGÈGE, *L'homme de paroles. Contribution linguistique aux sciences humaines*, trad. it. *L'uomo di parole*, Torino 1989, pp. 55 ss.

¹⁴ Per dirla con N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., p. 75, «l'interpretazione dei segni convenzionali è volta ad accertare il loro *contenuto significativo* (ciò che sta, per così dire, *dentro* di essi); e che l'interpretazione dei segni naturali è volta ad *argomentare* un altro fatto (ciò che, necessariamente presupposto o necessariamente escluso dal loro accadere, sta *fuori* di essi)».

¹⁵ N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., p. 23 ss.

fonte (legislatore, in senso stretto; giudice; parti del contratto) hanno affidato il senso all'espressione simbolica¹⁶.

Come ogni fattispecie, anche il silenzio può assumere – se mal non ragiono – senso ermeneutico e senso semantico. Ermeneutico, quale silenzio concludente; semantico, quale silenzio espressivo o codificato.

Abbiamo visto sopra l'immagine del Tizio che lasci la moneta presso l'edicola e prenda un giornale: esempio di silenzio concludente. Pensiamo d'altro lato al silenzio espressivo o semantico. «Anche il silenzio – nota l'Irti¹⁷, – può assumere la funzione di segno convenzionale e, dunque, di dichiarazione espressa: sempre che le parti ne abbiano previamente stabilito il significato. Interpretare i segni convenzionali è applicare ad essi le *regole d'uso*, gli accordi collettivi o individuali, che istituiscono il legame tra significante e significato». Molte disposizioni parrebbero codificare il silenzio: ad esempio l'art. 1236 c.c. sulla remissione del credito, secondo la quale in mancanza di un rifiuto espresso, si determina l'effetto estintivo della remissione. Oppure l'art. 1333, secondo comma, c.c., che (secondo i più) attribuisce al silenzio del destinatario il valore di accettazione della proposta¹⁸.

L'espressione “silenzio semantico” esibisce anch'essa un doppio valore. Da un lato la mera assenza di qualsiasi codificazione; dall'altro, la presenza di un morfema analfabetico, ossia non letterale (senza alfabeto), che si dimostri codificato e così rinvii al concetto formalmente corrispondente.

Se il giurista è alla ricerca della fattispecie, egli è chiamato a dimostrarne la posizione. Questa è ricerca di significato: ossia del modo con cui estrarre dal dato, che chiamiamo fonte materiale¹⁹, il concetto della fattispecie, applicabile al caso. Il silenzio può darsi come fonte, si potrebbe pur dire: così convocando il problema di senso; il quale si converte e risolve in posizione di fattispecie. Tutto il diritto, e tutto il nostro sguardo sul mondo, si svolge nella dinamica della significazione; e nel metodo, con cui è all'osservatore dato di dimostrare senso giuridico; e con esso la costruzione delle fattispecie.

4. *Dal generale al particolare*

La posizione della fattispecie è logicamente inevitabile. Non si può uscire dal concetto in cui il fatto è pensato: prima di essere formato in concetto, il

¹⁶ Per una trattazione v. ancora il mio *Introduzione alla logica giuridica*, cit., spec. pp. 81 ss.

¹⁷ N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., p. 73.

¹⁸ Si prescinde qui dalle varie e diverse linee di letteratura intorno al carattere negoziale o non negoziale di tali silenzi. Qui rileva la relazione semantica di codificazione: ossia che anche il silenzio, nella propria natura di ente, è logicamente suscettibile di codificazione.

¹⁹ L'intelligenza del fenomeno sembra apprezzarsi appieno soltanto attraverso la dinamica del significare. Nella quale è dato distinguere due figure: fonte *materiale*, entro la categoria dei significanti, ossia dei modi percettivi da cui ricavare significati giuridicamente rilevanti; fonte *immateriale*, entro la categoria dei significati, ossia delle fattispecie applicabili. Cfr. M. ORLANDI, *Del significare*, Torino 2020, pp. 7 ss.

fatto è razionalmente ineffabile. Dirlo tale, e collocarlo in uno spazio estraneo al pensiero, ossia alla fattispecie, è già aver ridotto l'ente (fatto o cosa) a concetto. Non si esce dall'idea del fatto.

La logica del fatto si risolve in logica della fattispecie. La coppia reale-ideale appare allo scrutinio razionale spuria e contraddittoria. "Reale" è una nota del concepito, non già della materia in sé e per sé. Il fatto non è reale o ideale; bensì astratto o concreto; che equivale a generale o particolare. Ossia più o meno connotato da caratteri specifici di luogo e di tempo, che lo comprendano con maggiore o minore precisione in un paradigma spaziale e temporale. Anche l'esistenza qui, in questo specifico luogo e questo specifico tempo, è un giudizio; che colloca la percezione entro uno schema spazio-temporale.

Si possono ordinare tre fattispecie, e così isolare tre schemi logici del fatto. La fattispecie «astratta», in genere ricavabile dalla disposizione di legge (e testi omologhi), che descrive una classe di fatti possibili; la fattispecie «concreta», ricavabile (in genere) per via ermeneutica, ossia per concludenza²⁰, che indica il particolare schema o paradigma, applicabile nella congiuntura storica; il «caso», ossia il fatto materiale pensato in riguardo di conformità o difformità alla fattispecie concreta.

Come si passa dalla materialità del fatto storico all'immaterialità della fattispecie? Il lettore subito storcerà il naso per la «fattispecie concreta», elevata nella categoria del concetto; e soprattutto per quel «caso», incluso persino esso nella logica della fattispecie e così espunto dalla fisicità degli accadimenti.

Il nesso che intercede fra le tre fattispecie – fattispecie astratta, fattispecie concreta, caso – ha indole meramente logica. Il pensiero riduce il fatto a «caso particolare»; e così lo schema del fatto *esistente* si rivela adeguato, ossia conforme allo schema del fatto *eventuale*.

Specularmente, dalla fattispecie astratta si volve per gradi di approssimazione verso il caso; un avvicinarsi, nella progressiva definizione dello schema logico applicabile allo spazio-tempo rilevante²¹. Perdendo la propria empirica

²⁰ Può essere utile un esempio. Muoviamo dal «fatto colposo» dell'art. 2043 c.c. La formula «fatto colposo» esprime una astratta classe di possibili. Le circostanze storiche, ossia l'accadere nel tempo X e nel luogo Y, potranno esibire (secondo un processo logico che chiamiamo «concludenza»: v. *infra*, § successivo) una connotazione concreta; che diventerà – esemplificheremo – uno schema particolare, adeguato alla congiuntura: non superare una certa velocità; adottare determinate misure; e così via. È rispetto a questo schema concreto che valuteremo la condotta di Tizio: diremo colposa la condotta difforme dallo schema concreto; non colposa, quella conforme. Uno scendere dal generale al particolare.

Non sembra che la tecnica semantica o ermeneutica di incida sul grado di astrazione; il quale appare governato dal principio di *prossimità al fatto storico*, connotato dall'*hic et nunc*.

²¹ Sono da richiamare su questa linea gli studi di G. FREGE, *Senso e significato* (1892), trad. it. di L. GEYMONAT e C. MANGIONE, in ID., *Logica e aritmetica*, Torino, Boringhieri, 1965, pp. 374-404, intorno alla cosiddetta logica referenziale. La fattispecie astratta si risolve nel significato estensionale (o estensione), la quale denota la classe degli individui indicati dal termine; la fattispecie concreta connota gli individui della classe attraverso proprietà congiunturali e particolari. Da leggere le considerazioni di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, n. 4, § 5, nt. 63 e testo corrispondente.

concretezza e individualità, ossia i connotati che lo rendono singolare, irripetibile, irrelato e irriducibile, l'esistente si semplifica a « caso » del possibile; il nesso che congiunge l'uno all'altro è legame logico di particolare a generale; ossia di concetto a concetto²².

Il problema diventa allora di studiare le *tecniche di posizione* della fattispecie; processi, con cui il pensiero costruisce l'idea; forma logica del fatto. Le tecniche di posizione della fattispecie si risolvono in *modi della significazione*.

Questa prospettiva conduce il discorso verso due problemi ermeneutici (nel senso lato di attribuzione di senso), sui quali parrebbe utile ragionare. Da un lato il silenzio della vaghezza; dall'altro, il silenzio normativo. Come estrarre dalla vaghezza della clausola generale la fattispecie concreta? Anche la vaghezza a ben riflettere è una forma del silenzio; giacché tace sulla fattispecie, ossia non esprime il paradigma applicabile. Parimente, come interpretare il silenzio di norme « strette »? Si pensi al problema, così vivacemente discusso, dell'art. 1385 c.c. sulla c.d. « caparra risarcitoria ». La disposizione tace sul caso – giunto a più riprese sui tavoli giudiziari – della eccedenza, tale che (ad esempio) il doppio della caparra superi di gran lunga il danno effettivo. Anche questo è trattato in letteratura come *silentium legis*: potrebbe applicarsi analogicamente la disciplina della penale eccessiva? Che senso attribuire al silenzio dell'art. 1385 c.c.?

5. Il silenzio della clausola generale

Tutto il diritto è attraversato e anzi costituito dalla necessità del *giudizio*. Il diritto è una tecnica di posizione dei termini, entro cui svolgere il sillogismo applicativo²³.

Notiamo come la necessità del giudizio conformativo implichi la correlativa necessità della fattispecie concreta, ossia di un grado di prossimità tale da rendere possibile il confronto fatto esistente/fattispecie. « Obbligo di buona fede » che si legge nell'art. 1337 c.c. si rivela una espressione spuria, siccome incompleta: essa esige un processo di specificazione, con il passare dal *genus* « buona fede » alla *species* « comportamento X ».

Questo è il senso di buona fede come « clausola generale »: uno stadio preliminare e orientativo del conoscere, il quale reclama il ricorso a mezzi di specificazione capaci di determinare la fattispecie concreta applicabile alla congiuntura storica²⁴. Allo sguardo analitico, la buona fede finisce per ridursi

²² « Per il giudice giurista – avverte con speculativa potenza lo G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. di V. CICERO, Milano, Bompiani, 2016, § 226, p. 385 – in quanto organo della legge, il caso deve essere stato preparato per la possibilità della sussunzione, vale a dire: il caso deve essere stato estratto dai suoi *caratteri empirico-fenomenici* ed *elevato* a fatto riconosciuto e a *qualificazione universale* » (enfasi aggiunta).

²³ Per tutti, ovviamente N. IRTI, *Rilevanza*, cit., spec. pp. 42 ss.

²⁴ Cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010, pp. 29 ss.

a clausola di rinvio, ossia a concetto preliminare e insufficiente; il quale convoca altre fonti materiali (significanti)²⁵, attraverso cui fondare la posizione della fattispecie concreta. Il silenzio della clausola generale si risolve allora in mancanza di parole; sicché la fattispecie concreta, ossia il modello prossimo al caso, sembra – in difetto di disposizioni specificanti – convocare la concludenza entro la quale svolgere per illazione la congettura della fattispecie concreta, congiunturalmente applicabile al caso.

Esemplifichiamo, ragionando nella logica dell'art. 1337 c.c. Siamo alla ricerca della fattispecie «condotta di mala fede» al «verificarsi» della quale si costituisce l'obbligazione risarcitoria. Iniziata la trattativa per la formazione del contratto, le circostanze (i fatti e le cose intorno) potrebbero lasciar evincere la esigenza di una determinata informazione: se ad esempio sia stata presentata una «domanda di sanatoria urbanistica» con riguardo al bene di cui si tratta la vendita (ognuno formuli esempi adeguati).

La clausola generale reclama fonti determinative. E poiché la fase semantica prevale logicamente su quella ermeneutica²⁶, il rinvio sarà soddisfatto primariamente attraverso le parole delle disposizioni collegate; secondariamente, attraverso la concludenza delle circostanze. Pensiamo ancora al rapporto tra gli art. 1337 e 1338 c.c.: nel secondo, il *genus* buona fede è specificato nella *species* «dare notizia della causa di invalidità». La quale potrà ulteriormente precisarsi in (eventuali) altre norme applicabili; e secondo le circostanze, fino a giungere alla posizione della «fattispecie concreta del caso». Ossia al paradigma, con cui giudicare conforme o difforme il concreto comportamento di Tizio.

Nessuna clausola generale è autosufficiente. Sempre essa esibisce un silenzio in cerca di fattispecie concreta. E postula l'applicazione di una tecnica di significazione, attraverso la quale raggiungere la dimostrazione della fattispecie concreta ricavabile e applicabile. Come passare dalla vaga «buona fede» al preciso obbligo di offrire a Tizio la informazione X? *Nihil sub sole novum*: dapprima convocando sistematicamente le disposizioni specificanti; di poi (ma se ne può dubitare) applicando *standards* esterni, variamente fruibili. Per tale via, parrebbe cogliere nel segno la c.d. «teoria della norma secondaria»²⁷: tutte le norme sono secondarie. Tutte le disposizioni debbono essere coniugate con le altre prossime, saggiate nella reciproca coerenza semantica e sistematica. Soltanto ove permanga uno spazio da colmare, potrebbe ricorrersi alla

²⁵ *Supra*, § 3, nt. 15 e testo.

²⁶ *Supra*, § prec.

²⁷ *Disputa*, resa annosa dalla clausola «danno ingiusto» dell'art. 2043 c.c.: norma primaria, autosufficiente, la quale rinvia a criteri di determinazione meramente ermeneutici? o norma secondaria, che esige di essere coniugata con altre disposizioni vigenti, dalle quali formalmente ricavare il diritto suscettibile di lesione? Su questo dibattito v. le belle pagine del M. MAGGIOLIO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano 2003, pp. 72 ss. Primo tra i fautori della teoria della «norma primaria» o «clausola generale» S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, pp. 84, 86, 116. Per svolgimenti critici, v. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 1218, spec. pp. 129 ss.

determinazione ermeneutica, ossia alla concluzione dei fatti e dei criteri di esperienza.

La legge formale della lingua precede l'informe concluzione dei fatti.

6. Silentium legis. *Un caso*

Quid se, in applicazione dell'art. 1385, secondo comma, c.c., il doppio della caparra ecceda 'manifestamente' il danno? Com'è noto, il caso ha suscitato vivace dibattito; eccitando la convinta adesione dei fautori della clausola generale di buona fede: qui coniugata con il principio di solidarietà ricavabile dall'art. 2 Cost. e declinata quale causa di nullità della clausola di caparra, che implichi un risarcimento manifestamente eccessivo rispetto alla misura del danno effettivo.

Se non ragiono male, il problema risiede nel silenzio dell'art. 1385 c.c.; il quale tace sulla disciplina del caso, e non prevede l'ipotesi che la caparra risarcitoria, destinata a risarcire forfetariamente il danno, ecceda largamente il pregiudizio obiettivamente sofferto.

Che significato attribuire a tale silenzio? Si tratta di una lacuna? o di una disciplina? Tacendo la legge *non ha regolato*, così espellendo dal dominio dei casi sussumibili²⁸ la caparra risarcitoria eccessiva? o *ha* essa invece *regolato*, imponendo comunque il risarcimento forfetario, e così escludendo l'applicazione dell'art. 1384 c.c., che prevede la riducibilità della penale eccessiva?

Il silenzio della legge, intesa come fonte descrittiva di fattispecie, convoca un duplice problema: da un lato la lacuna e il ricorso alla tecnica analogica; dall'altro, l'antinomia, ossia il contrasto tra gli artt. 1384 e 1385 c.c. Potremmo qui distinguere tra silenzio negativo, il quale non rechi una disciplina del caso e si limiti alla lacuna; e silenzio positivo, il quale includa il caso tra quelli suscettibili di risarcimento forfetario, nella non riducibile misura dell'art. 1385 c.c.

Muoviamo dal silenzio negativo.

Possiamo associare i concetti di silenzio e di lacuna. Se non ragiono male, essi potrebbero considerarsi contigui; e forse sinonimi. La lacuna è il silenzio della fonte: stabilendo il dominio del sussumibile, l'interprete stabilisce il confine semantico del significato; e dunque, necessariamente, l'oltreconfine. Lacuna non è tuttavia un "oltre" *sconfinato*. Appare piuttosto l'area determinabile del simile; che pone all'osservatore il *problema dell'assimilazione*.

L'interprete ha dinnanzi il singolo enunciato (la legge) dal quale ricavare la norma e applicarla al caso. Ossia *ricavare semanticamente il dominio dei casi sussumibili*.

Si direbbe che l'esclusione del caso dal dominio della "precisa" (art. 12, primo comma,) sussunzione convochi la *positiva necessità dell'assimilazione*;

²⁸ Dominio dei casi sussumibili o sfera di applicazione diretta della fattispecie: v. il mio *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna 2021, pp. 174 ss.

ossia l'estensione della fattispecie ai casi simili. Se il caso giace in uno spazio senza dominio, ossia non direttamente descritto da altre norme, allora esso appare sempre assimilabile alla fattispecie prossima (più simile).

Il lemma "lacuna" esprime allora il *dominio dell'assimilabile*. Ossia dei casi simili, non sussumibili in nessuna fattispecie. La lacuna *coincide con il dominio esterno o area dell'analogia*²⁹.

Sotto questa luce, delle due l'una: o l'art. 1385 esibisce una lacuna, e allora potremmo pensare di applicare analogicamente – e, forse meglio, direttamente³⁰ – l'art. 1384 c.c.; o l'art. 1385 c.c. non esibisce una lacuna, ed esclude la riduzione della caparra risarcitoria eccessiva, e allora non potremmo far luogo ad analogia. Si porrà a quel punto il problema della c.d. disapplicazione. Ne tratteremo oltre. Muoviamo dal fenomeno della lacuna.

7. Segue. Sistematica della prossimità

La vicenda giudiziaria della caparra appare un laboratorio ideale del silenzio normativo. Il Tribunale di Tivoli ha com'è noto sollevato la questione di legittimità costituzionale, sotto il profilo dell'irragionevolezza, declinata come «intrinseca incoerenza, contraddittorietà od illogicità dell'art. 1385, secondo comma, del codice civile». «L'automatismo della disciplina recata dalla disposizione denunciata non lascerebbe spazio al giudice per alcun rimedio ripristinatorio dell'equità oggettiva e del complessivo equilibrio contrattuale in fattispecie – come quella al suo esame – in cui sussista una evidente sproporzione che porterebbe ad una restituzione complessiva di somme, addirittura superiori al valore stesso dell'affare»³¹.

Con ordinanza n. 77 del 2014, la Corte Costituzionale dichiarò la questione manifestamente inammissibile per difetto di motivazione. Non avrebbe il Tribunale «tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte»³².

«E ciò in ragione della rilevabilità *ex officio* della nullità (totale o parziale), *ex art. 1418 cod. civ.*, della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, funzionalizzando così il rapporto

²⁹ M. ORLANDI, *Introduzione*, cit., pp. 174 ss.

³⁰ *Infra*, § succ., fig. 2.

³¹ Trib. Tivoli, Ordinanza 10 ottobre 2012, in GU I^a Serie Speciale – Corte Costituzionale n.5 del 30 gennaio 2013.

³² Si legge in Ordinanza 22 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, c. 2036, con nota di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*. Ordinanza 22 aprile 2014, n. 77, cit.

obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato»³³

Io credo che l'ordinanza della Corte Costituzionale scelga una via inutile; ed epistemologicamente eversiva. Decisione *per saltum*, la quale omette di verificare la sintassi delle fattispecie prossime (artt. 1384 e 1385 cod. civ.), le relazioni di genere a specie, le lacune (o silenzi) rilevanti, i sensi letterali del testo e la sistematica del co-testo.

Occorre primariamente stabilire se possa – attraverso il calcolo ermeneutico testuale, co-testuale e contestuale (quando ammesso) – estrarsi un significato dalle norme prossime al caso: ossia dagli artt. 1384, 1385, 1218, 1225, 1418 c.c.

A tacere di ogni altro argomento, clausole generali come quella di “grave iniquità” o di “buona fede” (prive di senso indicativo o referenziale, e connotate da vaghezza semantica³⁴) non possono non andare congiunte al vaglio determinativo delle fattispecie applicabili; attraverso la interpretazione delle fonti materiali primarie e secondarie applicabili. Del pari, la parola “solidarietà” dell'art. 2 Cost. appare non la soluzione ma il problema.

Come si passa dalla vaghezza di “solidarietà” alla misura della riduzione? Giova segnalare il rigore sotteso al lemma “passaggio”. Non un banale trascorrere, come metafora del muoversi; ma la elementare *stazione concettuale*, legata in vincolo di “immediata e diretta” coerenza con la stazione precedente e con quella successiva. Ogni passaggio esige dimostrazione, ossia coerenza razionale. In questo modo il discorso; ogni discorso, anche quello giuridico, si fa teoremativo; e così suscettibile di (verificazione /) falsificazione razionale.

La scienza del diritto non sfugge al bisogno di dimostrazione; sicché ogni significato, anche il più umile e (apparentemente) banale è tale se dimostrato. La dimostrazione è un esito razionale analitico. Fondato sulla coerenza dei

³³ L'ordinanza ha raccolto ampî consensi. V. da ultimo G. VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, Milano 2020, p. 172, il quale – se non erro – addita la pronuncia ad esempio di corretta applicazione della clausola generale di buona fede. V. su questa linea F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in S. Mazzamuto e L. Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino 2016, pp. 241-242, il quale rintraccia nell'eccedenza della caparra il carattere della grave iniquità. Titolo di nullità – in ossequio al principio positivamente ricavabile dell'art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; o d'immeritevolezza, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c. Queste pagine vorrebbero invece ricorrere una sistematica di prossimità, attraverso lo scrutinio delle fattispecie simili.

³⁴ Un'espressione linguistica si dice vaga – scrive C. R. LUZZATI, *Le metafore della vaghezza*, in *Analisi e diritto*, 1999, p. 3 – allorché i confini della sua area di applicazione, attuale o meramente possibile (a seconda che si tratti di vaghezza estensionale oppure di vaghezza intensionale), non sono delineati in modo netto. A causa di tali fluttuazioni dell'uso, accanto a una serie di ipotesi applicative non particolarmente controverse e relativamente chiare, o paradigmatiche, si verificano anche alcuni casi-limite (*borderline cases*), detti altresì casi marginali o di penombra. Quando i membri di una comunità linguistica si trovano di fronte a un caso-limite sono intrinsecamente incerti se l'espressione considerata si applichi o non si applichi alla situazione in esame. L'incertezza e “intrinseca” in quanto dipende dalle regole di significato e, pertanto, non può venire ridotta accrescendo le informazioni sul mondo esterno». Del medesimo autore da leggere il classico *La vaghezza delle norme*, Milano 1990.

passaggi: processo logico che conduce dalla vaghezza del puro astratto, privo di referente ontico o esistenziale, ossia privo di fattispecie; alla concretezza della fattispecie applicabile al caso. Anche questo si può studiare come processo interpretativo

Il giudice non sarà diverso da qualsiasi altro osservatore esterno che, posto dinanzi a un importo (ad esempio) di 100, deve stabilire la misura dell'eccesso: ossia determinare il confine tra eccedente e non eccedente. Poniamo 80. Stabilito 80 – in un modo che il giudice-giurista-osservatore dovrà dimostrare con *ratio* confutabile, ossia coerente, ossia falsificabile – l'eccedenza sarà 20. E la sentenza pronuncerà il correlativo accertamento o condanna.

Dove trovare il criterio di tale misurazione? La soluzione non può che passare dallo scrutinio analitico delle norme prossime; vagliando connessioni sistematiche e nessi analogici³⁵. Il ricorso al principio vago o indeterminato è risorsa remota e ultima; sempre essa incontra il limite del testo, ossia della sistematica delle fonti prossime. La logica della prossimità³⁶ esige di muovere dalle norme simili, in cui si svolge una vicinanza tale da rendere possibile la sussunzione o l'assimilazione del caso alla fattispecie concreta. E cioè dall'art. 1384 c.c., che prevede la “riduzione della penale” manifestamente eccessiva.

In primo luogo, l'osservatore si chiederà la *ratio* sistematica dell'art. 1384 c.c.; che a me parrebbe riposare in una declinazione del principio di causalità dell'attribuzione patrimoniale, normativamente ricavabile (artt. 2033 e 2041 c.c.). Superando “manifestamente” il valore del danno risarcibile, la penale eccessiva parrebbe priva di titolo. Se questa fosse la *ratio*, la norma sembra qualificabile non come eccezionale³⁷; bensì come regolare. La regolarità della norma starebbe in ciò: che essa non deroga all'art. 1322 c.c.³⁸ ma applica il principio normativo generale della causalità delle attribuzioni patrimoniali. La libertà delle parti di prevedere il contenuto del contratto è dall'art. 1322 c.c. ristretta nei limiti della legge; sicché non si tratta a rigore di deroga ma di coerente applicazione della disciplina normativa delle attribuzioni patrimoniali: qualsiasi attribuzione non giustificata dal titolo, ossia dalla fattispecie di danno applicabile, dovrebbe qualificarsi indebita, ai sensi dell'art. 2033 c.c.; e dunque ripetibile.

Giova considerare come il titolo del risarcimento sia la fattispecie di danno, calcolata nei modi previsti dagli art. 1223 (criterio universale) e 1225 (per l'inesecuzione della prestazione). Superando manifestamente tale *misura nor-*

³⁵ V. sul punto il bel volume di F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli 2015, spec. pp. 150 ss.

³⁶ Per questa nozione sia ancora consentito il rinvio al mio *Introduzione alla logica giuridica*, cit., pp. 28 ss.

³⁷ Per il carattere eccezionale dell'art. 1384 c.c. v. *ex multis*, Cass. 30 giugno 2014, n. 14776, in *Foro it.*, 2015, 3, c. 1044 ss., con nota di F. MACARIO, *La (ir)riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le corti* (Nota a Cass. 30 giugno 2014, n. 14776, e Trib. Foggia, ord. 1° dicembre 2014).

³⁸ Così invece Cass. 30 giugno 2014, n. 14776, cit.

materia del danno, la somma eccedente convenuta quale penale o caparra risarcitoria si dimostra per definizione priva di titolo; ossia di *causa solvendi*. E dunque nulla, ai sensi degli art. 1418, secondo comma, e 2033 c.c. In difetto di *causa solvendi*, la clausola risulta parzialmente invalida; ai sensi dell'art. 1421 c.c. l'invalidità appare rilevabile d'ufficio³⁹.

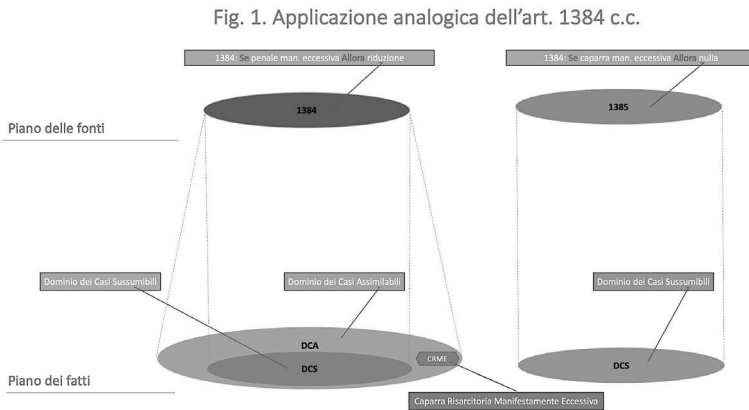
Questa analisi si lascia così schematizzare:

- a) Connessione sistematica co-testuale dell'art. 1385 c.c.;
- b) *Ratio* sistematica degli art. 1384-1385 c.c.: analoga o identica funzione risarcitoria della caparra;
- c) Titolo del risarcimento: art. 1218-1223-1225;
- d) Disciplina del difetto del titolo: art. 1418, secondo comma, e 2033 c.c.;
- e) La riducibilità si spiega con la nullità parziale della clausola per difetto del titolo;
- f) Sotto questa luce, la riducibilità appare rilevabile d'ufficio, anche in difetto di domanda di parte, ai sensi dell'art. 1421 c.c.

Non soltanto l'art. 1384 c.c. parrebbe applicabile analogicamente, alla lacuna dell'effetto esibita dall'art. 1385 c.c. Ma si potrebbe ragionare anche dell'applicabilità diretta, assimilando la caparra e la penale in una unica fattispecie: quella delle clausole di predeterminazione del danno⁴⁰.

Possiamo esprimere schematicamente le applicazioni analogica e diretta dell'art. 1384 c.c.

L'applicazione analogica appare così schematizzabile:



Nella figura n. 1 si osserva la lacuna dell'art. 1385 c.c. Esso non prevede il caso della caparra manifestamente eccessiva (per comodità grafica rappresentiamo in un unico campo entrambe le fattispecie (indipendente e dipendente)).

³⁹ Così risolvendosi in modo semplice e sistematico anche il faticoso dibattito sulla riducibilità d'ufficio della clausola penale, in difetto di domanda.

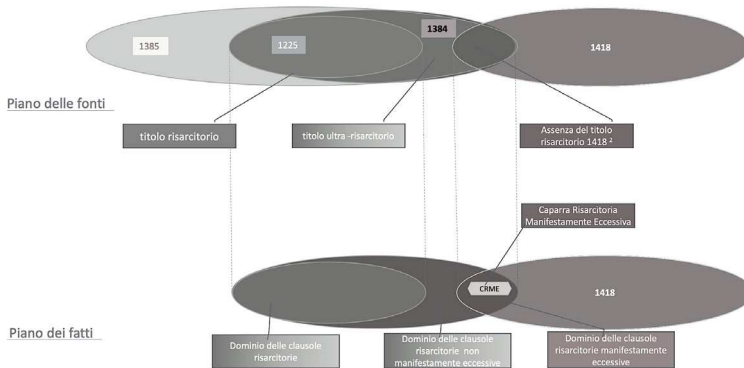
⁴⁰ V. F.P. PATTI, *Le clausole di determinazione*, op. loc. cit.

Si nota in particolare che il caso della caparra eccessiva è esterno al *Dominio dei Casi Sussumibili* dell'art. 1385 c.c.

Il caso è allora attirato nel *Dominio dei Casi assimilabili* dell'art. 1384 c.c. (Per comodità grafica non sono segnate le sfumature *fuzzy* dei campi).

L'applicazione diretta sembra a sua volta così rappresentabile.

Fig. 2. Applicazione diretta dell'art. 1384 c.c.



Nella figura n. 2 si osserva il fenomeno della c.d. “interferenza normativa” (per comodità grafica rappresentiamo in un unico campo entrambe le fattispecie (indipendente e dipendente).

In particolare. L'art. 1225 c.c. prevede la misura del danno come titolo dell'obbligazione risarcitoria (*area del titolo risarcitorio*).

L'area dell'art. 1225 è inclusa in quella dell'art. 1384 c.c.

L'area dell'art. 1384 c.c. è più ampia, perché prevede clausole risarcitorie *eccedenti* la misura, stabilita dall'art. 1225 c.c. (*area del titolo ultra-risarcitorio*).

L'area dell'art. 1384 c.c. in cui tale eccedenza è qualificata “manifestamente eccessiva” è inclusa nell'area della nullità per difetto del titolo, prevista dall'art. 1418, secondo comma, c.c. (*area di assenza del titolo risarcitorio*).

La *ratio* sistematica delle norme coniugabili dimostra (in questa lettura) uno statuto giuridico comune a tutte le clausole di determinazione convenzionale del danno. Tale che “SE clausola manifestamente eccessiva, ALLORA nullità parziale” (*Dominio delle clausole risarcitorie manifestamente eccessive*).

(Per comodità grafica non sono segnate le sfumature *fuzzy* dei campi).

A ben ragionare, la soluzione sistematicamente più razionale parrebbe proprio l'applicazione diretta. Anche qui non si sfugge all'alternativa: o il silenzio dell'art. 1385 c.c. è positivo, ossia porta con sé una disciplina diversa e incompatibile del risarcimento eccedente, per il caso di caparra risarcitoria, e allora si tratterà propriamente di una deroga alla disciplina generale dell'art. 1384 c.c., così precludendone l'estensione alla caparra; o il silenzio è negativo, ossia

vale come mera lacuna, e allora l'art. 1384 non sarebbe derogato e il risarcimento convenzionale chiamato "caparra" potrebbe sul piano logico rifluire nel suo dominio applicativo. Che si chiami penale o caparra, si tratterebbe di una obbligazione risarcitoria, il cui titolo è per definizione il (ristoro del) danno. In assenza del danno, il debito si dimostrerebbe universalmente privo di titolo.

8. *Il problema della lacuna c.d. "assiologica"*

È emersa in dottrina una diversa soluzione, che giunge a teorizzare la disapplicazione dell'art. 1385 c.c., muovendo dal concetto "lacuna assiologica".

Com'è noto, l'espressione "lacuna assiologica" indica una irrazionalità di trattamento tra casi simili⁴¹. Nella collocazione sistematica, ossia nella comparazione con "norme simili", il testo risulterebbe «assiologicamente inadeguato [...] poiché il legislatore non ha tenuto conto di una distinzione di cui avrebbe dovuto tener conto»⁴². Se avesse correttamente valutato la razionalità teleologica e sistematica, il legislatore «avrebbe dettato una disciplina differente»⁴³.

In altre parole, una lacuna assiologica «non è un caso privo di soluzione [una fattispecie priva di disciplina], ma piuttosto un caso con una cattiva soluzione»⁴⁴.

La lacuna non consiste qui nel difetto *tout court* di una norma. Manca, non una norma *tout court*; ma una norma teleologicamente "giusta". La quale distingue, prevedendo effetti diversi per casi dissimili; oppure unifichi, disciplinando allo stesso modo casi teleologicamente (razionalmente) assimilabili.

Il concetto di lacuna assiologica parrebbe implicare un'incoerenza tra "dispositivo" e scopo della norma. Sicché ogni norma andrebbe misurata nella propria interna corrispondenza tra effetto e *ratio*, in modo da vagliarne simmetria e asimmetria.

Ove la norma risulti teleologicamente asimmetrica, ossia preveda un effetto incoerente, per difetto o per eccesso, con la propria *ratio*, allora essa sarebbe suscettibile di correzione analogica. Si tratterebbe di un'analogia *sui generis*, giacché essa avrebbe riguardo:

a) a una *ratio* simile, e non a un caso simile;

⁴¹ G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974, pp. 25 ss.; ID., *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, pp. 13 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004; P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna 2007. Cfr. anche E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino 1999.

⁴² Così C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974; trad. it. a cura di Pierluigi Chiassoni e Giovanni Battiste Ratti, Torino 2006, p. 158.

⁴³ R. GUASTINI, *Defettibilità, Lacune assiologiche e interpretazione*, in *Revus*, 2010, 14, pp. 57-58.

⁴⁴ P. NAVARRO, J. RODRÍGUEZ, *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*, in *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, 13, 2000, p. 76.

b) si applicherebbe a prescindere da una lacuna, ed anzi proprio e per definizione in difetto di lacune tautologiche; ossia di mancanza di una fattispecie che preveda il caso⁴⁵.

Non assiologia dunque. Ma teleologia razionale.

L'art. 1385 c.c., secondo comma, c.c. prevede nella caparra o nel suo doppio la misura del risarcimento, dovuto alla parte adempiente. Tale disposizione *non prevede* la riducibilità giudiziale della caparra, che risulti manifestamente eccessiva.

L'art. 1384 c.c. prevede *invece* la riducibilità della "penale" manifestamente eccessiva, ossia della clausola che predetermini la misura del risarcimento in modo manifestamente superiore al danno effettivo.

Perché il legislatore tace sulla caparra? Coerenza non vorrebbe che, al pari della penale eccessiva, anche la caparra risarcitoria eccessiva debba essere ridotta?

Si dimostrerebbe una lacuna assiologica (teleologica) nell'art. 1385 c.c., nella parte in cui esso non prevede la riducibilità giudiziale della caparra risarcitoria eccessiva; in questo senso, la norma può designarsi come ipo-estesa, ossia mancante di un effetto (di una fattispecie dipendente) coerente con la *ratio*.

Si applicherebbe l'effetto teleologicamente assimilabile, ossia si estenderebbe l'effetto della norma con medesima *ratio* (art. 1384 c.c.) al caso regolato dalla norma silente (1385, secondo comma, c.c.).

Questi passaggi postulano che il silenzio dell'art. 1385 possa qualificarsi come lacuna; e non come "volontà" della legge (*ubi lex tacuit, noluit*). Ossia non come silenzio positivo⁴⁶. Il Gentili⁴⁷ parrebbe ammettere la correzione della norma ipo-estesa, con applicazione analogica dell'effetto, previsto dalla norma simile. Dunque, *analogamente* alla penale, anche la caparra con funzione risarcitoria sarebbe riducibile.

Il ragionamento muove dalla postulazione di una lacuna dell'effetto. Ma questo è appunto il problema; non la soluzione. Il problema è in ciò: si tratta di "riscrivere" la norma ipo-estesa (art. 1385 c.c.)? o di estendere analogicamente la norma iso-estesa (art. 1384 c.c.)? Decidendo di ridurre equitativamente la caparra eccessiva, il giudice aggiunge un comma alla disposizione dell'art. 1385? O registra un vuoto, colmandolo analogicamente? Il silenzio dell'art. 1385 (ossia: il non esprimere esso la riducibilità della caparra) è una *lacuna legis*? o una disciplina, ossia un divieto: non può il giudice ridurre la caparra?

Giova ragionare secondo la legge semantica del testo. Sul piano semantico, delle due l'una: o si dà un silenzio semantico o ermeneutico, ossia tale che al

⁴⁵ A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ., prev.*, 2010, 2, pp. 354 ss.; spec. pp. 362-363. Anche in ID., *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 459 ss.

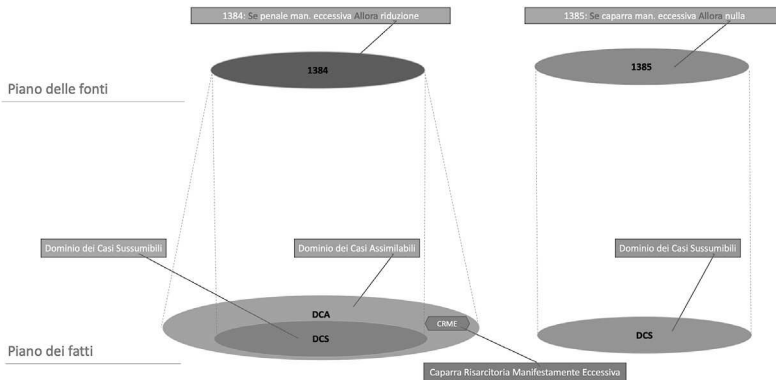
⁴⁶ *Supra*, § prec.

⁴⁷ A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, cit., pp. 354 ss.; spec. pp. 362-363. I lemmi iso-estesa, ipo-estesa e simili ricalcano il lessico di F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, Bologna 2000.

silenzio sia formalmente associato⁴⁸ o congetturalmente associabile⁴⁹ l'effetto "pagare il doppio, anche se eccessivo", e allora il silenzio sarà significativo; oppure non si rintraccia un codice o una significazione congetturale, e allora il silenzio è un nulla. Appunto, un vuoto; una lacuna. La norma risulta *tacitamente* ipo-estesa.

Il silenzio dell'art. 1385 c.c. sembra *non esprimere né postulare un divieto di ridurre*; esso non significa nulla. Dunque, è un vuoto; e deve essere colmato. Tale lacuna, convoca allora le norme (e segnatamente gli effetti, ossia le fattispecie dipendenti) *assimilabili*. Non si tratta di modificare il testo dell'art. 1385; ma di estendere l'effetto dell'art. 1384 a un caso simile, non previsto dall'art. 1385. Si tratta di determinare il *dominio analogico esterno dell'effetto*, previsto per la penale. Secondo questo schema grafico:

Fig. 3. Lacuna assiologica. Analogia



Nella figura n. 3 si osserva la lacuna dell'art. 1385 c.c. Esso non prevede il caso della caparra manifestamente eccessiva.

Si nota in particolare che il caso della caparra eccessiva è esterno al Dominio dei Casi Sussumibili dell'art. 1385 c.c. Il caso è allora attirato nel Dominio dei Casi assimilabili dell'art. 1384 c.c.

9. Segue. La c.d. "disapplicazione assiologica"

Quid iuris se, anziché tacere, la legge avesse espressamente escluso la riduzione della caparra? Se non erro, secondo questa dottrina si farebbe luogo alla *disapplicazione* della norma ipo-estesa a favore della norma iso-estesa. Vediamo di capire.

Il ragionamento si svolge nei seguenti passaggi.

⁴⁸ *Supra*, § 3, nt. 17 e testo. Il silenzio è qui in rilievo quale ente codificato

⁴⁹ *Supra*, § 2.

a) Poniamo che l'art. 1385 vieti espressamente (ipotesi che formuliamo qui a scopo didattico) la riduzione della caparra risarcitoria; o che il silenzio sia così interpretato. Il divieto sembra teleologicamente irrazionale, poiché urta contro la *ratio* ricavabile sistematicamente. Se la *ratio* della riduzione (art. 1384 c.c.) è adeguare la misura del risarcimento alla misura effettiva del danno, non si comprenderebbe perché per la caparra risarcitoria (art. 1385 c.c.) non dovrebbe valere la medesima *ratio*. La norma risulterebbe positivamente ipo-estesa, per scelta della legge.

b) La pretesa del doppio della caparra, che si dimostri manifestamente eccessiva rispetto al danno effettivo, integrerebbe un "abuso del diritto"; poiché essa sarebbe teleologicamente eccentrica, ossia contrasterebbe con la *ratio* sistematica co-testuale (artt. 1384-1385 c.c.).

c) Il carattere abusivo della pretesa abiliterebbe l'interprete a correggere la disposizione con significato abusivo, *disapplicando* l'effetto irrazionale (il divieto di riduzione della caparra); e applicando l'effetto analogo-assimilabile, in quanto razionale (la riducibilità della penale).

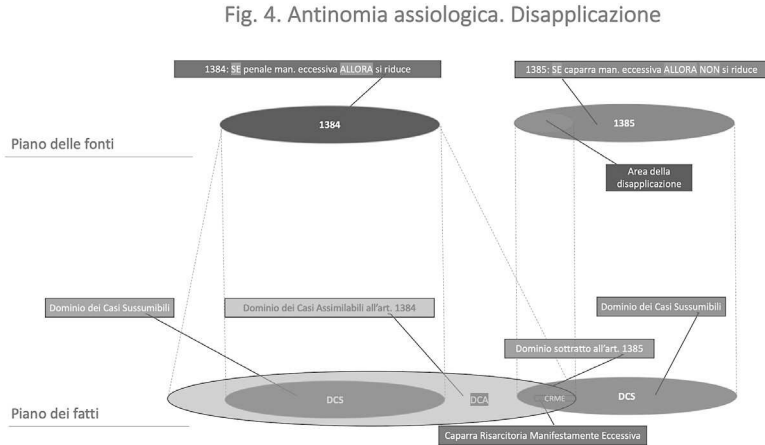
Se non m'inganno, si farebbe qui luogo ad un'antinomia, in senso tecnico. La disapplicazione della disposizione irrazionale parrebbe l'esito di un conflitto tra due norme: in tale conflitto, la norma ipo-estesa rimarrebbe perdente; e cederebbe dinanzi alla confliggente disposizione iso-estesa.

L'antinomia fa appello al concetto d'incompatibilità e postula la coincidenza (parziale o totale) delle fattispecie indipendenti; e la contrarietà degli effetti. L'effetto della norma ipo-estesa risulta logicamente alternativo, ossia inconciliabile con quello della norma iso-estesa.

Nell'idea del Gentili, l'abuso si dimostra allora un argomento per sciogliere antinomie. Sicché delle due l'una: o si registra un'antinomia in senso stretto, ossia il caso è regolato contraddittoriamente tra due norme di pari rango, ed allora potrà invocarsi l'abuso come argomento, ossia propriamente come titolo di prevalenza; oppure non si dà antinomia, ed allora nessun abuso sarebbe configurabile⁵⁰.

⁵⁰ A. GENTILI, *Abuso del diritto*, cit., pp. 362-363: l'argomento dell'abuso «afferma che la funzione dell'atto non va d'accordo con la sua forma, e poiché la sostanza deve prevalere, l'atto ricade sotto una differente *ratio legis*, congruente invece a quella funzione, ma espressa da un'altra norma, «elusa», che assoggetta l'atto ad un diverso effetto giuridico. Si arriva così a ricondurre il caso ad una diversa regola derivabile da un'altra disposizione. Non si fatica a riconoscere il procedimento sopra descritto in quello dell'analogia. L'argomento dell'abuso rientra dunque sia pure in senso lato nel genere dei ragionamenti per analogia, che operano riconducendo i casi sotto disposizioni che a prima vista non li concernono. Quel che in esso c'è di specificamente diverso è che mentre con l'analogia, invocando l'identità di *ratio* si applica una disposizione ad un caso (formalmente e strutturalmente, ma non teleologicamente) diverso, *che non è regolato*, con l'abuso, invocando l'identità di *ratio*, si applica una disposizione ad un caso (formalmente e strutturalmente, ma non teleologicamente) diverso, *che è regolato*. Regolato da una diversa disposizione, che grazie all'argomento dell'abuso viene disapplicata. L'atto dichiarato abusivo ha infatti la sua (diversa) regola, e l'argomento dell'abuso serve appunto a sottrarlo a

Questa, che chiameremo disapplicazione assiologica, appare così schematizzabile:



Nella figura n. 4 si osserva la disapplicazione dell'art. 1385 c.c.

Si muove dalla antinomia: l'art. 1384 prevede la riducibilità della penale manifestamente eccessiva; l'art. 1385 prevede (nella ipotesi qui formulata) la *non* riducibilità della caparra manifestamente eccessiva. Le due norme sono incompatibili.

Nella tesi qui rappresentata, la disapplicazione sottrae all'art. 1385 la fattispecie dipendente (*allora non si riduce*)

Si nota in particolare che il caso della caparra eccessiva è interno al Dominio dei Casi Sussumibili dell'art. 1385 c.c. L'effetto risulterebbe tuttavia 'assiologicamente sovra-esteso', siccome teleologicamente irrazionale.

Si procederebbe allora alla disapplicazione. Essa non si limita a colmare una lacuna; ma sottrae dall'art. 1385 c.c. l'area normativa compresa tra A – A1 – A2 e il correlativo Dominio.

La caparra eccessiva è così esclusa dal Dominio dei Casi *Sussumibili* dell'art. 1385 c.c. e inclusa nel Dominio dei Casi *Assimilabili* dell'art. 1384 c.c.

10. *Primato della parola*

Abbiamo al postutto isolato due processi logici.

Da un lato, la *lacuna assiologica* (*melius*: teleologica), che ammette l'estensione analogica (o diretta⁵¹) dell'effetto previsto per una fattispecie analoga.

quella altrimenti normale» (enfasi originaria). V. Per una vivace critica, v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 117-118.

⁵¹ *Supra*, § 7, fig. 2.

Qui l'analogia *legis* appare conforme alla disciplina dell'art. 12, secondo comma, disp. prel.

Dall'altro lato, l'*antinomia assiologica* (*melius*: teleologica), che pretenderebbe la disapplicazione dell'effetto (fattispecie dipendente) ipo-esteso, da considerare abusivo; e la sua sostituzione con l'effetto iso-esteso, previsto per una fattispecie analoga.

L'antinomia assiologica autorizzerebbe tale sorta – diremo pure con qualche caduta di stile – di smontaggio e rimontaggio di pezzi normativi, a prescindere e financo contro la fonte semantica. Siamo dinanzi alla radicale domanda: è dato al giudice-giurista il potere di sindacare la nomologia, ossia la positiva combinazione di protasi e apodosi nel congegno normativo?

La disapplicazione della norma parrebbe preclusa al giudice ordinario. In primo luogo, in ragione dell'indisponibilità del significante, ossia del testo vigente. Chi decide sulla "legge della lingua", ossia sulla generale validità linguistica dei testi? È declinabile un limite, oltre il quale non è dato di disporre delle fonti?

Deve ragionarsi intorno al carattere obiettivo, pubblico e tecnico del linguaggio. Nulla impedisce una stipulazione interindividuale o addirittura solitaria della significazione: sicché a chiunque potrebbe essere dato di inventare una tavola di nuovi codici di significazione, e nascondere in essa pochi o molti neologismi.

"Lingua della legge" appare tuttavia concetto logico-sistematico. È vero che la "*parole*"⁵² muta senso nel corso dell'uso sociale. Qui viene tuttavia in rilievo la radice logica del processo linguistico come codificazione sistematica, secondo cui gli uomini di una data comunità *risiedono nella medesima legge di significazione*. La quale consente di riconoscere i significanti; e di definire i significati estraibili. L'ignoranza individuale non è ammessa nel sistema della significazione giuridica.

Tra i molti corollari della forma linguistica del diritto, vorrei qui isolarne due.

L'art. 101 della Costituzione, secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge. Su questa linea, potremmo pur dire essere la Costituzione tavola formale delle soggezioni, ossia della rigorosa delimitazione dei poteri e della opponibilità *in alios* di ogni decisione⁵³. La Costituzione istituisce il giudice, non già quale decidente totipotente, ma quale ufficio applicativo della legge. *Subiectus*, che trova sopra di sé la semantica dei testi legislativi; e dinanzi a sé l'esistenza dei fatti: soggetto, al quale è demandato il ben misurato còmpito di

⁵² Per la differenza tra *langue* e *parole* da ricordare nuovamente F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, cit., pp. 30 ss.

⁵³ Sul principio costituzionale della divisione dei poteri v. ancora P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli 2014, p. 55. E ora anche M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, Milano 2016, IX, spec. pp. 427 ss.

valutare questi per mezzo di quella. La c.d. “giurisdizione” è appunto costituita in amministrazione istituzionale, ossia delimitata e commisurata rispetto ad altri poteri, positivamente istituiti. Potremmo dunque discorrere di “istituzione giudiziaria”; e di “potere giurisdizionale”, il quale trova limite nella sfera di competenza formalmente stagiata dalla Carta.

In secondo luogo, la logica della vigenza, fatta propria dalla dottrina qui analizzata, muove dal concetto di positività come previsione linguistica del principio entro una disposizione costituzionale⁵⁴; “norma” appunto come tutte le altre; enunciato vigente come ogni altro. Lo stesso fondamento logico, che traduce il valore naturale in principio positivo, implica dunque il limite linguistico⁵⁵ della sua “applicazione”.

Stabilita la razionalità sistematica dei significati e la loro coerenza rispetto al testo della Costituzione; e istituito dalla stessa Costituzione il giudice competente al controllo di coerenza tra fonti Costituzionale e ordinaria, la legalità costituzionale non sembra poter concettualmente ammettere alcuna disapplicazione *ultra vires*, ossia oltre la positiva e istituzionale competenza della Corte costituzionale⁵⁶.

Giova riflettere come la positività sia una categoria linguistica; e come essa si traduca in *vigenza di una fonte materiale*⁵⁷. Sicché delle due l’una: o la positivizzazione dei valori in principî si converte in vigenza formale della relativa fonte materiale; oppure non si dà alcuna positività costituzionale.

La posizione di un testo è per definizione (relativamente) indisponibile e istituzionalmente riservata a precise sfere di competenza. L’indisponibilità del testo è la logica premessa del primato costituzionale e del giudizio di costituzionalità. Donde il corollario: la “vigenza”, intesa quale forza espressiva della fonte (di ogni fonte positiva), è costituzionalmente indisponibile.

Altro è interpretare il silenzio come assenza, e dunque come lacuna; altro, modificare la significazione espressa o tacita. Nel primo caso, la lacuna implica l’assimilazione alla norma prossima e il ricorso all’analogia *legis*. Nel secondo caso, se il testo esibisce – attraverso il proprio silenzio o il proprio enunciato – un significato diverso e incompatibile rispetto a quello dell’art. 1384 c.c., il giudizio intorno alla razionalità positiva della fattispecie, ossia della conformità

⁵⁴ Di «fedeltà al *testo* della Costituzione» si legge in P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁵ L’art. 122 del codice di procedura civile prevede che «in tutto il processo è prescritto l’uso della lingua italiana». Il processo, luogo della (provvisoria e limitata) verità giuridica, è uno spazio linguistico.

⁵⁶ V. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., pp. 468-471. Il L. (nt. 582, p. 470) censura la indebita sovrapposizione tra «il paradigma del sindacato accentrato e quello della necessaria penetrazione della Costituzione a tutti i livelli ordinamentali (sta a dire: che i giudici comuni siano tenuti ad applicare la Costituzione non significa che il sindacato di costituzionalità sia diffuso). Per la medesima ragione – specularmente – non ci sembra affatto che il principio dell’interpretazione conforme comporti l’attenuazione del monopolio del sindacato di costituzionalità in capo alla Consulta».

⁵⁷ Sulla distinzione fonte materiale – fonte immateriale v. *supra*, § 16.

all'art. 3 Cost. dell'art. 1385 c.c., è affidato appunto al giudice delle leggi; ossia dei testi vigenti. Al quale solo è demandato il compito di toccare il significante, modificando le parti incompatibili con la Carta.

Delle due l'una: o si interpreta il silenzio come lacuna (silenzio negativo), e allora si farà luogo all'applicazione analogica o diretta dell'art. 1384 c.c.; o si interpreta il silenzio come disciplina (silenzio positivo), per la quale il doppio della caparra è dovuto sempre, anche se manifestamente eccessivo, e allora non rimane che la questione di costituzionalità. *Tertium non datur.*

In ogni caso, applicare direttamente l'art. 2 Cost. senza passare dalle norme (con fattispecie) si dimostra un salto logico. Un errore. Al postutto, l'argomento: "lo ha affermato la Corte costituzionale" è nullo. Avrebbe ben potuto la Corte modificare il significante dell'art. 1385 c.c. in ragione di una dimostrata illegittimità costituzionale. Essa si è invece ristretta a declinare il mero "principio di solidarietà", in purezza e vaghezza. Il quale si svela in sé uno stato provvisorio ed embrionale di conoscenza; che per logica necessità rinvia a gradi successivi di precisazione attraverso altri significanti determinativi, così da giungere alla razionale posizione della fattispecie. Non è dato all'interprete di sottrarsi alle parole vigenti, nella sistematica testuale, co-testuale e teleologica. Egli è dal proprio ufficio chiamato all'analitica, coerente e falsificabile dimostrazione della fattispecie concreta applicabile al caso.