

## 1. Una riflessione sul metodo giuridico (\*)

---

SOMMARIO. 1. Il problema del metodo giuridico. Gli indirizzi fondamentali: la giurisprudenza dei concetti e la giurisprudenza degli interessi. – 2. Ma va preso in considerazione anche che il metodo realistico, che dalla conoscenza del fatto sottostante alla normativa giuridica si volge all'indagine sulla disciplina legislativa, che del fatto determina la fattispecie concettuale e la sua rilevanza per il diritto. – 3. L'adozione del metodo realistico conduce, riguardo alla teoria del negozio giuridico conduce alla distinzione tra la definizione concettuale e la disciplina del negozio secondo le scelte del diritto positivo. – 4. Porta alla costruzione della responsabilità civile nei termini rigorosi della traslazione del danno dalla vittima al soggetto responsabile alla stregua dei fatti causanti ed imputabili previsti dalla legge, impropriamente definiti dal codice civile come fatti illeciti. – 5. Determina il superamento della fallace concezione del lavoro subordinato nei termini del contratto e la sua configurazione invece come il rapporto giuridico che intercorre tra lavoratore e prestatore di lavoro.

### 1. *Il problema del metodo giuridico. Gli indirizzi fondamentali: la giurisprudenza dei concetti e la giurisprudenza degli interessi.*

Il metodo consiste nel percorso che lo studioso deve seguire per affrontare e portare a termine una ricerca di carattere scientifico. E può riguardare, per fare un cenno ai campi principali di indagine, la individuazione dei caratteri e degli effetti degli eventi naturali, la risposta da dare a questioni di natura filosofica, la comprensione dell'andamento e del senso degli eventi storici, o, per venire alla materia che qui interessa, la costruzione e l'interpretazione dei principi e delle norme che compongono l'ordinamento giuridico.

In ogni campo lo studioso si trova di fronte ad ostacoli da superare e problemi da risolvere, che rivestono varia natura e incontrano molteplici difficoltà.

Riguardo alla conoscenza scientifica del diritto il problema principale scaturisce dallo stesso oggetto e dalla funzione dell'ordinamento giuridico, che stabilisce le regole per la composizione degli interessi in conflitto rilevanti tra i suoi soggetti e il risultato da raggiungere consiste proprio nell'ordinare a sistema e nell'interpretare le regole predisposte e imposte dalle fonti normative, per soddisfare alle esigenze e alle richieste che provengono dal corpo sociale<sup>(1)</sup>.

Qui può sorgere, e talora è stata sollevata, la questione se sia possibile realizzare la costruzione, avente validità scientifica, di un insieme di norme, stabilite dalla vo-

---

(\*) Il saggio è stato pubblicato negli *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, Vol. III.

(1) Per tutti, CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, in *Opere*, II, Milano, 1959, p. 385 ss.

lontà dei *conditores juris*, che, legate a valutazioni e scelte politiche a carattere discrezionale, possono diversificarsi e mutare, secondo le condizioni sociali ed economiche, che, nelle contingenze storiche, sono destinate a variare.

Ma il dubbio si può ritenere superato dalle conquiste che la scienza giuridica ha realizzato, soprattutto nei secoli XVIII e XIX, nella sistemazione concettuale e nell'applicazione pratica delle norme appartenenti ai diversi rami dell'ordinamento giuridico<sup>(2)</sup>.

Cosicché, per tornare al punto, rimane aperto il problema del metodo che la scienza giuridica deve seguire, oggetto a sua volta di studi e approfondimenti della teoria generale e della filosofia del diritto, con i quali, in queste brevi note, non pretendo certo di misurarmi.

L'obiettivo che mi propongo è piuttosto, e soltanto, quello di segnalare le obiezioni a cui vanno incontro i principali indirizzi metodologici che dividono gli studiosi del diritto, e tracciare, almeno, le linee di un metodo che consenta di dare al problema di fondo una risposta abbastanza soddisfacente<sup>(3)</sup>.

Secondo l'opinione prevalente, nella dottrina giuridica dei Paesi di *civil law*, che costituisce il presidio della moderna scienza del diritto, il metodo da seguire deve consistere nella analisi e nella costruzione del contenuto delle norme giuridiche sotto la forma di concetti, che possano essere ricondotti ad un sistema esauriente e coerente.

Si tratta, per adoperare la terminologia proposta dai giuristi tedeschi dell'ottocento e del novecento che maggiormente si sono impegnati nel metodo di elaborazione scientifica del diritto, della *Begriffs jurisprudenzen*, o giurisprudenza dei concetti<sup>(4)</sup>. Che ravvisa nella norma giuridica un giudizio o precetto ipotetico formulato nei termini, se si verifica la fattispecie  $x$  prevista dalla norma, si producono gli effetti giuridici  $y$  che la stessa norma dispone. E raggiunge il suo culmine nella teoria pura del diritto, proposta da Kelsen, che riconduce tutta la realtà giuridica al dato normativo nel cui ambito si collocano il fatto materiale, giuridicamente rilevante, e gli effetti che alla sua stregua si producono<sup>(5)</sup>.

Ma la giurisprudenza dei concetti incontra una obiezione e un limite difficilmente superabili, proprio nel distacco, che alla sua stregua si apre tra l'apparato normativo, frutto dell'ordinamento giuridico, e i fenomeni socio-economici che ne costituiscono l'oggetto. E può degenerare, quando le istanze logiche dalle quali lo studioso si lascia suggestionare introducono nella fattispecie normativa un dato di derivazione concettuale, come nel caso sul quale ritornerò tra breve della concezione volontaristica del negozio giuridico, così falsando la costruzione della regola di diritto e mettendo a rischio, quel che è peggio, la sua corretta applicazione.

Secondo un altro indirizzo, formatosi proprio in opposizione alla giurisprudenza

---

<sup>(2)</sup> Cfr., per tutti, LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960; e, con particolare riguardo alla costruzione logica del sistema, KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, Milano, 1971.

<sup>(3)</sup> Sui metodi adottati dalla moderna scienza giuridica, cfr. per tutti BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950; ASCARELLI, *Disp. metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1953, p. 115 ss.

<sup>(4)</sup> Cfr., per lo studio dei metodi seguiti dalla dottrina tedesca, LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966.

<sup>(5)</sup> KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 1952, *passim*.

dei concetti, che si intitola agli interessi, *Interessenjurisprudenz*, l'indagine scientifica del diritto va riferita invece alla disamina dei problemi che l'ordinamento positivo affronta e risolve nello apprezzamento e con il contemperamento degli interessi radicati nei casi di specie che si propongono<sup>(6)</sup>, come avviene per i sistemi di *common law*<sup>(7)</sup>.

Questo metodo consente, ed è un lato apprezzabile favorevolmente, di evitare gli errori e gli inconvenienti a cui si può esporre nella sua astrattezza la costruzione concettuale delle norme di diritto, ma implica la rinuncia, un'obiezione grave e apparentemente insuperabile, a conoscere e ordinare i fenomeni giuridici secondo la logica, ritenuta imprescindibile, dei concetti<sup>(8)</sup>. Della quale non può tenere il luogo la disamina frammentaria di problemi specifici, come dell'interpretazione della norma giuridica non può tenere il luogo, negli ordinamenti fondati come i sistemi del diritto continentale sulla legge, l'adesione ad un precedente giudiziario, che pure risulti esemplare.

Il problema del metodo giuridico si ripropone nella seconda metà del secolo scorso sotto l'influenza di antiche e recenti correnti del pensiero filosofico con l'introduzione nel dibattito sulla costruzione e sull'interpretazione del diritto positivo dei valori della vita che l'ordinamento giuridico recepisce, attraverso le regole fondanti della costituzione, i principi e le clausole generali del diritto e financo il diritto vivente<sup>(9)</sup>. Di questi valori devono tener conto gli studiosi e soprattutto l'interprete del diritto, onde poter superare l'algido formalismo della giurisprudenza dei concetti, senza imbattersi però nello *impasse* empirico dei conflitti di interessi.

2. *Ma va preso in considerazione anche che il metodo realistico, che dalla conoscenza del fatto sottostante alla normativa giuridica si volge all'indagine sulla disciplina legislativa, che del fatto determina la fattispecie concettuale e la sua rilevanza per il diritto.*

Nel tentativo di contribuire ad una corretta impostazione e ad una appagante soluzione dei problemi della conoscenza del diritto occorre muovere a mio avviso dalla riflessione sulla peculiare essenza, e/o composizione, della fenomenologia giuridica. Che da un lato affonda le sue radici nella realtà economica e sociale sottostante alle regole giuridiche e dall'altro proprio a mezzo di tali regole imprime la forma e dà la risposta alle richieste ed esigenze che da quella realtà promanano.

<sup>(6)</sup> HECK, *Allg. Teil ecc.*, in *Arch f. civ. Praxis*, 1940-1941, p. 14 ss.; MULLER-ERZBACH, *Die Rechtswissenschaft in Umbau*, Munchen, 1950.

<sup>(7)</sup> Cfr., per una interessante riflessione in materia, RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, trad. it., Milano, 1962.

<sup>(8)</sup> Cfr., per tutti, PUGLIATTI, *Logica e concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 197 ss.; BARBERO, *Empirismo e dogmatica del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 31 ss.

<sup>(9)</sup> Cfr. per tutti DOMINÈDO, *Giurisprudenza dei valori*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, I, Padova, 1950, p. 469 ss.; MENGONI, *Problemi e sistema della controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p.3 ss.; ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985; ID., *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trib. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 321 ss.; e sul pensiero di Mengoni, NOGLER *Itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, in *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, a cura di Nogler e Nicolussi, Padova, 2007, p. 255 ss.

In tal modo l'ordinamento giuridico si differenzia dalla morale, le cui regole si rivolgono alla coscienza dell'uomo perché adottati comportamenti volti a realizzare i supremi valori e doveri della vita, con la sanzione costituita, in caso di trasgressione dal rimorso e dal pentimento; e si differenzia altresì dal costume sociale, le cui regole si fondano sul comune consenso e buonsenso, che raccomandando l'adozione di comportamenti idonei a realizzare un corretto e proficuo svolgimento delle relazioni sociali, con la sanzione costituita, in caso di trasgressione, dal discredito e dal ripudio dei consociati.

L'ordinamento giuridico provvede invece a regolare i rapporti economico-sociali, tra le persone e nell'ambito della collettività, per imporre agli uomini comportamenti ritenuti indispensabili, *ne cives ad arma veniant* come ammonisce l'antico ditteio, con la comminatoria di sanzioni adeguate ai fini della prevenzione e della repressione delle eventuali trasgressioni.

I fenomeni giuridici si caratterizzano pertanto per il nesso indissolubile, quanto necessario, tra il fatto, che ne costituisce la sostanza materiale, e la norma, che impone al fatto la sua configurazione e ne dispone gli effetti<sup>(10)</sup>.

E ne consegue che il metodo giuridico di indagine si deve svolgere, e dipanare, tra i due poli del fatto e della norma, affrontando tutti gli ostacoli e risolvendo tutte le difficoltà che scaturiscono dalla diversità e dal contrasto tra il fatto, in cui si manifestano i bisogni, le esigenze e le aspirazioni degli uomini ai quali è connaturata la libertà di pensare e di agire, e il diritto che impone agli uomini le scelte opportune per la soddisfazione degli interessi e il raggiungimento degli obiettivi del giusto e proficuo svolgimento della vita sociale.

Conviene pertanto prendere le mosse dalla conoscenza del fatto, con il carico di interessi, esigenze e valori che, secondo la coscienza sociale, al suo fondo si muovono; per passare poi alla fase dell'indagine, successiva e determinante, che consiste di verificare quale nozione, e rilevanza, del fatto l'ordinamento giuridico recepisca, in relazione agli interessi, ai valori e alle esigenze in esso racchiusi.

In tal modo sembra possibile realizzare una visione coerente e soddisfacente degli eventi di fatto e delle regole normative, senza sconfinare da un lato nella logica astratta di concetti e dall'altro nella valutazione empirica dei singoli casi e problemi, così consistendo il compito essenziale del giurista nella conoscenza e nell'applicazione dell'ordinamento del diritto secondo la sua complessa essenza ed operatività.

Ed è questo il metodo, che ho cercato di seguire, affrontando nella mia attività scientifica alcuni fenomeni centrali del mondo del diritto, nella fiducia, o almeno nella speranza, di aver raggiunto risultati meritevoli di qualche considerazione.

---

<sup>(10)</sup> Vedi, per la rilevanza del fatto nella fenomenologia giuridica, il contributo di prevalente carattere filosofico di CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1929, p. 393 ss. E vedi, per la concezione realistica del diritto, il contributo di OLIVIERO, *Il diritto come fatto*, trad. it., Milano, 1967; TARELLO, *Realismo giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1966.

3. *L'adozione del metodo realistico conduce, riguardo alla teoria del negozio giuridico, alla distinzione tra la definizione concettuale e la disciplina del negozio secondo le scelte del diritto positivo.*

Il primo tema che, alla stregua del metodo proposto, ritengo qui di affrontare, riprendendo le fila di un contributo scientifico risalente a tanti anni fa<sup>(11)</sup>, è quello, di rilevanza centrale per il diritto dei privati, del negozio giuridico.

Qui il fatto sottostante all'ordinamento giuridico può essere ravvisato agevolmente nella autonomia privata, identificata nella attitudine degli uomini, strettamente connaturata alla libertà personale, a regolare i propri bisogni ed esigenze.

Si profila così la nozione di atto di autoregolamento dei privati interessi, dove l'espressione «atto» sta ad indicare l'azione o il comportamento, a cui mezzo i soggetti dispongono degli interessi di cui sono titolari, e l'espressione autoregolamento sta ad indicare l'assetto che i soggetti legittimati ritengono di dare ai propri interessi<sup>(12)</sup>.

Si tratta a questo punto di verificare, passando all'altro polo del metodo, in quali termini e con quali effetti l'ordinamento giuridico provveda a riconoscere e regolare l'autoregolamentazione dei privati interessi che si manifesta ed attua nella realtà socio-economica.

Negli ordinamenti antichi, ai quali può essere il caso di risalire per un raffronto significativo, gli uomini, quando erano dotati di libertà, potevano disporre dei propri interessi mediante pochi atti – caratterizzati da formule tipiche, si pensi alla *stipulatio* del diritto romano – che costituivano lo strumento necessario per la realizzazione di effetti giuridici stabiliti.

Con l'evoluzione degli ordinamenti giuridici, sotto la spinta irresistibile della realtà sociale ed economica, si realizza nell'era moderna il pieno riconoscimento della autonomia privata, alla cui stregua tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico sono legittimati a regolare liberamente i propri interessi economici e sociali per la realizzazione degli effetti mirati, nell'osservanza soltanto delle condizioni e dei limiti generali stabiliti dalla legge. Cosicché si può ritenere che la nozione di autoregolamento dei privati interessi si trasferisca *tel quel* sul piano del diritto, ove si configura nei termini del negozio giuridico.

La considerazione che i codici civili italiani del 1865 e del 1942, sulle orme del codice francese del 1805, riconoscono e disciplinano la figura del contratto non deve trarre in inganno.

Il contratto costituisce la massima espressione della autoregolamentazione dei privati interessi, come risulta testualmente dall'art. 1322 cod. civ., intitolato alla autonomia contrattuale, alla cui stregua, 1° comma, «Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge» e, 2° comma, «possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disci-

<sup>(11)</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, ed ora ristampa 2° edizione, 2008; ID., *Negozio giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, 1991, ed ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 43 ss. E per la dottrina successiva almeno GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001.

<sup>(12)</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 83 ss.; cfr. altresì in materia, SALV. ROMANO *Autonomia privata*, Milano, 1957; L. FERRI, *Autonomia privata*, Milano, 1959.

plina particolare purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» e dall'art. 1323 cod. civ. alla cui stregua «Tutti i contratti ... sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo».

E costituisce, pertanto, il dato essenziale di riferimento, per la configurazione e parzialmente anche per la disciplina, della figura generale del negozio giuridico<sup>(13)</sup>. Al quale vanno ricondotti, ai sensi dell'art. 1324, 1° comma, cod. civ., gli atti unilaterali tra vivi, sottoposti, salve diverse disposizioni di legge, alle norme disciplinatrici dei contratti in quanto compatibili; il testamento, negozio unilaterale *mortis causa*, ai sensi degli artt. 587-673; l'accettazione della eredità, ai sensi degli artt. 470-483 cod. civ.; i negozi bilaterali e unilaterali di diritto familiare, la promessa di matrimonio (art. 79-81 cod. civ.), il matrimonio religioso e civile (art. 82-219 cod. civ.), il riconoscimento di figlio naturale (artt. 250-268 cod. civ.), l'adozione di persone di maggiore età (artt. 311-314 cod. civ.). Atti che rientrano nell'ambito della autonomia negoziale, anche se, per la rilevanza di interessi in gioco e le particolarità delle situazioni alle quali si riferiscono, sono sottoposti ad una disciplina speciale e particolarmente rigorosa.

La concezione del negozio come atto di autoregolamento dei privati interessi, cogliendo l'essenza del fenomeno giuridico, consente di ritenere ben distinti i piani del concetto e della disciplina legale, di cui invece la configurazione del negozio giuridico, secondo lo schema della fattispecie, determina la confusione e la sovrapposizione<sup>(14)</sup>.

Ed è questo il vizio di metodo che inficia principalmente la costruzione dominante, soprattutto nella dottrina tedesca, del negozio giuridico come dichiarazione di volontà, desunta dalla essenza psicologica attribuita al negozio, secondo una istanza della logica astratta, ma anche dalla tutela attribuita dalla legge alla volontà delle parti<sup>(15)</sup>, alla cui stregua però la carenza della volontà dell'atto o del contenuto o degli effetti dovrebbe determinare la inesistenza/nullità del negozio giuridico. Laddove il problema di stabilire, se e fino a qual segno l'interna volontà debba prevalere sulla dichiarazione a cui mezzo viene estrinsecata e i vizi dell'interno volere debbano travolgere la stessa esistenza e comunque l'efficacia del negozio giuridico, appartiene alla sua disciplina e viene risolto in vario senso in base alle valutazioni e alle scelte di politica legislativa.

---

<sup>(13)</sup> Cfr. sul contratto in generale, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3ª ed., Milano, 1972 e i recenti importanti contributi di SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1993; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001.

<sup>(14)</sup> Vedi per una revisione critica della nozione di fattispecie complessa, con particolare riguardo alla configurazione del negozio giuridico, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 27 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, e successivamente in *Scritti giuridici*, I, *Scritti di diritto civile*, Padova, 1996, p. 3 ss. ed ivi ampia bibliografia; ID., *Fattispecie*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 14, 1989, ed ora in *Scritti giuridici*, cit., p. 27 ss.; CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 433 ss.

<sup>(15)</sup> Vedi per la dottrina tedesca, tra gli altri, ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879; ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, I, Marburg, 1888; MANIGK, *Willenserklärung und Willensgeschäft*, Berlin, 1907; ID., *Das Rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939; IACOBJ, *Theorie der willenserklärung*, Munken, 1910, p. 8 ss. E per la dottrina italiana, principalmente G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, e, per una vigorosa critica, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., Torino, 1950, p. 6 ss.

E così, ai sensi dell'art. 428 cod. civ., l'incapacità di intendere e di volere, anche transitoria, che, per la totale carenza di volontà dovrebbe determinare l'inesistenza/nullità del negozio giuridico, cagiona soltanto l'annullabilità dell'atto unilaterale ad istanza della persona incapace e dei suoi eredi o aventi causa ove risulti un grave pregiudizio per l'autore, e l'annullabilità del contratto ove, per il pregiudizio che può colpire la persona incapace di intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulti la malafede dell'altro contraente; ai sensi dell'art. 1433 cod. civ., l'errore nella dichiarazione o nella sua trasmissione, con la conseguente mancanza della volontà del soggetto dichiarante, determina soltanto l'annullabilità del contratto purché si tratti di errore essenziale e riconoscibile, e i negozi inficiati dal vizio del consenso – errore, violenza e dolo ai sensi degli artt. 1427-1440 – sono annullabili soltanto ove sussistano i requisiti particolari della essenzialità e riconoscibilità dell'errore, della forza incisiva della violenza e della essenzialità del dolo.

Si deve convenire allora che l'ordinamento giuridico risolve i problemi sollevati dalla carenza o vizi della volontà, privilegiando la tutela dell'affidamento che i soggetti interessati hanno ragione di nutrire nella ricorrenza e/o nella validità del negozio giuridico.

Mentre, passando ad un altro, essenziale profilo della disciplina giuridica della materia, va rilevato che l'art. 1325, n. 4, cod. civ. sancisce, in perfetta coerenza con il riconoscimento della autonomia negoziale, la regola della libertà della forma, tranne che eccezionalmente la legge disponga che l'atto deve essere redatto in una forma determinata, difettando la quale il contratto è nullo, ma pur sempre esistente, e si veda in seguito.

La concezione del negozio giuridico, come atto di autonomia privata, consente altresì di impostare e risolvere correttamente la questione della sua efficacia.

L'effetto, in cui si manifesta l'essenza del negozio come atto di autonomia privata, consiste nella sua forza vincolante alla stregua dell'art. 1372 cod. civ. che riconosce al contratto forza di legge tra le parti, per cui non può essere sciolto che per mutuo consenso o per le cause stabilite dalla legge medesima e, proprio in quanto espressione della autonomia dispositiva dei soggetti titolari degli interessi da regolare, non produce effetti nei riguardi di terzi, eccettuati i casi previsti dalla legge<sup>(16)</sup>. E le stesse regole valgono, *mutatis mutandis*, per i negozi unilaterali di natura patrimoniale, il testamento, l'accettazione di eredità e i negozi di diritto familiare.

Invece, i c.d. effetti finali – la costituzione, la modifica o l'estinzione dei rapporti giuridici a cui si riferisce l'art. 1321 cod. civ. – appartengono alla sfera della funzionalità del negozio giuridico e possono avere una sorte diversa a seconda della disciplina stabilita dalla legge<sup>(17)</sup>.

La concezione del negozio giuridico, come atto di autonomia dispositiva, giuridicamente rilevante ed efficace, consente di impostare e risolvere correttamente la questione della sua inefficacia nelle diverse forme in cui si manifesta. A differenza di quel che avviene per le altre fattispecie giuridiche, dove, alla non ricorrenza dello

---

<sup>(16)</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 259 ss. Vedi, a proposito della irrevocabilità come effetto preliminare, RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 242 ss.

<sup>(17)</sup> Sugli effetti finali R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 304 ss.

schema ipotetico predisposto dalla norma, fa riscontro senz'altro la mancata produzione degli effetti<sup>(18)</sup>.

A tale stregua si deve ritenere che, quando difetta l'autoregolamento dei privati interessi – come nel negozio stipulato per scherzo o nell'ambito di una rappresentazione scenica – si verifica la totale inesistenza del negozio giuridico con la mancata realizzazione di qualsiasi suo effetto<sup>(19)</sup>.

Laddove il negozio, pure esistente, nel difetto di un requisito formale o del suo contenuto o nella trasgressione dei limiti imposti alla autonomia privata, e pertanto in violazione della legge, viene colpito dalla sanzione della invalidità nelle forme stabilite<sup>(20)</sup>: quella della nullità, di cui all'art. 1418-1424 cod. civ. che nega la rilevanza del contratto (negozio giuridico), il quale tuttavia, ove esistente, può produrre taluni effetti indiretti, essere convalidato eccezionalmente, art. 1423 cod. civ., e essere convertito in uno diverso del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma qualora debba ritenersi che le parti, avuto riguardo allo scopo perseguito, lo avrebbero voluto se ne avessero conosciuto la nullità, art. 1424 cod. civ., e quella meno grave dell'annullabilità, artt. 1441-1446 cod. civ., per cui il negozio produce tutti i suoi effetti fino alla sentenza di annullamento del giudice, a seguito della azione di impugnativa della parte interessata entro il termine di prescrizione di cinque anni.

Si verifica invece l'inefficacia in senso stretto, quando gli effetti finali sono temporaneamente sospesi o possono venir meno secondo la sorte della condizione sospensiva o risolutiva disposta dalla legge, *condicio juris*, o dalle parti, artt. 1353-1361 cod. civ., o cadere in conseguenza di un vizio che colpisca la funzione del negozio, come la rescissione del contratto concluso in stato di pericolo, art. 1447 cod. civ., o inficiato da lesione enorme, artt. 1448-1452 cod. civ., e la risoluzione del contratto per inadempimento artt. 1453-1462, per impossibilità sopravvenuta, artt. 1463-1466 cod. civ. e per eccessiva onerosità, artt. 1467-1469 cod. civ.<sup>(21)</sup>.

#### 4. *Porta alla costruzione della responsabilità civile nei termini rigorosi della traslazione del danno dalla vittima al soggetto responsabile alla stregua dei fatti causanti ed imputabili previsti dalla legge, impropriamente definiti dal codice civile come fatti illeciti.*

Un altro tema che intendo qui riprendere è quello del risarcimento del danno extracontrattuale.

La dottrina e la giurisprudenza risalenti ritengono, sulla scorta di un indirizzo tradizionale, che il danno, oggetto dell'obbligo di risarcimento, consista nella distruzione

<sup>(18)</sup> Sulle forme di inefficacia del negozio giuridico R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 327 ss.

<sup>(19)</sup> Vedi altresì sulla inesistenza del negozio giuridico SANDULLI, *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 405 ss.; CARNELLUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 208 ss.; SATTA, *Sulla inesistenza degli atti giuridici processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 377.

<sup>(20)</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 349 ss. e ivi bibliografia. E vedi la trattazione fondamentale di GRADENWITZ, *Die Ungültigkeit der obligatorischen Rechtsgeschäfte*, Breslau, 1887.

<sup>(21)</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., p. 400 ss., ed ivi ampia bibliografia.

o menomazione di un bene-interesse di natura patrimoniale, che va riparato, nella impossibilità e/o difficoltà per lo più della reintegrazione in forma specifica, mediante l'obbligo della corresponsione di una somma in denaro di valore equivalente<sup>(22)</sup>.

Ma alla stregua della normativa del codice vigente, correttamente interpretata ed applicata, si deve ritenere che l'obbligo del risarcimento concerna qualsiasi tipo di danno, patrimoniale o non.

Invero, l'art. 2043 dispone che il fatto doloso o colposo obbliga chi lo abbia posto in essere a risarcire il danno «ingiusto» che ne è conseguito, e le altre norme dello stesso titolo IX sui fatti illeciti si riferiscono – per le discriminanti, legittima difesa e stato di necessità, artt. 2044, 2045, per l'incapacità di intendere e di volere, artt. 2046 e 2047, per la responsabilità per fatto altrui, artt. 2048 e 2049, per l'esercizio di attività pericolose, art. 2050, per la custodia della cosa, art. 2051 e dell'animale art. 2052, per la rovina di edificio, art. 2053, per la circolazione dei veicoli, art. 2054, per la responsabilità solidale, art. 2055, per la valutazione di quanto dovuto al danneggiato, art. 2056, per la liquidazione dei danni permanenti, art. 2057, e per il risarcimento in forma specifica, art. 2058 – al danno da identificare, in mancanza di altra aggettivazione, con quello ingiusto.

Pertanto gli artt. 2043 e seguenti indicano, senza alcuna possibilità di dubbio o equivoco, l'elemento di fatto e il dato normativo alla cui stregua concepire la nozione del danno che deve essere risarcito.

Sul piano del fatto il danno consiste nella effettiva distruzione o menomazione di un qualsiasi bene-interesse della vita, rilevante ai fini del risarcimento<sup>(23)</sup>.

Sul piano del diritto l'espressione «ingiusto», superato l'antico limite della violazione di un diritto assoluto, rapportato all'obbligo generico del *neminem ledere*, consente di estendere la rilevanza giuridica del danno all'apprezzamento negativo e alla conseguente reazione dell'ordinamento giuridico, consistente nell'insieme dei principi, delle norme generali e speciali, delle clausole generali e financo del c.d. diritto vivente<sup>(24)</sup>.

Seguendo queste linee di tendenza la giurisprudenza<sup>(25)</sup> e la dottrina<sup>(26)</sup> affer-

<sup>(22)</sup> Vedi per l'orientamento della dottrina classica in materia F. MOMMSEN, *Beitrage zum Obligationenrecht. Zur Lehre von dem Interesse*, Braunshweig, 1855, p. 8; FISCHER, *Der Schaden nach dem B.G.B.*, Iena, 1903, p. 13; CROME, *Teoria delle obbligazioni nel diritto francese*, trad. it. Milano, 1908, p. 933; FER- RINI, voce *Danni*, in *Enc. giur.*, IV, Milano, 1922, p. 27; A. GRAZIANI, *Appunti sul lucro cessante*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, p. 249 ss.; e per la dottrina più recente, SALVI, *Il danno extra-contrattuale*, Napoli, 1985; FRANZONI, *Il danno al patrimonio*, Milano, 1996.

<sup>(23)</sup> Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Appunti sulla nozione di danno*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, Padova, 1969 ed ora in *Scritti giuridici*, cit., I, p. 505 ss.

<sup>(24)</sup> Vedi per la dottrina risalente SCHLESINGER, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, p. 1420, RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; TUCCI, *Il danno ingiusto*, Napoli, 1968.

<sup>(25)</sup> Cfr. le storiche sentenze del Tribunale di Genova 25 maggio 1974 e 20 ottobre 1975 che ravvisano nella menomazione inferta alla integrità psicofisica della persona un danno definito biologico da risarcire al di là dei danni patrimoniali indiretti, in misura uguale per tutti i soggetti lesi e la svolta della giurisprudenza ordinaria trova un'autorevole, se non definitiva, conferma nella sentenza della Corte costituzionale n. 184/1986, alla quale seguono le sentenze della stessa Corte nn. 87, 356 e 485/1991 e n. 37/1994.

<sup>(26)</sup> Vedi, in senso favorevole all'indirizzo dei giudici genovesi, BESSONE e ROPPO, *Lesione dell'integrità fisica e diritto alla salute*, in *Giur. it.*, 1975, I, c. 54; e sul problema in generale ALPA, *Il danno biologico*,

mano ben presto la risarcibilità del danno biologico che colpisce l'integrità psicofisica della persona anche a prescindere dai suoi risvolti economici; e, aperta la via della tutela della persona sotto il profilo della responsabilità civile la risarcibilità del danno all'identità, all'immagine e alla vita di relazione, inteso anche, con una espressione riassuntiva, come danno esistenziale<sup>(27)</sup>; e, in tema di rapporto di lavoro, del danno alla professionalità e alla possibilità di carriera.

Qui si devono fare i conti con il disposto dell'art. 2059 cod. civ. che, intitolato ai danni non patrimoniali, stabilisce che tali danni devono essere risarciti nei soli casi previsti dalla legge, e, principalmente avuto riguardo al disposto dell'art. 185 cod. pen., ai casi in cui il fatto doloso o colposo dell'uomo configura un reato.

Ma riesce difficile ammettere che i danni recati ai beni-interessi della persona, di valore preminente e certamente non inferiore a quelli patrimoniali, debbano essere risarciti solo nei casi in cui il fatto dannoso assume una particolare rilevanza e, a non voler contestare la legittimità costituzionale della norma<sup>(28)</sup>, un recente, autorevole indirizzo giurisprudenziale propone, per superare l'obiezione, di estendere i casi previsti dalla legge alla tutela, ai sensi dei principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3, dei diritti inviolabili della persona<sup>(29)</sup>.

Senonché riesce difficile trarre dai principi generali della costituzione la regola della risarcibilità dei danni recati ai beni-interessi della persona. E occorre poi stabilire cosa intenda l'art. 2059 cod. civ. quando adopera l'espressione danno non patrimoniale, e come far quadrare la nozione di danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 cod. civ., con l'indennizzo del c.d. danno morale, che consiste nei dolori o patemi d'animo subiti dalla vittima del torto, e non in un danno effettivo.

Va considerato però che l'espressione «danni non patrimoniali», per il suo contenuto generico e la formulazione di segno negativo, lascia aperta la via per la definizione del fenomeno alla dottrina e alla giurisprudenza, alle quali, piuttosto che al legislatore, è addossato tale compito. Ed anche che, secondo la regola esegetica stabilita dall'art. 1364 cod. civ. per i contratti ma estensibile a qualunque precetto giuridico, tenuto conto della sua *ratio* le espressioni generali non comprendono che gli

---

II ed., Padova, 1993; CASTRONOVO, *Danno biologico senza miti*, in *La nuova responsabilità civile*, 1979, p. 100; FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, 1995; R. SCOGNAMIGLIO, *Danno biologico e rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 1997.

<sup>(27)</sup> Sul danno esistenziale, vedi per tutti FRANZONI, *Il danno esistenziale come sottospecie del danno alla persona*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 777 ss.; CENDON-ZIDIZ, *Il risarcimento del danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2003.

<sup>(28)</sup> Questione ritenuta infondata dalla Corte costituzionale, ord. 22 luglio 1996, n. 293.

<sup>(29)</sup> Così Cass. nn. 8827/2003, 8828/2003 e da ultimo 9861/2007. Sul problema e in particolare sull'indirizzo aperto dalla Corte di Cassazione vedi BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno e responsabilità*, 2003; CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà (impressioni di lettura su Cass. n. 8228/2003)*, in *Resp. civ. rev.*, 2003, p. 686; BONA, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte Costituzionale apre (verso il nuovo art. 2059 c.c.)*, in *Danno e responsabilità*, 2003, p. 941 ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, p. 91 ss.; FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004, p. 488 ss.; PONZANELLI, *La lettura costituzionale dell'art. 2059: il significato e i problemi*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2007, n. 6; TULLINI, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro*, in *Studi in onore di Mattia Persiani*, in corso di pubblicazione.

E si veda altresì in generale, per la problematica controversa, BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, *passim*.

oggetti ai quali la volontà dispositiva ha inteso riferirsi.

Si può ritenere a questo punto che i danni non patrimoniali, di cui all'art. 2059 cod. civ., si identifichino con il danno morale soggettivamente inteso – i dolori e patemi d'animo cagionati dal torto – e, in quanto tali costituiscano l'oggetto di una norma che restringe l'obbligo di indennizzo ai fatti dannosi ritenuti dalla legge di particolare gravità<sup>(30)</sup>.

E possono farsi rientrare invece nell'ambito dell'art. 2043 cit., alla luce del criterio metodologico adottato, ogni danno patrimoniale e personale nella materialità della distruzione o menomazione di un bene-interesse della vita, qualificato dall'ordinamento giuridico come ingiusto.

5. *Determina il superamento della fallace concezione del lavoro subordinato nei termini del contratto e la sua configurazione invece come il rapporto giuridico che intercorre tra lavoratore e prestatore di lavoro.*

La corretta impostazione del metodo giuridico di indagine scientifica può contribuire a svincolare un intero ramo del diritto, quello del lavoro, dalla soggezione, in parte perdurante, ai concetti sui quali si asside la dogmatica civilistica<sup>(31)</sup>.

Non si vuole negare che le nozioni e le regole del diritto dei privati, come elaborate dagli studiosi e applicate dagli interpreti, possano valere anche per il diritto del lavoro, che rientra pur sempre nell'ampio ambito del diritto dei privati, bensì sostenere che il diritto del lavoro costituisce un ramo speciale dell'ordinamento giuridico, la cui identità si coglie proprio nella diversità parziale, e tuttavia significativa, dalle nozioni basilari e dai principi del diritto civile<sup>(32)</sup>.

Così, riprendendo il criterio metodologico della visione sintetica dei due poli del fatto e del diritto, si deve ritenere che: il fatto consista nell'assoggettamento del lavoratore che aliena le sue energie psico-fisiche al datore, perché se ne possa avvalere nell'esercizio dei suoi poteri direttivi, gerarchici e di controllo riguardo all'esecuzione della prestazione; e il diritto del lavoro si costituisca sul presupposto dell'effettiva condizione di inferiorità e debolezza in cui versa il prestatore di lavoro nei confronti del datore che gli offre la possibilità di lavorare e di guadagnarsi di che vivere nonché di realizzare mediante la prestazione lavorativa la sua personalità e professionalità, e consista nella regolamentazione che del rapporto di lavoro dettano la legge, mediante il sistema di norme volte alla tutela unilaterale del lavoratore e inderogabili *in peius*, nonché munite, quando se ne avverta l'esigenza, di sanzioni di diritto pubblico; e la contrattazione collettiva, mediante la autoregolamentazione delle condizioni essenziali di trattamento riconosciute ai lavoratori delle diverse categorie ed aziende, anche non derogabili *in peius*.

<sup>(30)</sup> Così di già R. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale*, cit., *passim*.

<sup>(31)</sup> Cfr. sul punto e per gli svolgimenti successivi R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni di diritto del lavoro, parte generale*, Bari, 1963, ID., *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 273 ss.; ID., *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 379 ss.

<sup>(32)</sup> Sulla specialità del diritto del lavoro, vedi già ASQUINI, *Sulla autonomia del diritto del lavoro*, in *Arch. giur.*, 1926, p. 215 ss.; PERGOLESI, *L'autonomia del diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 1928, I, p. 442 ss.; D'EUFEMIA, *Sul concetto del diritto del lavoro*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1935, p. 307 ss.