

DIRITTO COMMERCIALE INTERNO E INTERNAZIONALE

**INHALT UND GRENZEN
DER PRIVATAUTONOMIE
IN DEUTSCHLAND UND ITALIEN**

**CONTENUTO E LIMITI
DELL'AUTONOMIA PRIVATA
IN GERMANIA E IN ITALIA**

Herausgegeben von **Francesco Bordiga und Hannes Wais**

a cura di **Francesco Bordiga e Hannes Wais**



G. Giappichelli Editore



Nomos

EINFÜHRUNG

Die Idee für den Runden Tisch, der im Oktober 2019 im Deutsch-Italienischen Zentrum für den Europäischen Dialog in der Villa Vigoni stattfand, entstand an einem späten Abend in Heidelberg. Ausgangspunkt war die eher scherzhafte Frage, ob wohl ein Kaufvertrag wirksam sei, der die Veräußerung eines gewöhnlichen Kugelschreibers zum Preis von einer Million Euro zum Gegenstand hat.

Diese Frage stellte sich jedoch nicht zufällig. Vielmehr beschäftigten wir beide uns zu dieser Zeit, wenngleich in durchaus unterschiedlichen Zusammenhängen, im Kern mit der Frage, wo die Grenzen dessen liegen, was die Parteien kraft ihrer Parteiautonomie vereinbaren können: Der eine von uns schrieb über die so genannte Mehrheitsprämie bei der Veräußerung von Aktienpaketen und die Grenzen, innerhalb derer es möglich ist, Geldbeträge für die bloße Tatsache zuzuerkennen, Mehrheitsaktionär einer Aktiengesellschaft zu sein (mithin auch unabhängig vom tatsächlichen Wert der Beteiligungen), der andere untersuchte die Grenzen der einseitigen Bestimmung des Vertragsinhalts durch AGB im unternehmerischen Geschäftsverkehr.

Uns wurde im Laufe der an besagtem Abend entbrannten Diskussion über die Wirksamkeit des Kaufvertrags über den Kugelschreiber schnell bewusst, dass wir uns dem Thema von zwei unterschiedlichen, nahezu entgegengesetzten rechtskulturellen Standpunkten näherten. Ausschlaggebend waren dabei nicht nur die ideologischen Weichenstellungen unserer jeweiligen Rechtsordnungen, die eine etwas paternalistischer, die andere etwas liberaler, sondern offensichtlich auch die Rolle der *causa*; hier von zentraler Bedeutung für die Wirksamkeit des Vertrages, dort konzeptionell ohne Stellenwert.

Noch am selben Abend entwickelten wir die Idee, einen deutsch-italienischen Vergleich durch Juristen unserer Generation zu initiieren, um das Thema ausführlich zu behandeln und es in den verschiedenen Bereichen des Privatrechts zu untersuchen. Zugrunde lag der Wunsch, den aktuellen Stand der modernen Debatte zu erfassen. Ziel des Runden Tisches in der Villa Vigoni war es daher, die offenen Punkte in den beiden Rechtssystemen herauszuarbeiten und zu überprüfen, ob sich aus dem Vergleich der nationalen Standpunkte Lösungsansätze oder jedenfalls weiterführende Ideen gewinnen lassen. Zu diesem Zweck

haben wir die teilnehmenden Kolleginnen und Kollegen gebeten, jeweils in deutsch-italienischen Zweiergruppen verschiedene Themenbereiche aus dem Blickwinkel beider Rechtsordnungen zu beleuchten und zur Diskussion zu stellen, wobei es ihnen frei gestellt war, jeweils einen eigenen Untersuchungszuschnitt zu wählen.

Das Studienprogramm (welches sich an der Reihenfolge der gehaltenen Vorträge orientiert) beginnt mit zwei Aufsätzen zum historischen Rahmen. Danach folgen allgemeine theoretische Abhandlungen, die der („klassischen“) Analyse des Verhältnisses zwischen Privatautonomie und allgemeinen Vertragsbedingungen vorausgehen. Der Schwerpunkt liegt auf den „neuen Grenzen“ des Rechts mit vertieften Studien zu den Schnittmengen von Privatautonomie, *smart contracts* sowie sozialen Netzwerken. Schließlich kehrt die Analyse zu den traditionellen Rechtsgebieten des Erbrechts, des Gesellschaftsrechts und der internationalen Verträge zurück und konzentriert sich schließlich auf den Zuschnitt der Privatautonomie im verfahrensrechtlichen Bereich.

Unser Dank gilt allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern des runden Tisches sowie insbesondere der Villa Vigoni, ohne die diese Veranstaltung niemals hätte stattfinden können. An der (bilingualen) redaktionellen Arbeit und der Drucklegung hatte Herr Alessandro De Maria wesentlichen Anteil. Auch ihm sei an dieser Stelle herzlich gedankt.

Francesco Bordiga

Hannes Wais

SIGNIFICATO E LIMITI DELL'AUTONOMIA PRIVATA: LO SGUARDO DI UN GIURISTA DEL PASSATO

di *Francesco Paolo Patti*

SOMMARIO: 1. Il controllo giudiziale dell'autonomia privata, oggi. – 2. Il ricorso ai principi e alle clausole generali. – 3. La concezione dell'autonomia privata «antiindividualistica». – 4. La solidarietà: un richiamo necessario? – 5. Il ruolo della buona fede. – 6. Interventi modificativi del giudice e «meritevolezza» dell'interesse. – 7. La figura del giudice e l'evoluzione del diritto. – 8. Conclusioni.

1. *Il controllo giudiziale dell'autonomia privata, oggi.* – In tempi recenti, le indagini sul significato e i limiti dell'autonomia privata hanno spesso preso in esame decisioni giurisprudenziali che hanno fatto ricorso a principi e clausole generali¹. Un elemento che accomuna le pronunce dei giudici attiene al richiamo alle norme della Costituzione² e alla clausola generale della buona fede. Ad esempio, in due casi molto discussi, la Corte costituzionale ha sostenuto l'applicabilità in via diretta del principio di solidarietà e della clausola generale di buona fede per affermare la nullità di una clausola contrattuale³, elaborando un

¹ Per uno sguardo d'insieme, v. C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Jus civile*, 2018, p. 396 ss. Nei commenti della dottrina, non di rado, è emersa la preoccupazione che l'ingerenza dei giudici fosse eccessiva e idonea a limitare indebitamente l'autonomia contrattuale delle parti P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231; nonché, più di recente, A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 747 ss.; C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 87 ss.

² F. MACARIO, *L'autonomia contrattuale come fonte del diritto privato nella dimensione costituzionale*, in *Biblioteca fondaz. it. notariato*, 2018, p. 167 ss.; A.M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere – Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 827 ss.

³ Cfr. Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Contratti*, 2014, p. 927 ss.; Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, *ibidem*, p. 854 ss., secondo cui, sotto il profilo della rilevanza, il Tribunale rimettente non ha tenuto conto «dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta [...] un regolamento degli interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevanza, *ex officio*, della nullità (totale o parziale), ex articolo 1418 c.c., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 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 nor-

controllo sostanziale che non trova espresso riscontro nelle norme del codice civile.

Gli innovativi indirizzi giurisprudenziali inducono a interrogarsi sulle tecniche di controllo dell'autonomia privata basate su norme della Costituzione e sulla clausola generale della buona fede. In questa prospettiva, appare particolarmente fruttuoso un confronto con il pensiero di Emilio Betti, il quale nelle sue opere ha gettato le basi per una questione di carattere generale: in quale misura le esigenze sociali sono idonee a limitare l'autonomia dei privati? Il presente contributo movendo dall'impostazione bettiana, in parte mutata nel tempo, ha lo scopo di indagare l'esistenza di linee di continuità tra le concezioni dominanti nel periodo in cui il codice civile del 1942 entrò in vigore e le attuali tecniche di intervento giudiziale fondate sui principi e sulle clausole generali. Negli ultimi decenni, norme imperative, in prevalenza di conio europeo, hanno inciso in modo significativo sull'estensione dell'autonomia privata⁴. Il problema principale avvertito dalla dottrina sembra però riguardare i casi in cui il giudice, esercitando un potere discrezionale e divenendo interprete di istanze sociali, determina limitazioni dell'autonomia privata.

2. *Il ricorso ai principi e alle clausole generali.* – Le clausole generali e i principi permettono in alcuni casi di correggere i risultati a cui si perverrebbe applicando una norma specifica⁵. In questo senso, i giudici esercitano un potere più esteso rispetto a quello che consegue dall'abituale interpretazione della legge, posto che l'ordinamento non ne individua i presupposti applicativi, come avviene nel caso delle norme specifiche. A tale potere corrisponde una maggiore difficoltà nel decidere, poiché il giudice è chiamato in modo evidente ad eseguire un bilanciamento tra interessi contrapposti. Questo aspetto determina preoccupazione in dottrina, in quanto l'uso dei principi e delle clausole generali potrebbe determinare una trasformazione dell'ordinamento giuridico fondato sul diritto scritto in un ordinamento di diritto giudiziale⁶.

mativa, “funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato”».

⁴ Cfr. S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 633 ss.; P. SIRENA-Y. ADAR, *La dialettica di principi e regole nel diritto europeo dei contratti: dai PECL al CESL, e oltre*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2013, p. 203 ss.; nella letteratura tedesca, v. spec. G. WAGNER, *Zwingendes Vertragsrecht*, in H. EIDENMÜLLER-F. FAUST-H-C. GRIGOLEIT-N. JANSEN-R. ZIMMERMAN, *Revision des Verbraucher-acquis*, Tübingen, 2011, p. 1 ss.

⁵ Cfr. S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in ID., *Ragionevolezza e clausole generali*, II ed., Milano, 2016, p. 107, il quale ricorda il caso *Renault* (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro. it.*, 2010, I, c. 85 ss.).

⁶ Così G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 445 s. Nello stesso senso, Francesco BENATTI, *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Banca*,

Il richiamo al dovere di solidarietà e alla buona fede contenuto nelle recenti decisioni pone diversi interrogativi che si riflettono sulla questione dei rapporti tra autonomia privata e intervento del giudice. Si osserva che – come avviene per la buona fede – nel caso del principio la fattispecie è costruita dal giudice ricorrendo all'argomentazione⁷. Il compito del giudice non è ridotto alla mera sussunzione del fatto in una fattispecie prestabilita da parte del legislatore⁸ e questo ha spinto a rilevare una «crisi» della fattispecie⁹ e ad affermare l'esistenza di una giurisprudenza che, operando per principi, assurge ormai a vera e propria fonte del diritto¹⁰.

La tematica non può essere approfondita; giova tuttavia rilevare che Betti distingue nettamente tra principi e norme¹¹, affermando che i primi ispirano la *ratio iuris* delle norme sotto l'aspetto teleologico¹². Nell'ambito di uno scritto ideologicamente orientato, Betti si interroga sui «Principi generali del nuovo ordine giuridico»¹³. I principi possono essere desunti dall'ordinamento giuridico esistente o essere indicati dal legislatore alla stregua di un programma di politica del diritto. Rispetto alle singole norme presenti nel sistema, i principi sarebbero caratterizzati «da una eccedenza di contenuto deontologico». Essi, come si vedrà, secondo l'autore svolgono un ruolo di fondamentale importanza nell'interpretazione della legge. Secondo Betti, i principi potrebbero avere sol-

borsa, tit. cred., 2016, I, p. 703 s. Ma v. N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 32 ss. Con specifico riferimento alla clausola generale di buona fede, v. altresì A.M. GAROFALO, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 575 ss.

⁷ V. F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in S. MAZZAMUTO-L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi*, Torino, 2016, p. 243; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, pp. 65-77. In merito all'argomentazione, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger, Milano, 2011, p. 267 ss.

⁸ Cfr. P. PERLINGIERI, *Legal Principles and Values*, in *Italian Law Journal*, 2017, p. 133.

⁹ Cfr. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; al quale replica A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, *ibidem*, p. 249.

¹⁰ V. soprattutto N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 15 ss.; G. DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Jus civile*, 2016, p. 412 ss.; G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato*, in *Riv. trim.*, 2017, p. 869 ss.

¹¹ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II ed., Milano, 1955, p. 846: «“principio” designa qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così alla forma compiuta e formulata: è l'idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in specifica formulazione precettiva».

¹² In senso critico, ritenendo che i principi generali sono norme, v. N. BOBBIO, voce *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 889 s.

¹³ E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 217 ss. In termini generali, sull'impegno politico di Betti e i suoi rapporti con il fascismo, v. M. BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in I. BIROCCHI-L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, p. 63 ss.

tanto natura programmatica ed è questa la natura giuridica che l'autore attribuisce ai principi contenuti nella Costituzione. Inoltre, Betti ritiene che, in ogni caso, l'opera dell'interprete non sia limitata alla mera sussunzione di un fatto in una fattispecie.

Al di là dei principi o delle regole richiamate dalla giurisprudenza, il problema fondamentale è quello di stabilire la linea di confine tra uso e abuso della libertà negoziale, utile a comprendere quando il contenuto del contratto è un fatto destinato a rimanere una questione privata e quando invece la disparità tra la posizione dei contraenti diventa un evento giuridicamente rilevante nella misura in cui l'ingiustizia del singolo rapporto costituisca un serio ostacolo alla diffusione dei valori dell'individualità¹⁴.

3. *La concezione dell'autonomia privata «antiindividualistica»*. – Nella *Teoria generale del negozio giuridico*¹⁵, Betti mette in luce l'esigenza che il negozio giuridico adempia la funzione economico-sociale di soddisfare determinati interessi. Nella concezione dell'autore, il controllo sull'autonomia privata deve svolgersi attraverso la causa. Betti esprime un giudizio negativo sul «dogma della volontà» e denuncia la «concezione individualistica» che ancora permeava la dogmatica. Il suo obiettivo era «portare, specie nell'ambiente della società moderna, un grado di sensibilità sociale, del quale il vecchio individualismo dei giuristi non aveva sentore»¹⁶. Secondo Betti, i negozi nascono nella vita di relazione e la sanzione del diritto si configura come qualcosa di aggiunto e di logicamente posteriore. Il negozio consente ai privati di «comandare a casa propria»; tuttavia, gli scopi ad esso sottesi sono valutati attraverso il filtro della rilevanza sociale. Indubbiamente, si trattava di un modo di pensare «poco liberale»¹⁷, in quanto si riferiva a un «interesse sociale» che doveva presentarsi «oggettivo e socialmente controllabile». L'autonomia contrattuale veniva incanalata nel solco dei tipi negoziali previsti dall'ordinamento¹⁸. Nelle parole di Betti, il diritto «sopraggiungeva» all'esercizio dell'autonomia negoziale, già esistente

¹⁴R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 310, riprendendo il pensiero di Ludwig Raiser ne *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, 1990.

¹⁵E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, vol. XV, II ed., Torino, 1952.

¹⁶E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 11.

¹⁷M.N. MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula*, in F. MACARIO-M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI*, cit., p. 13.

¹⁸Cfr. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, p. 121: «La libertà individuale si riduce alla scelta tra cause prefissate»; M.N. MILETTI, *op. ult. cit.*, p. 14.

nella realtà¹⁹. La questione di cui si discute è stata descritta da Natalino Irti come quella della «recezione», ossia il problema di come il diritto «accoglie e riceve» il negozio nella sua sfera²⁰.

Il discorso di Betti sull'autonomia privata non sembra riguardare precipuamente la tematica dell'intervento dei giudici, se «l'intervento» è concepito come una modificazione di clausole contrattuali o come l'integrazione del contratto sulla base di doveri fondati sulla clausola generale di buona fede. In questi casi, l'ordinamento, in un primo momento, «recepisce» il negozio giuridico, ma il giudice interviene allo scopo di modificarlo, attuando un «bilanciamento» tra gli interessi delle parti²¹. Diversamente, il discorso di Betti al quale si è fatto cenno, pur avendo come destinatario immaginario il giudice, riguarda i requisiti di efficacia del negozio giuridico. Nei giorni nostri esso potrebbe essere utilmente ripreso per valutare la giurisprudenza relativa al vaglio di meritevolezza degli interessi²². Anche in questo caso le sentenze si caratterizzano per l'utilizzazione del principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.* e della clausola generale di buona fede. Nelle opere di Betti, lo slancio contro l'individualismo e a favore della società ha un'importanza centrale, che si collega al concetto di solidarietà. I dubbi talvolta manifestati dalla dottrina riguardano il significato della solidarietà, un concetto adottato nell'ambito del corporativismo fascista, nonché l'utilità – e, perfino, la correttezza da un punto di vista tecnico-giuridico – del collegamento della solidarietà con la buona fede. Secondo un osservatore acuto come Massimo Brutti, il linguaggio impiegato da Betti denota a più riprese intonazioni antidualistiche, ma non permette di affermare che dalla fondamentale opera *Teoria generale del negozio giuridico*, considerata nel suo insieme, «emerge una linea precisa di politica del diritto quanto alla disciplina dei rapporti di scambio e all'intervento statale nell'economia»²³.

4. *La solidarietà: un richiamo necessario?* – Compagno riferimenti alla solidarietà in diverse opere di Betti, il quale, nella sua cupa prefazione alla *Teoria*

¹⁹ Sul punto, con riferimento al pensiero di Betti, v. N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 556.

²⁰ N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in ID., *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, p. 72 ss., spec. p. 85 ss.

²¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 341 ss.; E. SCODITTI, *Contratto, giudice e Costituzione*, in *Jus civile*, 2018, p. 425 s. Con riguardo ai contratti di impresa, v. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2012, p. 116 ss.

²² Ci si riferisce in particolare alle problematiche relative clausole *claims made*: v. da ultimo la rassegna delle diverse clausole in uso e degli orientamenti giurisprudenziali di V. BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra «primo», «secondo» e «terzo» contratto*, in *Euro-pa dir. priv.*, 2018, p. 525 ss.

²³ M. BRUTTI, voce *Emilio Betti*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XXXIV, Roma, 1988.

generale delle obbligazioni, ammonisce che «i confini, dalla culla alla tomba, non sono così lontani come può far credere al singolo la sua presunzione. E dentro questi confini, quanti sono i rischi che ne rendono precaria l'esistenza, quante le cose di cui egli ha bisogno! Talune se le procura col suo lavoro, tali altre glielne procura l'operosa solidarietà altrui»²⁴. Betti nella medesima prefazione rinveniva le vette più alte della solidarietà nella *caritas*, «come la caratterizza San Paolo nell'epistola I (cap. 13) ai Corinti».

Si tratta di una concezione della solidarietà che almeno in parte ha ispirato la nostra Costituzione: ne hanno dato atto gli stessi Padri costituenti²⁵. Tuttavia, nel riferirsi a più riprese alla solidarietà, Betti non considera i contenuti della legge fondamentale. Nell'approfondita disamina dedicata alla clausola generale di buona fede, contenuta nella *Teoria generale delle obbligazioni*, l'autore non mette in luce l'esistenza di nessi tra le norme del codice civile e l'art. 2 della Costituzione²⁶. Il legame con la buona fede e la solidarietà di stampo corporativo è stata invece più volte sottolineato dall'autore²⁷ e trovava espressione nella precedente formulazione dell'art. 1175 c.c., secondo cui «il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, in relazione ai principi della solidarietà corporativa»²⁸.

La solidarietà di cui sempre più spesso discorre la Corte costituzionale è difficilmente definibile. Recentemente, Natalino Irti ha affermato che «ci troviamo dinanzi a uno di quei concetti, che ci giungono da lunga storia ed hanno ispirato dottrine politiche e sociologiche (dal solidarismo positivistico della terza Repubblica francese al solidarismo di filosofi cattolici), e che, oggi assunti in un testo normativo, esigerebbero precisione linguistica e rigore di concetti. Soltanto così può evitarsi il rischio del più arbitrario soggettivismo, ed anche tutelarsi l'affidamento delle parti nel significato delle parole»²⁹.

²⁴ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 5.

²⁵ V. *amplius* F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente"*, oggi, in *Persona e mercato*, 2013, p. 106 s. In proposito, v. anche F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 32 s.

²⁶ In termini generali, sulle teorie di Betti e la prospettiva costituzionale, v. P. RESCIGNO, *Conclusioni: il pensiero di Betti e la prospettiva costituzionale*, F. MACARIO-M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI*, cit., p. 209 ss., spec. p. 215, ove Betti è descritto come un giurista che ragiona in termini solidaristici e di cooperazione.

²⁷ V., ad es., E. BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, in Ist. Lombardo di scienze e lettere, *Rendiconti*, Milano, 1940-1941, p. 301 ss., spec. p. 334, ove si precisa che la buona fede risponde «all'accreciuto senso di solidarietà civile» [del clima politico attuale].

²⁸ L'ultima frase è stata soppressa nel 1944 con l'epurazione delle norme espressive del sistema corporativo.

²⁹ N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, cit., p. 563.

Gli interventi giurisprudenziali ricordati in apertura inducono a chiedersi se sia opportuno richiamare il principio di solidarietà assieme alla clausola generale di buona fede. Sembra che attraverso il richiamo alla norma costituzionale i giudici si sentano legittimati ad incidere in maniera più penetrante sull'autonomia contrattuale, sancendo la nullità del contratto o della clausola che si pone in contrasto con il principio di solidarietà³⁰.

L'argomento, come è noto, è stato trattato da Luigi Mengoni, il quale muoveva dalla questione relativa all'esistenza di un fondamento costituzionale dell'autonomia privata³¹. Mengoni riconosce ai diritti fondamentali la funzione di criteri di interpretazione/concretizzazione delle clausole generali regolative dell'autonomia privata, ma rinviene un limite in questa funzione in ordine alle clausole della correttezza e della buona fede. Secondo Mengoni «il riferimento ai principi costituzionali come parametri interpretativi della clausola della correttezza e della buona fede ha più un valore retorico-persuasivo che una funzione argomentativa fondante»³². La norma dell'art. 1175 c.c. esprimerebbe «già di per se stessa», come proprio fondamento etico, un dovere di solidarietà tra le parti del rapporto, nel senso specifico di «dovere di ciascuna parte di assicurare l'utilità dell'altra nella misura in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico»³³. L'autore conclude, affermando che non ricorre la necessità di una integrazione con il dovere sociale di solidarietà umana previsto dalla Costituzione (artt. 2 e 41, comma 2, Cost.) quale criterio di «responsabilizzazione anche dei singoli individui privati per l'esistenza sociale e anzi per il benessere degli altri»³⁴. Sono ormai celebri le espressioni utilizzate da Mengoni, secondo cui «il contenuto assiologico della clausola della correttezza e della buona fede è sempre in grado, per chi sappia (e voglia) leggerla, di tradursi in giudizi di dovere essere appropriati al caso concreto, senza bisogno di stampelle costituzionali»³⁵.

Diversamente, si è affermato che in assenza del richiamo al principio di solidarietà la clausola generale di buona fede non avrebbe lo stesso significato al-

³⁰ V. in particolare G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 28.

³¹ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 1 ss. Sul fondamento costituzionale dell'autonomia privata, v. ora F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VIII, Milano, 2015, p. 61 ss.

³² L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 9. V. anche G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 66, il quale discorre di «un richiamo [quello operato dalla giurisprudenza] privo di metodo e di analisi, destinato a cristallizzare in termini meramente nominalistici il rapporto tra solidarietà sociale e buona fede», nonché F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., p. 147 ss.

³³ L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

³⁴ Mengoni riprende (e traduce) una proposizione di F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, II ed., Göttingen, 1967, p. 621.

³⁵ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 10.

l'interno dell'ordinamento giuridico³⁶. In questa prospettiva, risulta necessario che le clausole generali siano assistite dalle «stampelle costituzionali»³⁷. La costanza con cui la giurisprudenza richiama il principio di solidarietà nell'applicare la buona fede, consente di discorrere di una regola di interpretazione (sistemica) ormai entrata a far parte del bagaglio concettuale dei giudici³⁸. L'applicazione congiunta di principio e clausola generale rappresenta una peculiarità del diritto italiano principalmente dovuta al noto fenomeno della rilettura del codice civile attraverso le norme della Costituzione³⁹. In alcune opere di Betti la solidarietà assumeva una portata diversa in virtù del riferimento all'ordinamento corporativo, ma non sembra che – tenuto conto di posizioni autorevoli in dottrina – il comportamento richiesto al privato, generalmente ricondotto al dovere di solidarietà⁴⁰, di non ledere l'interesse altrui al di fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio, sia sostanzialmente diverso dall'obbligo fondato sulla clausola generale di buona fede⁴¹. Solidarietà e buona fede rappresentano «finestre aperte sulla società, per tenerne il passo senza che sia necessario un ininterrotto, faticoso, quasi sempre tardivo aggiornamento attraverso nuove norme»⁴².

5. *Il ruolo della buona fede.* – Tenuto conto delle variegate considerazioni che la dottrina rivolge al concetto di solidarietà, nell'esaminare le opere di Betti appare spesso difficile scindere il pensiero politico dell'autore dalle sue convinzioni scientifiche⁴³. Un problema in parte analogo si presenta con riguardo alla clausola generale di buona fede e correttezza, la quale riveste un ruolo di primaria rilevanza nella concezione bettiana dell'autonomia privata. Tuttavia, gli studi sulla buona fede – e, come si vedrà, quelli sull'interpretazione della legge – consentono un confronto con le dottrine tedesche, che illuminano di una diversa

³⁶ P. PERLINGIERI, *Legal Principles and Values*, cit., p. 141.

³⁷ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., p. 28, secondo cui ogni opera di concretizzazione priva del riferimento alla Costituzione risulterebbe lesiva «della gerarchia delle fonti e dei valori».

³⁸ In termini critici, v. E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 651 s.

³⁹ Cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, p. 56 ss.; E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fiorentini*, 43, tomo I, 2014, p. 601 ss.

⁴⁰ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 40.

⁴¹ C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205, spec. p. 209, il quale discorre di un obbligo di salvaguardia che si «riporta all'idea di fondo della solidarietà».

⁴² Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 42.

⁴³ V. le approfondite trattazioni di M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 101 ss.; ID., *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, cit., p. 63 ss.

luce le tesi di Betti. Infatti, nell'espone le proprie ricostruzioni dogmatiche, l'autore prende posizione su dottrine consolidate in ambiente tedesco. Questo «dialogo» costante con gli studiosi di area germanica ebbe un particolare sviluppo nel periodo della propaganda del fascismo all'estero. In particolare, dal 20 al 28 maggio 1943 Betti tenne ad Amburgo un ciclo di sei relazioni per illustrare le novità della legislazione italiana nel campo del diritto civile e del diritto processuale civile. Le relazioni non vennero pubblicate⁴⁴, ma – come è stato ricordato dallo stesso autore – alla luce dell'interesse suscitato tra i docenti e i giudici amburghesi, negli anni successivi Betti diede alle stampe in lingua tedesca alcuni scritti dedicati a singole tematiche⁴⁵. Tra questi sembra utile menzionare uno studio sulla clausola generale di buona fede in prospettiva storica e comparatistica⁴⁶, che fu anche l'oggetto di una lezione svolta da Betti presso l'Università di Marburgo in un semestre estivo della prima metà degli anni '50.

L'autore considerava la recezione del «*Treu-und-Glaubens-Gedankens*» uno degli aspetti più positivi dell'influenza del pensiero giuridico tedesco su quello italiano nell'ambito dei lavori che hanno portato alla riforma del codice civile del 1942⁴⁷. Precisava però che non si è trattato di una recezione passiva di istituti e formule adoperate nel codice civile tedesco. Il BGB era intriso di una impronta liberalista che induceva a una contrapposizione tra individui e comunità dalla quale emergeva, come logica conseguenza, il dogma della volontà⁴⁸. Betti

⁴⁴ Un breve resoconto delle sei relazioni, dal titolo *Ciclo di lezioni sul nuovo codice di procedura civile italiano, tenuto in lingua tedesca nell'Università di Hamburg nel maggio 1943*, è pubblicato in *Atti dell'Istituto lombardo di Scienze e Lettere*, 1942-43, fasc. 2.

⁴⁵ V. il racconto dell'esperienza in E. BETTI, *Zur Erinnerung gegenseitige Anregungen der Deutsch-Italienischen Zivilistik*, in *Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, München-Berlin, 1965, p. 180 s., nonché in ID., *Ricordando la diffusione all'estero del nostro pensiero scientifico*, in *Studi in onore di A. Segni*, vol. I, Milano, 1967, p. 153: «Le sei lezioni interessarono vivamente tutti i docenti della Facoltà di giurisprudenza di Amburgo, alcuni dei quali, come il prof. Leo Raape, vi assisterono dalla prima all'ultima. Esse furono trovate interessanti anche da alti magistrati, come il presidente dell'Oberlandesgericht di Amburgo».

⁴⁶ E. BETTI, *Der Grundsatz von Treu und Glauben in Rechtsgeschichtlicher und -vergleichender Betrachtung*, in *Studien zum kausalen Rechtsdenken. Eine Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Müller-Erzbach*, München-Pasing, 1954, p. 7 ss. L'argomento è ripreso, in lingua francese e nel confronto con il diritto francese ed egiziano, in ID., *Cours de droit civil comparé des obligations (1957-1858)*, Milano, 1958, pp. 79-89.

⁴⁷ Cfr. E. BETTI, *Wechselwirkungen zwischen deutschem und italienischem Zivilrecht*, in *Festschrift für Carl Schmitt*, I ed., Berlin, 1968, p. 77.

⁴⁸ E. BETTI, *Wechselwirkungen zwischen deutschem und italienischem Zivilrecht*, cit., p. 77 s. Con riferimento ai propositi di riforma del diritto delle obbligazioni in Germania e in Italia, v. H.C. NIPPERDEY, *Die Vereinheitlichung des Rechts der Schuldverhältnisse in Italien und Deutschland*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, p. 721 ss., spec. p. 724, ove tratti comuni della concezione del diritto contrattuale dei due ordinamenti giuridici sono descritti con parole molto simili a quelle utilizzate da Betti (sebbene l'a. tedesco faccia riferimento al progetto italo-francese del 1927).

osserva che il codice civile italiano ha rifiutato questa concezione, promuovendo il valore della persona nella comunità⁴⁹. L'autore si pronunciava tuttavia in termini positivi sul BGB, le cui «debolezze» rappresentavano soltanto un segno dell'evoluzione sociale e non incidavano in modo rilevante sul quadro generale, alla luce dei fruttuosi spunti e delle indicazioni riconducibili all'ambiente tedesco⁵⁰.

Il contributo in tema di buona fede rappresenta, a mio avviso, uno studio paradigmatico sul ruolo della clausola generale nel pensiero di Betti. Mancano i riferimenti alla Costituzione, ma nel confronto con l'ordinamento tedesco, il significato della buona fede viene ricostruito mediante una marcata connotazione pubblicistica. Betti afferma fin dal principio che occorre «illuminare» il giudizio di valore etico (*das ethische Werturteil*) su cui si basa il parametro obiettivo della buona fede⁵¹. Nell'ambito di ogni comunità deve sussistere un'aspirazione alla giustizia che si sostanzia nella reciproca attenzione per gli altrui bisogni fino al dovere di cooperazione, che nasce dal bisogno e che configura un «problema sociale»⁵². La fonte di ispirazione principale, il «presupposto assiologico» dal quale muove l'autore, è l'imperativo categorico kantiano «*agisci soltanto secondo quella massima che, al tempo stesso, puoi volere che divenga una legge universale*»⁵³. Dalla formula, Betti trae delle indicazioni di ordine pratico, in senso negativo e in senso positivo. Da un lato, i singoli consociati devono rispettare e preservare gli interessi altrui, dall'altro, essi devono collaborare e, nel particolare rapporto, prestare aiuto per soddisfare le aspirazioni altrui. Questa distinzione in Germania ha indotto alcuni studiosi tedeschi a separare le «*Leistungspflichten*» dalle «*Schutzpflichten*».

Betti pone l'accento sul significato positivo della buona fede, sull'esigenza di attivarsi per aiutare il prossimo, sacrificando in parte un proprio interesse, per perseguire un obiettivo comune. L'Autore critica orientamenti dottrinali (come quello del Siebert) che nell'esperienza tedesca, muovendo dalla vaga formulazione del § 242 BGB, definiscono la buona fede soltanto come precetto indirizzato al rispetto degli interessi dell'altro contraente. Più il negozio giuridico si fonda

⁴⁹ E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*: «die dem deutschen BGB bei der Abfassung des Gesetzestextes zugrunde liegende Wirtschaftsauffassung des Liberalismus ... wurde bei der Reform des italienischen Zivilgesetzbuchs *abgelehnt* im Bestreben, den Wert der Persönlichkeit in der Gemeinschaft zu verankern».

⁵⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 78.

⁵¹ E. BETTI, *Der Grundsatz von Treu und Glauben*, cit., p. 8.

⁵² E. BETTI, *o.l.u.c.* Il problema sociale dell'obbligazione è illustrato in ID., *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 9 ss.

⁵³ E. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, trad. it. di P. Chiodi, Torino, 1995, p. 79. V. anche E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 67 nt. 63, ove la massima è ripresa in lingua tedesca dall'opera di Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*.

sulla cooperazione personale – come nel contratto di società, nel contratto di lavoro e nei rapporti di lavoro e familiare – maggiore deve essere la disponibilità ad intervenire basata sull'obbligo di fiducia.

La buona fede ha una portata normativa. Betti ripudia la teoria tedesca del fondamento negoziale, inteso come l'esito che le parti avrebbero voluto se avessero considerato un determinato problema nell'ambito del proprio rapporto negoziale. Secondo Betti, orientamenti di questo tipo, sviluppati tra gli altri dallo stesso Siebert⁵⁴, rappresentavano soltanto insoddisfacenti retaggi della concezione volontaristica del negozio giuridico. La residua parte del saggio si occupa delle diverse «fasi» del negozio giuridico in cui viene in considerazione la buona fede, riprendendo in larga parte contenuti della *Teoria generale delle obbligazioni*. Gli aspetti più significativi per il tema affrontato in questa sede riguardano i passaggi relativi all'applicazione dell'art. 1375 c.c., in cui Betti afferma che per rispondere agli interessi dell'altra parte il contraente è tenuto ad adoperarsi oltre il significato letterale dell'accordo contrattuale. Come è chiarito nel titolo del capitolo della *Teoria generale delle obbligazioni* dedicato alla buona fede, essa si sostanzia in un «impegno di cooperazione dovuto nell'interesse altrui»⁵⁵. L'autore precisa che il concetto fa capo a un criterio valutativo non «foggiato dal diritto, ma che il diritto assume e riceve dalla coscienza sociale, dalla coscienza etica della società, per la quale esso è destinato a valere»⁵⁶. Si scorge altresì un contatto con la solidarietà, quando Betti discorre dell'esigenza della morale cristiana, in quanto «alla base dell'amore del prossimo c'è questa esigenza di considerare la dignità umana negli altri, come fine, mai come mezzo. Tutto questo però, compatibilmente con le esigenze della convivenza e della solidarietà sociale»⁵⁷.

6. *Interventi modificativi del giudice e «meritevolezza» dell'interesse.* – Dal tenore delle proposizioni utilizzate da Betti si evince come egli attribuisca un ruolo pervasivo alla buona fede. Il concetto è considerato dall'autore un punto cardinale nell'ambito del rapporto obbligatorio e nel contesto di ogni relazione civile⁵⁸. Nonostante l'indubbia rilevanza assunta dalla buona fede nelle tratta-

⁵⁴ E. BETTI, *Der Grundsatz von Treu und Glauben*, cit., p. 20 s. il quale aderisce invece alla posizione di Larenz relativa alla «objektive Geschäftsgrundlage». Nella nostra dottrina, v. soprattutto V. COLESANTI, *Poteri del giudice e cosiddetto «fondamento del negozio»*, in *Jus civile*, 1958, p. 392 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 94 ss. Sui motivi che hanno spinto la dottrina tedesca ad indagare maggiormente il tema della presupposizione rispetto a quella italiana, v. A. CATADELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 238 ss.

⁵⁵ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit. p. 65 ss.

⁵⁶ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 66.

⁵⁷ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 67.

⁵⁸ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 5: «Se nel campo del diritto civile vi è un settore, nel quale si ri-

zioni di Betti, non sembra che l'autore giunga a sostenere l'esistenza di un potere del giudice di modificare il contratto sulla base della clausola generale di buona fede. Nell'illustrare i tre aspetti principali della buona fede nel contesto della civilistica tedesca, Betti rileva che essa «porta altresì ad alleviare gli obblighi assunti col contratto e a trasformare il contenuto di rapporti contrattuali, operandone una conversione o eventualmente una risoluzione secondo un'esigenza di adattamento a circostanze sopravvenute»⁵⁹. L'autore precisa che il codice civile italiano non richiede un tale ricorso alla buona fede, poiché contiene «norme specifiche, che stabiliscono la soluzione da dare nel caso che circostanze sopravvenute facciano apparire la valutazione comparativa tra costo e rendimento della prestazione ben diversa da quella che poteva normalmente apparire fin dalla conclusione del contratto»⁶⁰. Betti riconduce tali norme specifiche alla *ratio iuris* della buona fede. L'atteggiamento non è dunque di netta chiusura nei confronti di un intervento modificativo del giudice, poiché Betti si limita a sostenere che nell'ordinamento italiano non sussiste la necessità di un intervento modificativo in presenza di norme apposite, ma non nega in termini generali la possibilità che il contratto possa subire modifiche in virtù della clausola generale di buona fede.

In effetti, le tesi relative alla buona fede e la successiva partecipazione ai lavori preparatori del libro IV del codice civile, in cui Betti ha sostenuto l'introduzione di una formula indeterminata e flessibile come quella della «meritevolezza dell'interesse» per sottoporre al controllo giudiziale i contratti atipici, depongono per un ampio riconoscimento di poteri all'autorità giudiziaria, la quale ad avviso dell'autore aveva il compito di recepire gli umori della coscienza sociale. In questo senso, non può omettersi un riferimento alla ideologia del regime che assegnava al giudice una peculiare posizione di fronte alla legge. Arrigo Solmi, predecessore di Dino Grandi al Ministero della giustizia nel periodo del fascismo, discorre di un aumento del potere discrezionale, «che obbliga ed autorizza ad una ricerca più approfondita della norma da applicare e ad una maggiore elasticità della legge, per i fini di una giustizia più conforme allo spirito della nuova legislazione»⁶¹. Avuto riguardo agli studi di Betti in tema di interpretazione,

chiede al giurista più alta sensibilità sociale e più intima familiarità con quella che vorremmo chiamare l'etica del diritto, esso è proprio questo delle obbligazioni. In pochi altri campi si avverte come in questo che l'intelligenza della struttura giuridica postula una valutazione comparativa degli interessi tenuti in conto dal diritto».

⁵⁹ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 90.

⁶⁰ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 91.

⁶¹ A. SOLMI, *L'idea fascista nel nuovo codice civile*, Roma, 1940, p. 50 s.: «la posizione del giudice non può più essere quella della rigida e semplice applicazione della legge o quella della assoluta neutralità di fronte alla legge; ma una posizione più attiva e diligente nella ricerca delle norme e nell'applicazione della legge».

sembra tuttavia che il pensiero dell'autore in merito al ruolo del giudice possa essere slegato dalle ideologie del regime.

7. *La figura del giudice e l'evoluzione del diritto.* – Pur essendo un esperto di diritto processuale, attento al momento applicativo del diritto, Betti non si è concentrato in modo particolare sulla figura del giudice. Osservazioni sul ruolo della giurisprudenza si ricavano dalle teorie sull'interpretazione, che costituiscono una parte fondamentale della sua produzione scientifica⁶², i cui i destinatari sono, tra gli altri, proprio i giudici, chiamati ad interpretare (e integrare) la legge.

Nella *Teoria generale dell'interpretazione*, un problema di sicuro interesse nell'ambito della tematica in esame attiene alla «competenza a identificare i principi generali del diritto»⁶³. Nella trattazione, la questione è affrontata nel contesto della interpretazione della legge. Le preoccupazioni di Betti riguardano i pericoli derivanti dall'«arbitrio soggettivo» e dall'«aspirazione personale dei singoli». L'autore non nutre dubbi in merito al fatto che la giurisprudenza, teorica e pratica, ha il compito di identificare i principi quale «organo della coscienza sociale»⁶⁴. In ogni società organizzata sussiste un «nesso spirituale» fra coscienza sociale e giurisprudenza: «Si tratta, certamente, di una rappresentanza di indole morale e non legale, conforme all'altezza e alla perennità della missione affidata ai giuristi»⁶⁵. L'attribuzione della competenza alla giurisprudenza, teorica e pratica, permette, ad avviso di Betti, di sconfinare il pericolo del soggettivismo, attraverso un perenne processo di discussione fra giuristi, che da un lato risulta idoneo «a garantire contro una indebita intrusione di soggettività, sia contro il cristallizzarsi di opinioni incontroverse, sia contro il persistere d'indirizzi unilaterali attraverso un indolente conformismo; dall'altro vale a mettere alla prova e a collaudare i criteri di decisione secondo la loro rispondenza alle esigenze sociali, rendendo ragione in un giusto equilibrio così alle tendenze conservatrici come a quelle evolutive»⁶⁶.

Con riferimento al ruolo della giurisprudenza appaiono di particolare interesse due saggi di Betti, rispettivamente pubblicati nel 1948 e nel 1959. Le idee di

⁶² Nel 1978 si osservava che la *Teoria generale dell'interpretazione* di Betti costituiva un'opera «se citata, comunque poco letta e scarsamente studiata»: così G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in *Quad. fiorentini*, 7, 1978, p. 195 ss., il quale rileva invece l'ampia considerazione che l'opera bettiana ha avuto in ambiente tedesco (su questo profilo, v. anche R. MALTER, *Die Rezeption der Hermeneutik Emilio Bettis in der Deutschsprachigen Philosophie*, *ibidem*, p. 143 ss.).

⁶³ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 853 ss.

⁶⁴ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 858 ss.

⁶⁵ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 859. Su quest'ultimo aspetto del pensiero dell'autore, v. soprattutto G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, cit., p. 282 ss.

⁶⁶ E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 859 s.

fondo espresse dall'autore si pongono sulla stessa linea, ma variano gli interlocutori poiché nel primo saggio, in lingua tedesca, Betti si sofferma sul problema della *ergänzende Rechtsfortbildung*⁶⁷, rivolgendosi soprattutto al lettore tedesco, mentre nel secondo, concernente l'efficienza evolutiva dell'interpretazione della legge⁶⁸, Betti dialoga prevalentemente con autori italiani. In entrambi i saggi emerge l'avversione verso una concezione «statica» dell'interpretazione, poiché l'autore ritiene legittimo «procedere ad un adattamento e ad una trasposizione del testo legale nella viva attualità, bilanciando secondo giustizia l'interesse statico alla stabilità, alla conservazione e certezza dei rapporti, con l'esigenza dinamica del rinnovamento nell'indirizzo della evoluzione sociale»⁶⁹.

Nel primo contributo, Betti critica la teoria della divisione dei poteri di Montesquieu, secondo cui i giudici «*ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi: des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*»⁷⁰. Il compito della giurisprudenza si profila più complesso e nel descriverlo, pur non accettandone tutti i risvolti, Betti espone con ammirazione alcuni passaggi delle tesi di Ernst Zitelmann sulle lacune giuridiche⁷¹ e di Philipp Heck sull'interpretazione della legge. Quest'ultimo, nel noto saggio del 1914⁷², suscitando non poche perplessità⁷³, aveva tracciato una sorta di manifesto dell'*Interessenjurisprudenz*, proponendo una interpretazione dinamica della legge idonea a tener conto del contesto sociale. Betti è indubbiamente attratto dalla nuova prospettiva, ma ricorda che il giudice è pur sempre sottoposto all'ordinamento giuridico, nella sua totalità⁷⁴. Ciò impone all'interprete di estrarre la norma dal complessivo contesto sistematico nel quale l'autore colloca altresì il piano dei valori.

⁶⁷ E. BETTI, *Ergänzende Rechtsfortbildung als Aufgabe der richterlichen Gesetzesauslegung*, in *Festschrift für L. Raape*, 1948, pp. 379-399.

⁶⁸ E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Jus civile*, 1959, pp. 197-215.

⁶⁹ E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, cit., p. 199 s., il quale puntualizza ancora che «l'ordinamento giuridico è un organismo in perenne movimento, in continua trasformazione, che segue e rispecchia da vicino il movimento delle trasformazioni della vita sociale».

⁷⁰ E. BETTI, *Ergänzende Rechtsfortbildung*, cit., p. 380.

⁷¹ E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903.

⁷² PH. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *AcP*, 112, 1914, p. 223 ss.

⁷³ Cfr. E. ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, in *Jus civile*, 1950, p. 59 ss., il quale descrive la *Interessenjurisprudenz* come un'involuzione del metodo presentata dai suoi seguaci come un progresso della scienza giuridica. Nell'esperienza francese, v. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II ed., Paris, 1919, p. 263 s., il quale afferma che il metodo proposto da Heck permette all'interprete «non seulement de négliger l'intention du législateur, mais de torturer le texte et de le violenter, au besoin, pour en tirer tout autre chose que ce que le législateur y a voulu mettre, pour y trouver même, quand il le faut, ce que les exigences de la vie lui paraîtraient requérir».

⁷⁴ E. BETTI, *Ergänzende Rechtsfortbildung*, cit., p. 395; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, p. 174.