

I contributi proposti in questo volume presentano itinerari del lavoro di ricerca che si è svolto tra studiosi di Filosofia del diritto nell'anno accademico 2005/2006. Sono i materiali dei corsi seminariali tenuti dagli autori con cadenza settimanale e destinati agli studenti che partecipano all'insieme delle attività didattiche di Filosofia del diritto, svolte nella Facoltà di giurisprudenza di questa Università.

Sono raccolti con un titolo che segnala un interesse comune agli autori, quello che, secondo le loro distinte prospettive culturali, sollecita ad interrogarsi sulla differenziazione fenomenologica del diritto rispetto ad altre regioni dei sistemi sociali. Si discute una possibile chiarificazione del diritto nella sua non riducibilità a fenomeni con i quali confina, come quelli della politica, dell'economia, della morale, etc.

Gli studi invitano a riprendere questo lavoro di analisi fenomenologica della relazione giuridica, avendo consapevolezza che la formazione del giurista tende attualmente a lasciare il terreno dell'arte della ragione per assumere la configurazione propria di una tecnica delle norme. Sullo sfondo emerge un non lontano affermarsi dell'ingegnerizzazione dell'opera del terzo-giudice. Alla riflessione filosofica si dovrebbe sostituire la funzionalità delle operazioni biomacchinari, eseguite da 'una scienza giuridica senza giurista'. I saggi dei quattro autori nascono con la forza viva dell'essere destinati agli studenti, ma invitano anche gli studiosi ad interrogarsi sul destino di un pensiero giuridico divelto dal suo radicamento nell'uomo e nelle relazioni tra gli uomini, certo non trattabili mediante i metodi delle tecnoscienze, che manipolano sia le cose, sia i rapporti tra i viventi non umani. Il pensiero giuridico è tale perché non si esaurisce nello 'stare a vedere' l'accadere dei fatti vincenti che producono le norme vigenti, ma sollecita a riprendere l'opera della filosofia che – afferma Heidegger – consiste nel "rigirarsi sempre in questioni preliminari", ovvero in quelle questioni dove diviene centrale il riavviare la formazione del giurista mediante l'analisi del diritto, inteso come un 'esistenziale' dell'uomo e non come un assemblaggio di norme.

La scienza, svelatasi oggi nella sua essenza tecnica, tende ad incontrare i complessi di norme come eventi, che, nel gioco cieco delle forze, vengono dal nulla e rifluiscono nel nulla. In questo esito il nichilismo giuridico afferma l'indifferenza tra la legalizzazione della violenza del più forte e la custodia dei diritti dell'uomo in quanto uomo, che ancora non hanno un riconoscimento senza confini territoriali; non hanno una estensione omogenea a quanto invece si constata nel processo della mondializzazione, attualmente limitato al solo mercato ed alle sue parole numeriche, formative del linguaggio dei prezzi che tratta anche gli uomini, i soggetti del diritto, come delle 'unità di conto'.

(dalla Presentazione di B. Romano)

INDICE

CAPITOLO I

pag.

LA RICONFIGURAZIONE FUNZIONALE DELLA CLAUSOLA DI BUONA FEDE NELLA DIMENSIONE TRANSFRONTALIERA. LA RISCOPERTA DEL CONTENUTO ASSIOLOGICO DEL CRITERIO E L'ETERONOMIA DI FONTE GIUDIZIALE

1. Considerazioni introduttive. I Principi di diritto europeo dei contratti e l'enfatizzazione della clausola di buona fede, nel suo profilo attinente alla tutela del ragionevole affidamento, ai fini dell'assunzione dell'impegno obbligatorio. Primi cenni sul modello contrattuale ivi prefigurato 2
2. (*Segue*). La progressiva riduzione dell'apporto privato in ordine alla previsione ed alla regolamentazione degli effetti negoziali. Spunti sulla assenza del fenomeno pattizio nell'ambito dei Principi 10
3. Il testo Lando ed il rafforzamento delle clausole generali nella prospettiva della compressione della capacità autodeterminativa dei contraenti. Buona fede e responsabilità precontrattuale. La giuridica rilevanza della fase anteriore alla stipulazione del negozio nell'area di *civil law* ed in quella di *common law*. *Bona fides* e ragionevolezza 19
4. (*Segue*). Il *favor* nei confronti della clausola di buona fede e la «subordinazione» del criterio di ragionevolezza. La peculiare funzione completiva e correttiva della buona fede 31
5. L'accresciuta incidenza del canone *ex fide bona* sul piano transfrontaliero. L'impulso fornito: a) dalla Convenzione di Vienna in materia di vendita internazionale di beni mobili 37
6. (*Segue*). b) dai Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali. Il ruolo centrale della clausola come espressione di una precisa direttiva sistematica 51
7. Il regime Unidroit e l'attrazione della buona fede nella sfera delle fonti di integrazione del contratto. La pretesa teorizzabilità di un procedimento di «autointegrazione» dell'assetto concordato: critica. I lineamenti funzionali dell'intervento giudiziale. Il parametro utilizzabile nell'opera di adattamento *ex officio*: la nozione di equità profilatasi nella dinamica dei flussi mercantili 64
8. (*Segue*). La dilatazione dei poteri del giudice in campo ermeneutico 79

	<i>pag.</i>
9. L'ipertrofia della buona fede in seno ai <i>Principles of European Contract Law</i> . L'inosservanza del criterio tra responsabilità ed invalidità	96
10. Ancora sull'ammissibilità di una <i>analogia contractus</i> basata sul canone di buona fede. La natura dell'iniziativa volta ad enucleare le c.d. clausole implicite	104
11. I <i>PECL</i> e l'aspirazione verso un ideale di «giustizia» contrattuale. L'«oggettivazione» dello scambio ed il sindacato di merito rispetto al contenuto pattizio. Etica e mercato nella definizione del concetto di <i>aequitas</i> negoziale	114
12. Le clausole generali ed il raccordo tra interessi soggettivi ed istanze di mutualità e di solidarietà. Le precisazioni del precetto etico nella sfera esterna al contratto. L'eteronomia di fonte giudiziale ed il rischio di sconfinamento nell'arbitrio	159
13. La buona fede in funzione di filtro dell'equità dell'assetto diviso dai contraenti. I Principi Unidroit e Lando nel quadro della progressiva affrancazione dell'equilibrio negoziale da elementi soggettivi e procedurali. Analisi delle norme ascrivibili alla medesima tendenza sul piano comunitario. Il problema dell' <i>Inhaltskontrolle</i> nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca	168
14. Osservazioni conclusive: la concezione del contratto emergente dai <i>Principles</i> . L'erosione del supporto causale. La pretesa autosufficienza della volontà di vincolarsi giuridicamente. Criterio di autoresponsabilità e genesi del negozio. La buona fede nella dialettica tra autonomia ed eteronomia <i>ope iudicis</i>	184

CAPITOLO II

LIBERTÀ DISPOSITIVA, BUONA FEDE ED ASPIRAZIONI DI «GIUSTIZIA» DEL CONTRATTO: SPUNTI DI DIRITTO INTERNO

1. Un'evoluzione dell'ordinamento interno conforme alla linea di tendenza manifestatasi sul piano transfrontaliero relativamente alla portata del canone <i>ex fide bona</i> ?	203
2. La ridefinizione del ruolo sistematico della buona fede ad opera della giurisprudenza di legittimità: riscoperta del contenuto assiologico del criterio o mera deriva verso il paternalismo giudiziale?	207
3. Principi espressi a livello di fonte primaria e mediazione di <i>strictum ius</i> nel contenimento dell'autonomia privata. Eccezionalità delle ipotesi di integrazione di tipo cogente. Verso la revisione del modello di giustizia contrattuale accolto dal legislatore del '42? Impostazione del problema	219
4. La clausola di buona fede come limite «interno» di ogni situazione giuridica soggettiva negozialmente attribuita o come strumento di control-	

	<i>pag.</i>
lo generalizzato dell'assetto pattizio? La finalità di traduzione della solidarietà sociale in solidarietà contrattuale	235
5. I nuovi orizzonti della buona fede alla stregua dell'elaborazione dottrina- ria. Anelito solidaristico e preteso accoglimento di un ideale di giusti- zia commutativa	245
6. Direttiva etica <i>in contrahendo</i> ed equilibrio contenutistico della conven- zione nei più recenti sviluppi normativi. Il rafforzamento del proposito repressivo delle forme di abuso della libertà negoziale. La corrisponden- za biunivoca tra contrarietà a <i>bona fides</i> ed <i>iniquitas</i> . Gli attuali fermenti evolutivi e la loro incidenza sullo statuto teorico del contratto	257
7. Rilievi prospettici: i rischi connessi all'eventuale adeguamento della no- stra realtà ordinamentale al paradigma equitativo prefigurato a livello transfrontaliero. Le possibili interferenze sul rapporto autorità-libertà	287

