

IL FATTO «DEL» DIRITTO.

Un excursus anche sommario dell'attuale dottrina in ordine al fatto e sui casi in cui il fatto, nell'economia della prospettiva geometrica, viene in rilievo sembrano indicarci una soluzione che il titolo del presente contributo ci suggerisce.

Nell'attuale modo di approcciarsi al fatto, questo continua a sfuggire alla regolamentazione. La prospettiva geometrica ne esce sconfitta in quanto ogni tentativo di far coincidere il fatto con il diritto, lascia sempre un margine, uno iato tra l'uno e l'altro a dimostrazione, da un lato, che i due istituti sono effettivamente separati e scissi, e sotto una diversa prospettiva, che il diritto, geometricamente inteso, non riesce a (ri)comprendere completamente il fatto.

Il fatto, inoltre, non trova espressione nel diritto o grazie all'applicazione del diritto, ma, inevitabilmente, può trovare espressione solamente in via indiretta e virtuale, attraverso la rappresentazione che il diritto positivo ne dà. Il fatto, naturalisticamente inteso, scompare lasciando il posto a quella rappresentazione convenzionale del fatto che la previsione normativa, astratta e generale, selezionatrice e, per certi versi, creatrice del fatto giuridico stesso e della sua giuridicità, ci garantisce.

Anche un fugace sguardo sui casi nei quali il fatto sembra trovare espressione nell'attuale e tradizionale visione del diritto, in realtà, ce ne fornisce la prova.

Nella storia del diritto e, per certi versi, della dottrina, non si percepisce mai l'approccio al fatto considerato naturalisticamente. Innanzitutto il fatto «puro», inteso come fatto naturalisticamente esistente, prima ancora di una qualsiasi lettura giuridica, viene ritenuto del tutto irrilevante.

Tale fatto viene completamente ignorato e viene considerato fatto c.d. pre-giuridico e, proprio perché pre-giuridico, viene considerato come un «non fatto». Richiamo le già citate parole di Perlingieri secondo il quale «non esiste, dunque, fatto che non riceva una valutazione espressa o implicita nell'ambito dell'ordinamento. (...) Taluni asseriscono che vi sarebbero fatti giuridicamente irrilevanti: è una teoria del retaggio del passato (...) I c.d.d. fatti "giuridicamente irrilevanti", in realtà, o sono fatti rilevanti (quali esercizio di libertà) ma non preordinati all'efficacia, oppure non sono fatti (...)» [1].

Oppure non sono fatti. Le parole del maestro napoletano vengono richiamate perché, nella loro acuta sintesi, rappresentano efficacemente l'idea dominante (ed imperante) nell'ambito della nostra dottrina. Il fatto non è fatto per il diritto se non nel momento in cui abbia una giuridica rilevanza, in positivo, in quanto «preordinato all'efficacia» e, quindi, produttivo (quanto meno potenzialmente) di effetti giuridici, o in negativo, in quanto espressione della libertà del soggetto; tutto il resto non è fatto, potremmo dire, è talmente irrilevante da non sembrare (e quindi da non essere) fatto, quanto meno per il diritto.

Quello che viene definito fatto «naturale», se per esso si intende un fatto prima della sua lettura giuridica, in realtà, non è un fatto in quanto diviene realmente tale solo quanto, viene illuminato dall'interesse, prima, e dalla espressione legislativa, poi, del sovrano. Solo dall'esatto momento in cui la comunità si accorge che un fatto (naturalisticamente inteso) può essere rilevante, in quanto interferente e intrecciantesi con un interesse di un singolo, quale membro di una comunità e, quindi, anche e non solo di riflesso, per l'intera comunità, quel fatto assurge a dignità giuridica, attraverso una qualificazione dello stesso che ne illumina, come detto, l'esistenza rendendola effettivamente degna.

Ecco che, quindi, persino il vero (in quanto giuridico) significato di «fatto naturale», che ad un lettore privo di nozioni giuridiche, potrebbe sembrare (ci sia consentito il gioco di parole) la più naturale e naturalistica definizione del fatto, diviene in realtà una definizione giuridica che interviene a far smarrire, per certi aspetti, la matrice originaria e naturale del fatto, iniziando immediatamente quella pericolosa procedura di «virtualizzazione» della natura. Al fatto naturale viene dato, attraverso una qualificazione giuridica, che mira ad evidenziarne la rilevanza per la vita della comunità, un significato giuridico, ossia la naturalità del fatto viene qualificata giuridicamente intendendosi per fatti «naturali» «tutti gli eventi giuridicamente rilevanti che accadono nella natura senza partecipazione dell'uomo» [2].

Se il fatto «naturale» accade, è giuridico in tanto in quanto interferisce con un interesse della collettività; ma lo stesso significato di naturale, a questo punto, perde ogni rilevanza etimologica per acquisire un significato giuridico; naturale si ma se giuridicamente rilevante; se giuridicamente irrilevante non è fatto naturale e, quindi, non è neppure fatto, come ben evidenziato in precedenza da Perlingieri.

Inutile dire che questa impostazione diviene ancor più eclatante, quando prendiamo in considerazioni altre accezioni di fatto che sono quotidianamente presenti nell'esperienza dottrinale e giurisprudenziale.

[1] P. PERLINGIERI, *Il Diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 601 e ss

[2] A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, Milano, 1997 p. 360.

Pensiamo al concetto di «fatto giuridico», che, alla luce della più volte evidenziata dicotomia alla base della visione geometrica, ci appare, più che mai un ossimoro [3]. Fatto giuridico è tutto ciò a cui una norma giuridica attribuisce un effetto giuridico, che si riconnette all'ordinamento creando degli effetti per questo rilevanti e da questi previsti e riconosciuti come rilevanti [4]. E anche quando allo stesso di voglia dare un'ulteriore possibile precisazione, individuando una species contenuta nel primo concetto quale genus, fatto giuridico acquista comunque un significato analogo a fatto naturale giuridicamente inteso. come prima illustrato, ossia «tutto ciò che non è atto, (...) ogni fenomeno temporale che non sia attività volontaria dell'uomo» [5] ma comunque giuridicamente rilevante. Il fatto, in sintesi estrema, è giuridico in tanto in quanto c'è una legge che lo riveli e rilevi come tale attribuendovi, per l'effetto, la qualifica di giuridico. In questa prospettiva altrettanto agevole è la lettura che si può dare al concetto di fattispecie [6]. Fattispecie è un concetto alquanto polisenso, in quanto viene a trovare richiamo e applicazione in molteplici (e per certi versi) diversi momenti dell'esperienza; in questo concetto possono rientrarvi o quegli elementi del fatto, analizzato nella sua concreta storicità, ai quali l'ordinamento giuridico riconosce giuridica rilevanza oppure, in una visione normativa, l'insieme degli elementi di fatto che la previsione normativa individua come giuridicamente rilevanti ai fini della propria applicazione, in quanto costituenti (nella astratta previsione) quegli elementi di fatto che vengono indicati (sempre astrattamente) come necessario presupposto dell'applicazione della norma o, in ultima e, forse, riassuntiva analisi l'insieme degli elementi (sia di fatto che di diritto) a cui la norma riconnette determinati effetti giuridici. Inutile dire che, proprio nel concetto di fattispecie, le premesse prima indicate appaiono essere evidenti ed eclatanti. La fattispecie, concetto giuridicamente inesistente, in quanto non se ne trova definizione nei codici in vigore, creata dalla dottrina in modo, per certi versi, singolare e con finalità squisitamente operative per consentire il dialogo tra il fatto e il diritto, è proprio quell'elemento che, alla fine, conferma l'assunto delineato in riferimento ai concetti precedentemente visti. Se la fattispecie mi consente di interfacciare il fatto al diritto, in quanto indica gli elementi del fatto che devono essere rilevanti per consentire la qualificazione giuridica, ossia la rappresentazione giuridica di un fatto, si deve però anche dire che gli elementi del fatto che sono giuridicamente rilevanti vengono considerati ed individuati sempre e comunque, solo dalla fonte normativa; se si considera la fattispecie come fattispecie astratta, ossia la previsione normativa che individua gli elementi di fatto e di diritto che devono sussistere per potersi procedere alla corretta qualificazione del conflitto, che deve essere ricomposto nel giudizio, l'assunto appare addirittura eclatante in quanto la previsione normativa, nella propria astrattezza, individua i fatti rilevanti e, quindi, fornisce un elenco di fatti, astrattamente intesi, una rappresentazione necessariamente virtuale del fatto; ma lo stesso si può comunque dire nel caso in cui vogliamo accedere al significato di fattispecie concreta, nel senso che la stessa, in fondo, altro non è che il fatto storico che è già stato filtrato e setacciato attraverso la previsione normativa, che ne ha risaltato e sottolineato solo quegli elementi di fatto che la previsione normativa stessa ritiene

[3] A differenza dei concetti prima analizzati, copiosa la bibliografia sul punto. Si vedano tra gli altri, senza intenzione di essere esaustivi M. RONCO (a cura di), *Struttura del fatto tipico, presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale, il requisito dell'offensività del fatto in Il Reato*, Bologna, 2007; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, pag. 3 e ss.; A. LEVI, *Fatti e rapporti giuridici (Saggi di teoria del diritto)*, Bologna, 1924, pag. 107; A. MANIGK, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939; A. PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1931; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 5ª ediz., Torino, 1958, pag. 250; E. BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Padova, 1929, pag. 232; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ediz., Torino, 1955, pag. 3 (testo e nota 4); E. ENRIQUES, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova, 1937, pag. 5-78. F. B. CICALA, *Rapporto giuridico, diritto subiettivo e pretesa*, Torino, 1909, pag. 29-32; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3ª ediz., Roma, 1951, pag. 200; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 6ª ediz., Napoli, 1959, pag. 103. G. LONGO, *Fatti giuridici, atti illeciti*, Milano, 1937; M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1941; P. CALAMANDREI *Studi sul processo civile*, Padova, 1934, vol. III, pag. 132; P. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico* (Riv. Dir. Proc. Civ., 1932, I, 15, R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto e onere della prova. Aspetti diversi di un fenomeno unico, o fenomeni autonomi?* (Studi in onore di F. Messineo, Milano, 1959, vol. I, pag. 417). S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Messina, 1945; V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, 3ª ediz., Roma, 1933, pag. 14;

[4] Anche sul punto numerosa è la bibliografia, specialmente focalizzata sul concetto di causalità. Anche in questo caso, pur non avendo alcun intento di essere esaustivi, ci sia consentito ricordare i contributi di A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica in Annali della Università di Macerata*, 1929, pag. 393; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, pag. 3, 61; A. MANJGK, *Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen in Jhering's Jahrbücher*, 1905, XLIX, 461; B. CROCE, *La cosiddetta causalità giuridica in Conversazioni critiche*, 2ª ediz., Bari, 1924, vol. I, pag. 224; D. LOY, *Applicazione giuridica del principio di causalità in Riv. Dir. Priv.*, 1938, 109; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale* (ristampa), Torino, 1960. F. B. CICALA, *Il concetto di rilevanza giuridica in Studi in onore di Renato Barillari*, 1934, vol. I, pag. 131; F. D'ANTONIO, *La causa e gli atti giuridici in Arch. Giur.*, 1941, 184; G. FOLCHIERI, *Della causalità giuridica (Studi giuridici in onore di Simoncelli)*, Napoli, 1917, pag. 28; G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "Fatto dannoso e conseguenze"* in Studi in onore di A. Cicu, Milano, 1951, vol. I, pag. 433 e 438; G. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Milano, 1935. G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944. H. L. A. HART E A. M. HONORÉ, *Causation in the law*, Oxford, 1959. K. PETER, *Die Möglichkeit mehrerer gleicher Rechtsfolgen. Ein Beitrag zu dem Problem der Doppelwirkungen in Archiv. für die civ. Praxis*, 1930, 1; L. SEVERINO, *La causalità fisica nel diritto*, Bari, 1958; M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950. M. FIORETTI, voce *Perdita ed estinzione dei diritti in Nuovo Digesto Italiano*, Torino, vol. IX, 1938; M. PUNZO, *Il problema della causalità materiale*, Padova, 1951; O. KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen*, Leipzig, 1877; P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960; P. GASPARRI, *La meccanica del diritto in Scritti in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, vol. I, pag. 119; R. RIEZLER, *Naturgesetz und Rechtsordnung in Archiv. f. Recht- u. soz. Phil.*, 1941, pag. 149; R. SACCO, voce *Circolazione giuridica in Enciclopedia del diritto*, vol. VII, 1960; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)* in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1954, I, 331. S. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto in Enciclopedia del diritto*, vol. I, 1958; T. KIPP, *Über Doppelwirkungen im Recht in Festschrift für Martitz Berlin*, 1911, pag. 211; V. NEPPI, *Il concetto di causalità giuridica in Riv. Internaz. Fil. Dir.*, 1955, 600; W. CESARINI SFORZA, *Ex facto ius oritur in Studi dedicati a Giorgio Del Vecchio*, Modena, 1930, vol. I, pag. 95; W. FUCHS, *Fatto e conseguenza giuridica in Riv. Internazionale Fil. Dir.*, 1928, 44; W. SCHULZE, *Tatbestand und Rechtsfolge. Ein Beitrag zur juristischen Erkenntnistheorie*, Berlin, 1909, pag. 78.

[5] A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 435 e ss.

[6] Numerosa, anche in questo caso la bibliografia; ci sia consentito evidenziare i seguenti contributi sull'argomento: S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, 17 ss.; E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, 200 ss.; A. MANIGK, *Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen*, in Jh. Jb., 1905, 466 ss.; A. MANIGK, *Tatsachen (juristische)*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft* a cura di STIER, SOMLO ED ELSTER, V, Berlin-Leipzig, 1928, 847 ss.; W. SCHULZE, *Tatbestand und Rechtsfolge* (Beiheft zu Bd. 2 Des Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie), Berlin, 1909; P. OERTMANN, *Die Rechtsbedingung (condicio iuris)*, Leipzig-Erlangen, 1924, 9 e 12 ss.; W. FUCHS, *Fatto e conseguenza giuridica*, in RIFD, 1928, 44 ss.; A. E. CAMMARATA, *Il Significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in Ann. Macerata, 1929, V, 393 ss. poi in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 247 ss.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 3 ss.; M. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e le loro cause*, Torino, 1939, 101 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1954, 331 ss.; V. NEPPI, *Il concetto di causalità giuridica*, in RIFD, 1955, 600 ss.; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, 1960, 12 ss.; E. GASS, *Ursache, Grund und Bedingung im Rechtsgeschehen. Ein Beitrag zum Kausalitätsproblem*, Graz-Köln, 1960; A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1962, 433 ss.; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, 437 ss.; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, Torino, 1941, 123 ss.

rilevanti; se la fattispecie astratta è la virtuale (perché generale e astratta) rappresentazione del fatto naturale, la fattispecie concreta altro non è che il risultato della sovrapposizione della fattispecie astratta al fatto naturalisticamente inteso, sovrapposizione che ne determina la perdita della strutturale naturalità e il rilievo (tra tutti gli elementi del fatto) di quei soli elementi che coincidono con la astratta previsione normativa, espressa nella fattispecie astratta. Anche e soprattutto in questo ambito, il fatto è più che mai giuridico, ossia il fatto viene ad essere tale in tanto in quanto venga compreso in una previsione normativa, che al fatto si sovrappone.

Fatto e diritto, inevitabilmente, si contrappongono. E questo ci è stato confermato sia nella prospettiva astratta, della pura e teoretica connessione tra elementi di fatto e previsione normativa, nei quali si evidenzia come il collegamento tra fatto e diritto sia stato prevalentemente, nella dottrina, inteso come nesso di causalità, dove però sia le cause che gli effetti, vengono sempre e comunque evidenziati e indicati dalla norma di legge; sia e ancor più concretamente, nella ricostruzione giuridica del fatto nell'ambito del processo, nel quale alla virtualità della rappresentazione normativa di un istituto, si sovrappone l'ulteriore virtualità connessa alla codicistica e processuale rappresentazione del fatto nel processo, attraverso il sistema di prove e di decadenze ad esso connesso. Una cosa appare, quindi, essere il fatto storico, altra cosa il fatto come viene rappresentato virtualmente dal diritto, e, in ultima analisi, altra cosa ancora è il fatto giuridico, così come viene ricostruito nel processo, a seconda della normativa processualistica che trova applicazione e della concreta incidenza dell'intervento degli operatori del diritto, che possono determinare, con la loro linea difensiva, decadenze o chiarimenti [7].

Possiamo tranquillamente dire che, alla domanda su quale sia il rapporto tra il fatto e il diritto in una prospettiva geometrica, dobbiamo rispondere che non si può parlare di fatto «e» diritto ma di fatto «del» diritto.

È fatto, in questa prospettiva, solamente ciò che il diritto individua come fatto. Non vi è un fatto che si contrappone al diritto, perché questa contrapposizione viene ab initio neutralizzata proprio dal diritto che, in qualche modo, rifugge alla contrapposizione, eliminando quegli elementi naturali e naturalistici che, nella sua visione della realtà, non sono giuridicamente rilevanti e conservando solo quelli che, alla luce della propria astratta e virtuale previsione, si devono considerare come fatti. Ma non vi è quindi naturale giuridicità dei fatti ma i fatti sono giuridici in tanto in quanto sia la legge a individuarli e qualificarli come tali.

Nell'indagine appena svolta, quindi, forse qualche elemento ricostruttivo ce lo possono fornire solo due concetti che, in qualche modo, ci possono apparire (forse) come in grado di scardinare e di contrapposti a questa visione.

[7] Numerosi i contributi che si potrebbero rivelare molto utili sull'argomento della ricostruzione del fatto ed in particolare nel processo. Ci sia consentito evidenziare i seguenti: A. AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise of Legal Justification*, Dordrecht, 1987; A. GIULIANI, voce Prova, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVII, Milano, 1988; A. J. REISS, *Longitudinal Study of Trial Courts: A Plea for Development of Explanatory Models*, in *Law & Society Review*, 1990, vol. 24, n. 2; A. M. MARINI, *Strategie concettuali nella redazione dell'atto difensivo, in L'avvocato e il processo*, A.M. MARINI M. PAGANELLI, (a cura di) Milano, 2003, pp. 93-109; AA. VV., *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, a cura di A. M. MARINI, Milano, 2003; AA. VV., *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile. Atti del Convegno Internazionale*, Padova, 1988; B. CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale. Una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Parte I, XXXIII, 1982; B. DANET, *Obstacles to the Study of Lawyer-Client Interaction: The Biography of a Failure*, *Law and Society Review*, 14, 4, pp. 905-922, 1980; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958; B. LATOUR, *La rhétorique scientifique: qu'est-ce que la force d'un argument?* In *Bailey, F. (ed.), Sens et place des connaissances dans la société*, Paris, 1986, p. 251-287; B. LEITER, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, 76 *Tex. L. Rev.*, 1997, 267, 273-74; B. PASTORE, *Giudizio, Prova, Ragion Pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996; B. S. JACKSON, *Law, Fact, and Narrative Coherence*, Liverpool, 1988; C. BIANCHI N. VASSALLO, *Filosofia della Comunicazione*, Roma-Bari, 2005; C. GEERTZ, *Antropologia interpretativa*, Bologna, 1988; C. J. HOSTICKA, *We Don't Care About What Happened, We Only Care About What is Going to Happen: Lawyer-Client Negotiations of Reality*, 26, *Social Problems*, 1979, 599-610; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990; C. PERELMAN, *Il dominio retorico*, Torino, 1981; C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966; C. PERELMAN, *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978; E. FAZZALARI, *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, in *Atti del Convegno internazionale*, Padova, 1988; E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000; F. BIANCO, *Introduzione all'ermeneutica*, Roma-Bari, 1998; F. DI DONATO R. ROSCIANO R., *La costruzione giudiziaria tra categorie legali e culturali*, in *Quaderni del Dipartimento di Filosofia dei Diritti dell'Uomo e della Libertà di Religione*, Napoli, 2004, pp. 237-254; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003; G. ALPA, *Il linguaggio dell'avvocato nella evoluzione dei metodi interpretativi, delle prassi e delle tecnologie*, in *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, MARIANI MARINI (a cura di), Milano, 2003, pp. 15-39; G. FONTANA, voce *Sentenza civile*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 1992; G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001; G. SAMUEL, *Epistemology and Method in Law*, Burlington, 2003; G. TARELLO, G., *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1980; G. TARZIA, voce *Sentenza civile*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Ist. dell'Enciclopedia Treccani, vol. XXVIII 1992; G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990; H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it., Milano, 1983; J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004; J. FRANK, *Law and The Modern Mind*, New York, 1930; J. FRANK, *What Courts Do in Fact*, Part One and Part Two, 26, *Ill. L. Rev.*, 645, 1931-1932; J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996; J. M. DOYLE, *The Lawyer's Art: "Representation" in Capital Cases*, *Yale Law Journal*, 8, 1996; J. POTTER, *Representing Reality. Discourse, Rhetoric and Social Construction*, London, 1996; J. WRÓBLESKI, J., *Motivation de la décision judiciaire*, in *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1988; J.M. CONLEY, W.M O'BARR, *Just words: Law, Language and Power*, Chicago, 1998; J.M. CONLEY, W.M O'BARR, *Rules versus Relationships: The Ethnography of Legal Discourse*, Chicago, 1990; J.P. HEINZ, *The Power of Lawyers*, *Georgia Law Review*, 1983; K. LLEWELLYN, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed*, 3, *Vand. L. Rev.* 1950 K. LLEWELLYN, *The Case Law System in America*, Chicago, 1989; M. BESSONE R. GUASTINI, *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995; M. R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, tr. it., Bologna, 2000; M. TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività (a cura di) M. BESSONE*, Torino, 1997; M. TARUFFO, *La Motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. III, t. 2, sez. 1, Milano, 1992; O. CHASE, *Law, Culture, and Ritual*, New York, 1995; P. BROOKS P. GEWIRTZ, *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, New Haven, 1996; P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi interpretativi e tecniche argomentative*, Milano, 1999; P. COMANDUCCI, P., *Il ragionamento giudiziale: lineamenti di un modello*, in *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, metodi, modelli*, M. Bessone (a cura), Torino, 1999; P. DAWID, *Statistics and the Law*, *Research Report No. 244*, Department of Statistical Science, 2004; P. F. SAVONA, *In limine iuris*, Napoli, 2006; P. MORO, *Fondamenti di retorica forense. Teoria e metodo della scrittura difensiva*, Pordenone, 2004; P. PESCATORE, *L'influence de l'ordinateur sur le style des jugements*, in AA.VV., *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, Atti del Convegno internazionale, Padova, 1988; P. RICOEUR, *Dal testo all'azione*, Milano, 1989; P.C. DAVIS, *Contextual Legal Criticism: A Demonstration Exploring Hierarchy and "Feminine" Style*, 66, *N.Y.U. L. Rev.*, pp. 1635-1681, 1991; P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo*, Milano, 1973; R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998; R. RUBINSON, *Client Counseling, Mediation, and Alternative Narratives of Dispute Resolution*, *Clinical Law Review*, 2004, 833; R. WEST, R., *Jurisprudence as Narrative: an Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory*, 60, *N.Y.U.L.Rev.*, 1985, 145; R.L. ABEL, *A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society*, in *Law & Society Review*, vol. 8, n. 1, 1973, pp. 217-347; S. EVANGELISTA, voce *Motivazione della sentenza civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1977; S.L. WINTER, *The Cognitive Dimension of the Agon Between Legal Power and Narrative Meaning*, *Mich. L. Rev.*, 1988-1989, 87; T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1979; V. AUBERT, *Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and Conflict Resolution*, in *The Journal of Conflict Resolution*, vol. VII, 1963, n. 1; V. FERRARI, *Teoria e metodo nell'analisi sociologica della litigiosità*, Estratto da *Contratto e Impresa*, Milano, 1993, pp. 341-354; W. BENNETT - M.S. FELDMAN, *Reconstructing Reality in the Courtroom: Justice and Judgement in American Culture*, New Brunswick, N.J. 1981; W.L. FELSTINER, R.L. ABEL, A. SARAT, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, in *Law & Society Review*, vol. 15, n. 3-4, 1982-81, pp. 631-654; W.M. O'BARR, *Linguistic Evidence. Language, Power, and Strategy in the Courtroom*, London, 1982;

In primis l'idea del c.d. fatto normativo [8], in cui la realtà fattuale sembra, in qualche modo, contrapporsi e imporsi al diritto; la rivoluzione che impone un nuovo stato che ha la forza di imporsi e di conservarsi; lo stato di necessità che consente di ricreare, dalla naturalità del fatto antiggiuridico, una situazione giuridica contrapposta a quella formale e normativa, perché è tale da non poter essere naturalmente preteso una sua diversa (e formale) regolamentazione, per giungere alla più comune e, per questo, più conosciuta, consuetudine, ove la condotta umana ripetuta (accompagnata, per alcuni, ossia la maggioranza) dall'opinione iuris et necessitatis, crea secondo alcuni, riconosce secondo altri, la giuridicità esistente nella natura delle cose imponendosi ad una visione della giuridicità squisitamente formale.

In secondo luogo, forse, se letta in una determinata prospettiva, l'idea di effettività [9], concetto che, in realtà, potrebbe avere una serie di interpretazioni e versioni, anche contrapposte, in alcuni casi intesi come espressione di una visione geometrica del diritto (non per nulla è uno dei motivi ricorrenti nell'opera di Kelsen) ma che potrebbe interpretarsi anche come concetto anti-geometrico, laddove lo si voglia intendere nel senso, per il momento generale, del carattere del «fatto», il quale «anteriamente ad ogni qualificazione formale è considerato come forza costitutiva del diritto, come fonte del diritto». Acquisita definitivamente la consapevolezza che la visione geometrica del diritto determina l'inconciliabilità del fatto (reale e naturale) con il diritto e che, quindi, tale aporia ci induce, con ogni probabilità, ad abbandonare la via fino ad oggi seguita dalla dottrina maggioritaria, una via forse ricca di virtuali certezze ma, proprio per questo, lontana dalla natura stessa dell'uomo, è doveroso quindi procedere ad una indagine che rovesci la tradizionale visione del diritto (ossia geometrica) e del relativo (e virtuale) fatto, confidando nell'aiuto che proprio questi due concetti ci potranno dare, alla ricerca di una possibile soluzione conciliativa tra il fatto e il diritto.

[8] Tra gli autori che si sono occupati del fatto normativo, senza velleità di essere esaustivi, si possono ricordare A. GUARINO, *La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana*, in *Dir. giur.*, 1956, 413-428. A. LEBRUN, *La coutume. Ses sources, son autorité en droit privé*, Paris, 1932, 17-139. A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna, 1977; A. SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, Freiburg, 1883; C. E. BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958; C. E. BALOSSINI, *Il diritto delle consuetudini e degli usi*, Milano, 1974. E. KANTOROWICZ, *Legal Science. The Summary of its Methodology*, in *Columbia Law Rev.*, 1928, 679. E. PARESCHE, *La genesi ideale del diritto. Saggio sull'attuazione spontanea del diritto e la sua creatività*, Milano, 1938; E. ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, in *Arch. civ. Prax.*, 1883, 323-468. F. DEGNI, *L'autorità del diritto consuetudinario nella legislazione civile italiana*, in *Studi in onore di C. Fadda*, Napoli, 1906. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, I, Paris, 1919, 409. G. FERRARI, *Introduzione ad uno studio sul diritto pubblico consuetudinario*, Milano, 1950; G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936; I. VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Bologna, 1906, 111 ss.; J. CHARMONT, *La coutume contre la loi*, in *Revue de métaphysique et de morale*, 1917, 469-476. J. KOSCHENBAHR-LYSKOWSKY, *Le code civil et la coutume. Revision de la notion de coutume*, in *Etudes de droit civil à la mémoire de H. Capitant*, Paris, s.d., 403-415. J. MOKRE, *Zur Theorie des Gewohnheitsrechts*, in *Zeit. f. öff. Recht*, 1932, 2 e 3; L. PROSDOCIMI, *Observantia. Ricerche sull'aspetto consuetudinario del diritto dai commentatori alla scuola storica. I. I commentatori e i pratici italiani*, Milano, 1960; M. RÜMELIN, *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung*, Tübingen, 1929, 7. N. BOBBIO, voce *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, p. 428. P. BONFANTE, *Per una revisione della teoria della consuetudine*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, 274 ss. S. BRIE, *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Breslau, 1899; S. ROMANO, *Consuetudine*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917 ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, 193; V. CRISAFULLI, *Variazione sul tema delle fonti con particolare riguardo alle consuetudini*, in *Scritti in memoria di Antonio Giuffrè*, III, Milano, 1967; V. FRANCESCHELLI, voce *Consuetudine (diritto moderno)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Appendice, 1981; V. MICELI, *Le fonti del diritto dal punto di vista psichico-sociale*, Palermo, 1905, 190. W. SCHUPPE, *Das Gewohnheitsrecht. Zugleich eine Kritik der beiden ersten Paragraphen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Breslau, 1890; G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, 2 voll., Erlangen, 1828-1837. F. FLUMENE, *La consuetudine nel suo valore giuridico*, Sassari, 1925; M.S. GIANNINI, *Sulla consuetudine*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1947, 92. F. DAHN, *Rechtsphilosophische Studien*, Berlin, 1883, 234-269; J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, London, 1885, 536-537. O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885; E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903. M. WEHRLÉ, *De la coutume dans le droit canonique*, Paris, 1928. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942; A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1958, 93-94. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1989; E. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, Cambridge, 1958, 79. G. RÜMELIN, *Das Gewohnheitsrecht*, in *Jherings Jahrb.*, 1889, 153-253; J. HAESAERT, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1948, 116 ss. A. TESAURO, *La consuetudine*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1955, I, 189-207; C. K. ALLEN, *Law in the Making*, Oxford, 1946, 378.

[9] Molti i contributi sull'argomento. Anche in questo caso senza voler dare un'indicazione completa della bibliografia in materia, ci si è consentito di indicare, tra gli altri, i seguenti contributi: A. LEVI, *Istituzione di teoria generale del diritto: Lineamenti d'una critica della conoscenza dogmatica del diritto*, Padova, 1935, p. 33, 226; A. BARATTA, *Tra idealismo e realismo. A proposito della filosofia del diritto*, di Widar Cesarini Sforza, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, p. 421-456; A. TARANTINO, *Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell'istituzionalismo di Santi Romano* in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, 1977, p. 682 - 704; A. Tarantino, *Brevi riflessioni sull'istituzionalismo di Santi Romano*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV serie, Milano, 1977, p. 701; A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Milano, 1980; E. PARESCHE, *Diritto, Norma, Ordinamento*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XIII, Roma, 1933, p. 205; F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli, 1923, p. 201, 212, 213; F. MODUGNO, *Appunti per una Teoria generale del diritto*, Torino, 2000, p. 48, 51; F. RICCOBONO, *Soggetto Persona Diritti*, Napoli, 1999, p. 60, 61; G. DEL VECCHIO, *Diritto e Istituzione*, 1921, ora in *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958; G. M. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Torino, 1979; G. MASTINO, *Analisi critica delle più recenti teorie sul concetto e i caratteri della legge in senso materiale*, Cagliari, 1923; G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto, traduzione italiana a cura di M. G. Losano*, Torino, 1966; H. KELSEN, *La teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. ital. a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1966; L. CABAORA, *La politicità della norma giuridica*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1960, p. 91; M. HAURIUO, *Precis de droit constitutionnelle*, Paris, 1923, 75 ss.; M. HAURIUO, *Science sociale traditionnelle*, Paris, 1896; M. HAURIUO, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di Widar Cesarini Sforza, Milano, 1967; N. BOBBIO, *La teoria della norma giuridica*, Torino, 1958; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946; S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, Roma, 1912; T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917 ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, 193; V. E. ORLANDO, *Intorno alla crisi mondiale del diritto, la norma e il fatto*, in *Studi giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV, pagg. 577 a 638 ed estratto - Padova 1950. ed in *Scritti giuridici vari*, Milano 1955, pag. 301.; V. E. ORLANDO, *La Teoria generale del diritto di Francesco Carnelutti*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, Anno XXII- 1942-XX, p. 21, 22; V. E. ORLANDO, *Stato e diritto*, (1926), in *Diritto Pubblico generale*, Milano, 1954, p. 249; V. FROSINI, *Il dualismo tra diritto e società nell'Italia contemporanea* in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1975, 85-95; V. FROSINI, *L'attualità di Santi Romano*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milano, 1976, p. 295 ess; V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1973; V. GORETTI, *Istituzioni in senso tecnico ed istituti giuridici nella concezione realistica di Santi Romano*, in *Annali della Università di Ferrara*. Vol. VIII, *Anni accademici 1948-49 e 1949-50*, pp. 183-199; V. GUELI, *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Roma, 1957; V. ITALIA, *L'interpretazione sistematica delle norme e dei valori*, Milano, 1970; W. CESARINI SFORZA, *Norma giuridica e struttura sociale*, in *Atti del IV congresso nazionale di filosofia del diritto* (Pavia, 19- 13 Ottobre 1959), Milano, 1960, p. 127 e ss.