

**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

124

PAOLO GROSSI

**IL DIRITTO CIVILE
IN ITALIA
FRA MODERNO
E POSMODERNO**

DAL MONISMO LEGALISTICO
AL PLURALISMO GIURIDICO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOVENTIQUATTRESIMO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOVENTIQUATTRESIMO

PAOLO GROSSI

**IL DIRITTO CIVILE
IN ITALIA
FRA MODERNO
E POSMODERNO**

Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico

ISBN 9788828831174

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2021
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese

*A Vincenzo Scalisi,
al consapevole, coraggioso sodale
in una affrancatrice battaglia scientifica*

PREFAZIONE

« Le Passé m'a révélé
la Construction de l'Avenir »
(Pierre Teilhard de Chardin,
Lettres de voyage)

1. L'origine prima di questo libro sta nell'invito di Giovanni Cazzetta, Direttore dei 'Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno', a collaborare alla formazione del 'Quaderno' monografico dell'anno 2021 dedicato a « Il pluralismo giuridico moderno: paradigmi ed esperienze »; invito a me particolarmente gradito, giacché si trattava della annualità specialissima — il cinquantenario — di una Rivista che avevo concorso a creare nel lontano 1971-72. Conoscendo la mia educazione civilistica, nonché la mia giovanile militanza nella storia del diritto civile medievale e moderno, fu lui ad assegnarmi il tema, da me prontamente accettato.

Dedicaì alla faticosa raccolta della base documentaria il primo tempo per me veramente libero, appena terminata — il 23 febbraio 2018 — la impegnativa funzione di Presidente della Corte costituzionale, iniziando, con l'avvio del 2020, una prima stesura che si è distesa fino al novembre di quest'anno. Momento in cui mi sono accorto con un sincero sgomento che, pur riducendo all'essenziale il mio disegno, in presenza di un materiale assai ricco e con la necessità del rivestimento di una irrinunciabile trama riflessiva, la mole delle pagine era di gran lunga superiore a quanto poteva essere ospitato in un'opera collettiva con una ventina di collaboratori.

Fu allora che l'amico Direttore mi ha ricordato un lontano episodio del 1986-87, affatto simile all'attuale e concernente proprio la mia persona. Era in gestazione il « Quaderno » monografico dedicato a *Riviste giuridiche italiane — 1865/1945* ed io, allora

Direttore, mi ero preso il compito di riesumare dal quasi totale oblio una Rivista fiorentina, « La Scienza del Diritto Privato », esigua per la sua cortissima vita (1893-1896), ma di grosso rilievo culturale perché costituiva il più fattivo laboratorio del solidarismo giuridico di fine Ottocento. Anche allora, alla fine della stesura del mio contributo, mi trovai alla stessa constatazione di oggi ed alla stessa imbarazzante perplessità sul da farsi: amputare drasticamente (ma anche irragionevolmente) le pagine o stampare il tutto autonomamente fuori dei 'Quaderni', nella 'Biblioteca' che avevo in quegli anni già avviato. Non ricordo chi mi consigliò, nel 1987, questa seconda scelta; oggi, è stato Giovanni Cazzetta a risolvere il dubbio, proponendo senza esitazione l'inserimento nella 'Biblioteca' come la soluzione più positiva ⁽¹⁾.

2. Mi sembra conveniente per il lettore indicargli, fin da ora, il disegno sommario della trama che sorregge questo libro; dalla intitolazione, infatti, lui potrebbe pensare che qui si voglia dare un generico contributo alla storia della letteratura civilistica italiana; ma non è così, e si impone un chiarimento sull'oggetto delle mie pagine, che è assolutamente specifico.

In breve, esse tentano di rispondere a una domanda basilare: i civilisti italiani — cultori cercatori *inventori* ⁽²⁾ della *ragion civile*, che è sicuramente più scritta nelle radici di una società che nelle volontà di supremi potentati umani — in che modo hanno vissuto e vivono il problema centrale per ogni ordine giuridico, quello della matrice del diritto, ossia delle sue *fonti* (secondo l'espressione consueta a noi giuristi)? E qual è stato (ed è) il loro atteggiamento nella teorizzazione e applicazione che ad essi compete quali *doctores*, giudici, avvocati, notai? È, pertanto, soltanto da questo specifico oggetto che si motivano

⁽¹⁾ Nel 1987 ritenni di dover essere io a informare i lettori della vicenda e ritenni di iniziare un breve testo di *Prefazione* con una specifica precisazione: « La pubblicazione in veste autonoma di questo libro abbisogna di qualche chiarimento », esplicitando il tutto nelle righe successive. Cfr. P. GROSSI, 'La Scienza del Diritto Privato'. *Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988 (Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 27), Prefazione, p. VII.

⁽²⁾ Con il significato che, negli ultimi anni, ho dato alle parole *inventore/invenzione* secondo il loro etimo latino. Cfr. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2017.

le scelte da me fatte entro la folta schiera dei civilisti, le presenze così come le assenze riscontrabili all'interno del libro. Mi auguro che, dalla complessiva lettura, emerga una appagante motivazione per il difficile compito che mi sono responsabilmente assunto.

I civilisti italiani dinnanzi al problema delle fonti del diritto civile! Può essere assai istruttivo, come si intende fare in questo libro, seguire il loro cammino nel tempo di forte transizione che trascorre dal 'moderno' al 'posmoderno' con mutamento rapido e mutazioni incisive, con possibili soluzioni diverse (spesso addirittura opposte), che vanno dall'*assolutismo giuridico* sette/ottocentesco (strettamente legalistico) al *pluralismo giuridico* sempre più netto negli anni di fine millennio e nel ventennio alle nostre spalle. Il contrappunto, che funge da sentiero orientativo per tutto l'itinerario, è fra due sostantivi, *monismo* e *pluralismo*, che il lettore troverà ripetuti e sottolineati in tante pagine (e, innanzi tutto, nella stessa intitolazione), che possono suonare oscuri e, quindi, sfuggenti, e che mi preme di precisare proprio per far chiarezza nel colloquio da instaurare con lui.

I due sostantivi rappresentano due scelte di fondo: l'uno, il *monismo giuridico*, fatto proprio dalla civiltà moderna nata dalla rivoluzione francese, consiste nella pretesa della assoluta monopolizzazione da parte dello Stato della intiera dimensione giuridica; il secondo, il *pluralismo giuridico*, emerso intensamente in quel secolo posmoderno che è il Novecento, consiste invece nella riscoperta del nesso inscindibile fra il diritto e la società, con la conseguenza che quello non può non rispecchiarla fedelmente nella sua complessità articolandosi in una pluralità di assetti ordinativi (fra i quali è prevalente lo Stato, però congiuntamente ad altre dimensioni del 'sociale'). Pertanto, da un lato, una solo apparente pluralità di fonti, che, essendo scandite in una rigida scala gerarchica, si risolvono nella fonte gerarchicamente superiore, e cioè nella legge quale espressione di una volontà sovrana; dall'altro lato, un concreto pluralismo, con un sempre maggior rilievo delle fonti giurisprudenziali (dottrina, giudici, notai) capaci di offrire alle mutazioni del tempo di transizione l'elasticità ignara alla legge ma necessaria a garantire coerenza fra forme giuridiche e sostanza sociale. Ecco, di fronte a questa bi-polarità ci interessa sorprendere l'atteggiamento dei civilisti, e saranno i più consapevoli, i più attenti, a meritare

attenzione. Monisti e pluralisti ci svelano, in tal modo, accanto alla loro sapienza tecnica, le loro percezioni etiche e sociali, le loro ideologie.

3. Spiegata al lettore la genesi e la trama di questo libro, credo opportuno un cenno al dedicatario segnato in esergo, Vincenzo Scalisi. Intelligente e colto civilista, allievo della scuola messinese (e, in particolare, di Angelo Falzea), egli ha recato in sé ben impresso il contrassegno tipizzante dei Maestri di quella scuola, Pugliatti e Falzea, e cioè che il lavoro del civilista non può (e non deve) esaurirsi in un sapere meramente tecnico e che quel sapere (pur necessario e provvido) deve avvivarsi in una più ampia e corroborante dimensione culturale. Io ebbi la buona ventura di conoscere Scalisi a Messina nel 1991, in occasione delle giornate di studio in omaggio a Falzea, alle quali partecipai come Relatore. Ne nacque un colloquio, sostenuto assai presto da un dialogo sempre più improntato a una sostanziosa sintonia culturale; e ne ebbi la misura quando, nel 2012, apparve il suo volume *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della post-modernità*; ne ebbi la definitiva conferma, quando, nel 2017, lui volle far conoscere ai civilisti su una prestigiosa Rivista le motivazioni profonde di quella sintonia⁽³⁾. Purtroppo, nel colmo della sua ricerca scientifica in palese crescita, quel dialogo sintonico è stato interrotto, nel 2018, da una morte improvvisa. A me resta ora solo la consolazione di dedicare all'amico compianto e rimpianto questo libro in cui anche di lui si discorre.

4. Scrivo questa 'Prefazione' nei giorni terminali del terribile anno 2020, ancora nel pieno di una pandemia che mi ha forzato (e mi forza) alla reclusione nella mia casa fiorentina, senza poter raggiungere il pensatoio di Citille in Chianti, dove ho quasi sempre — dal 1968 — riletto e definito le riflessioni più impegnative; e ho d'intorno una città momentaneamente quasi priva di vita, immersa in un desolante squallore. Sopravvive, fortunatamente, la perverace e salvante speranza che nel nuovo anno, fra qualche giorno, si possa

⁽³⁾ Cfr. V. SCALISI, *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, in « Rivista di diritto civile », 2017, 1.

tutti recuperare quella dimensione sociale, cui siamo vocati ma della quale siamo stati costretti a privarci (sia pure per inderogabili e anche benefici motivi sanitari).

Chiudo, esprimendo con schiettezza un vivissimo ringraziamento a Giovanni Cazzetta per la preziosa lettura di una prima redazione e per i suoi fruttuosi suggerimenti; a Paolo Cappellini per la immediata generosa disponibilità a pubblicare le mie pagine entro la collana libraria da lui diretta.

Firenze, Fine d'anno 2020

I.
IL DIRITTO CIVILE PREMODERNO
E LE SUE RADICI CONSUETUDINARIE

Per tutto il millennio medievale (e fino agli èsiti finali dell'*ancien régime* con la drastica frattura della rivoluzione francese) il diritto civile, quale complesso dei rapporti privati fra privati, era rimasto affidato all'officina fattuale delle consuetudini, trovando una necessaria intelaiatura teorica e tecnica grazie all'indispensabile sussidio dei giuristi, di coloro che sanno di diritto, maestri di scienza, giudici, notai, soprattutto i primi costruttori di uno *ius commune* a proiezione spiccatamente universale ⁽¹⁾. Anche in quel fecondo laboratorio della modernità giuridica, che è il Regno di Francia durante il lungo itinerario da Filippo il Bello (primi del Trecento) a Luigi XVI (entro il quale i Sovrani prendono sempre più coscienza della loro funzione di legislatori ⁽²⁾), mentre, nella seconda metà del Seicento, si legifera in modo organico nel campo della procedura civile e

⁽¹⁾ Per tutto il secondo medioevo, dal secolo XII fino al XV, si sviluppa in tutta l'Europa occidentale una fioritura scientifica, formata soprattutto da uomini di scienza docenti nelle numerose Università, tendente a dare vita a un vero *ius commune* sovraordinato al particolarismo dei vari organismi politici, una tessitura di *invenzioni* scientifiche costruite sulla base dell'antico diritto romano e del nuovo diritto canonico e idonee a ordinare la — per tanti versi novissima — società agraria e mercantile. Mi permetto di rinviare il lettore a una mia sintesi di parecchi anni fa: *L'ordine giuridico medievale*, Roma/Bari, Laterza, 1995 (ultima ed. 2020), soprattutto p. 144 ss.

⁽²⁾ Dai primi del Trecento in poi, a cominciare dal Re di Francia, il Sovrano non si identifica più nel gran giustiziere del suo popolo, nel *custos iusti*, ma nel facitore del diritto per il tramite delle sue *Ordonnances*. Il segno del nuovo Principe moderno è di essere innanzi tutto *legislatore* (cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2007 (ultima ed. 2018), p. 74 ss.).

penale, del diritto commerciale e della navigazione marittima ⁽³⁾, si continua a lasciare intatto il patrimonio consuetudinario, giudiziale e dottrinale del diritto civile, con alcuni esigui interventi quasi alle soglie della Rivoluzione ⁽⁴⁾.

È, invece, con quest'ultimo straordinario evento — francese, ma mondiale per i suoi incisivi influssi — che si ha, come si accennava all'inizio, una poderosa frattura con il passato.

⁽³⁾ Con i seguenti atti legislativi: la *Ordonnance civile* del 1667, la *Ordonnance criminelle* del 1670, la *Ordonnance du commerce* del 1673, la *Ordonnance de la marine* del 1681 (cfr. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 120 ss.).

⁽⁴⁾ Soltanto nella prima metà del Settecento, per iniziativa del cancelliere Henry François D'Aguesseau, giurista lungimirante e politico innovatore, si avranno tre isolati interventi legislativi in tema di donazioni (1731), di testamenti (1735), di fedecommissi (1741), ma faranno spicco in mezzo al generale silenzio del Sovrano come legislatore.

II.

UN'ANTINOMIA BASILARE DELLA MODERNITÀ GIURIDICA

(fondazioni 'giusnaturalistiche' del positivismo giuridico moderno)

Quindi, il diritto civile, inteso come la disciplina più *privata* delle manifestazioni giuridiche del privato cittadino, è, *pluralisticamente*, secondo una tradizione immemorabile, in assoluta prevalenza *extra-statuale*.

Tra Sei/Settecento, però, venne a incidere in modo determinante una precisa scelta di fondo della cultura giuridica e della politica del diritto nell'Europa continentale. L'illuminismo giuridico, nel suo tentativo di sottrarre una dimensione basilare della società alla realtà confusa fattuale particolaristica delle consuetudini, nonché al particolarismo delle opinioni di dottori e di giudici, volle identificarne il fulcro essenziale nei principii e regole scritti nella natura delle cose. Il cosiddetto giusnaturalismo sei-settecentesco, premessa basilare del rivolgimento illuministico, si fondava su regole leggibili nel gran libro della natura, che avevano il pregio indubbio di essere universali ed eterne (per quanto è eterno il mondo), e sicuramente risalenti a un preteso 'stato di natura' precedente alla nascita di ogni agglomerato sociale e politico.

Queste visioni settecentesche esprimevano bene, pur nel loro contenuto di miraggi irreali, il fine di quel ceto borghese che stava conquistando sempre maggiori spazii e che, nel 1789, innesca il fuoco liberante della Rivoluzione: porre a fondamento del costruendo edificio nazionale l'individuo singolo quale creatura pre-sociale; imporlo come creatura meta-storica, cioè non inquinata dalle troppo spesso soffocanti sedimentazioni socio-politiche del cammino storico; pertanto, non un uomo in carne ed ossa ma un modello astratto, titolare di diritti intangibili da parte degli esercenti il potere, primo fra essi la proprietà privata individuale, che, nelle

affermazioni giusnaturalistiche, malgrado l'impostazione puramente immanentistica, non si èsita a qualificare *sacra e inviolabile* (com'è sonoramente scritto nell'articolo 17 della 'Déclaration' con cui si apre nell'89 la rivoluzione francese). Contava assai poco che il magnificato 'stato di natura' originario non fosse mai esistito; la favola valeva, anzi, per disegnare con tinte seducenti un paradiso terrestre, di cui la civiltà borghese si pretendeva diretta prosecutrice e realizzatrice.

Il risultato non era di poco peso: il soggetto — pre-sociale, pre-politico, pre-storico — si proponeva come soggetto as-tratto dalla miseria delle vicende storiche e pertanto quasi un'isola perfettamente conchiusa in sé ed assolutamente intangibile. La astrattezza sua e, conseguentemente, dei suoi diritti (primo: la proprietà) lo poneva al riparo dalla fattualità di cui la storia è gremita, permettendo che si potesse parlare a scialo durante tutta la rivoluzione di *égalité*, ma astrattamente e senza intaccare la presenza fattuale di ricchi e di poveri, di proprietari e di nullatenenti, di imprenditori dispotici e di lavoratori soggiogati. La astrattezza non poteva che giovare al dominante cetto borghese; l'astrattezza non poteva che rientrare tra i suoi strumenti strategici e pórsi, anzi, come primario.

Da questo, che ho chiamato con persuasione il vizio giusnaturalistico del diritto civile moderno sul continente ⁽¹⁾, scaturisce un'altra conseguenza di notevole rilievo. L'essenza del diritto civile è scritta nella *rerum natura*, il diritto civile è null'altro che *ratio scripta*. Bene! Ma chi è chiamato a identificarlo, leggerlo, registrarlo? Nel medioevo era il compito esclusivo della Chiesa Cattolica, esecrata però nella modernità, collocata nel più oscuro cantuccio della storia e condannata a una completa impotenza. È qui che si innesta, entro le visioni illuministiche, quella che mi è sempre apparsa come la più pesante *antinomia* della modernità giuridica. Il complesso delle regole naturali avrà nel Principe assoluto del secolo XVIII il suo esclusivo lettore e registratore, mettendo questo sistema di principii (affermati come pre-statali, astratti ed eterni) completamente nelle mani dello Stato e del supremo potere statale (!). Si

(1) Cfr. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, dove il primo capitolo ha questa intitolazione: *Il vizio giusnaturalistico della civilistica italiana*.

aggiunga una conseguenza di enorme rilievo: le pretese fondazioni giusnaturalistiche avrebbero dato una legittimazione indiscutibile a ogni diritto positivo concretamente forgiato nell'ambito dei singoli Stati ⁽²⁾.

⁽²⁾ Ne ho disesamente trattato in: *L'Europa del diritto*, cit., p. 72 ss.

III.
IL 'CODICE CIVILE'
E IL RIDUZIONISMO MONISTICO MODERNO

Il modello di questo Principe si incarna di lì a poco nel despota Napoleone, il codificatore, colui che — per primo — nel 1804 ridurrà la complessità degli istituti di diritto civile in un 'Codice Civile'. E inizia un nuovo cammino, orientato da due punti focali delle acquisizioni illuministiche: il diritto civile dovrà essere costituito dallo studio dei rapporti astratti di un soggetto astratto, il tutto misurato su un modello e non su un uomo in carne ed ossa; nel contempo, dovrà essere statualizzato, legalizzato, codificato ⁽¹⁾.

Abbiamo, sul continente, un impoverirsi della dimensione scientifica, autentica costruttrice nel pluralismo giuridico del vecchio *ius commune*. Ciò per il realizzarsi di una combinazione sconcertante, che merita di essere qui ribadita: il rarefatto clima culturale giusnaturalistico portava al disegno di un diritto civile come scienza pura, intessuta com'era di principi meta-storici e fondata su un soggetto/individuo assolutamente unitario perché astratto; il tutto, però, inchiodato nella concretizzazione legislativa voluta e attuata dal potere in un ben determinato territorio, ossia in un Codice. Ed è, infatti, proprio nel primo e principale esperimento francese del *Code Civil* che si hanno le linee di una sistemazione generale della proprietà e del contratto, gli istituti per eccellenza basilari di una civiltà borghese. Aggiungiamo che a questa scelta, indubbiamente anchilosante, un forte sussidio tecnico darà soprattutto nel corso dell'Ottocento l'antico diritto romano così come rivissuto — in una chiave essenzialmente dogmatica — dalla Pandettistica tedesca.

⁽¹⁾ Una ampia (ma anche dettagliata) visione d'insieme è offerta dal disegno tracciato in: G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna, il Mulino, 2018.

Come ho scritto tante altre volte, si tratta di pinnacoli gotici svettanti al di sopra di una specifica fondazione legislativa statale (2).

La congiunzione antinomica 'giusnaturalismo/positivismo giuridico' d'òmina quasi tutto il secolo XIX nell'Europa continentale, con l'eccezione della coinè tedesca dove una codificazione entrerà in vigore soltanto con lo scoccare del Novecento (3); e d'òmina in Italia il 'Codice Civile' quale presenza forte, dapprima con la traduzione nella lingua nostra (nel 1806, per il Regno fantoccio d'Italia) del *Code* francese, indi con quello del Regno unitario, nel 1865, autonomo sì ma modellato ugualmente sull'archetipo napoleonico.

Il 'Codice', questa fonte *novissima* per le realtà statuali profondamente rinnovate dal lavacro del grande evento rivoluzionario (4), signoreggia con la sua ombra maestosa tutto il secolo, trasformandosi — agli occhi dei giuristi e dei semplici cittadini — nell'insuperato prodotto di una civiltà che aveva raggiunto con esso la propria perfezione, e distanziandosi in tal modo da ogni realizzazione del passato prossimo e remoto. È una coscienza largamente diffusa, che si risolve in un greve e fiaccante processo di mitizzazione. Il diritto civile si immedesima nel 'Codice Civile', e i giusciviliisti si gloriano di identificare in esso l'oggetto del proprio studio e insegnamento; nel Codice era previsto tutto quanto abbisognava al docente per dare al discente una congrua formazione; e ci si glorì di ridurre il proprio

(2) A questa antinomia è dedicato il secondo capitolo del libretto citato nella nota 1, cap. II: *Radici giusnaturalistiche, codificazione, esercizi esecutivi*.

(3) È doveroso un cenno alla peculiare situazione del diritto civile nel Regno di Spagna, dove si hanno, nel corso dell'Ottocento, parecchi tentativi senza successo e dove — per avere un Codice — occorre attendere il 1889. Questo Codice, che si ispira, sia al modello francese, sia a quello italiano del 1865, non è però un Codice esclusivo; anzi, pur ponendosi come diritto comune del Regno, ha carattere suppletivo rispetto ai 'derechos civiles forales', ossia a tradizioni giuridiche di origine consuetudinaria, radicatissime in alcuni 'paesi' della Spagna e costituenti una peculiarità di quei paesi intangibile da parte del potere centrale.

(4) Sulla novità del Codice Civile rispetto al tradizionale assetto delle fonti civilistiche sino alla fine dell'antico regime, cfr. P. GROSSI, 'Code Civil': una fonte *novissima per la nuova civiltà giuridica*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 35 (2006), nonché in *Il bicentenario del Codice napoleonico* — Atti dei Convegni Lincei, 221 (Convegno di Roma, 20 dicembre 2004), Roma, Bardi, 2006 (trad. spagnola in: *De la codificación a la globalización del derecho*, a cura di R. García Pérez, Navarra, Aranzadi, 2010).

sapere a una *esesesi* minuta delle volontà espresse dal legislatore, per esempio in 2147 articoli, tanti erano quelli che componevano il primo Codice Civile del Regno unitario d'Italia.

Non si poteva oltrepassare il terreno angusto precisato con nettezza dall'ombra della legge. Erano proibite al civilista intuizione, fantasia e la stessa osservazione attenta di quei fatti che la luce avvampante dell'esperienza quotidiana evidenziava vitalissimi al di fuori delle sàgome segnate dalla indiscutibile volontà del legislatore; e ciò, anche se quella volontà restava lontana, senza contatti con lo spontaneo svilupparsi e trasformarsi del divenire sociale.

Il costo fu un generale appiattimento, e la grande *coralità*, che il diritto aveva dimostrato nelle civiltà romana e medievale, si ridusse al semplicismo di una *monodia* incapace di esprimere una realtà intrinsecamente complessa. Imperava una visione rigidamente *monistica* efficacemente preservata dall'invalidabile muraglione eretto tra forme e norme giuridiche e il magma socio/economico. E fu *monismo* sotto due prevalenti aspetti: con il pretesto di raggiungere un grado assoluto di purezza, si reclamò un compiuto isolamento da valori e fatti proponendo a insegna programmatica la *Isolierung* conclamata dai Pandettisti tedeschi come l'atteggiamento più virtuoso per il civilista ⁽⁵⁾, ma si costrinse troppo spesso il diritto civile nelle secche di un formalismo senza radici nelle forze storiche di una civiltà; sotto l'usbergo di una visione mitizzatrice della legge (l'unica fonte capace di rappresentare la volontà generale e realizzare il bene comune ⁽⁶⁾), si cancellò il pluralismo delle fonti di diritto e si costruì un ordine giuridico consegnato nelle mani di un solo produttore (lo Stato) e reso manifesto alla comunità dalla sua sola volontà (la legge). Era la serrata illuministico/giacobina di fine Settecento, arroccandosi definitivamente il diritto (anche, e soprattutto, il diritto civile) nei palazzi alti del potere politico.

⁽⁵⁾ Guida indispensabile resta il massiccio, documentatissimo affresco offerto, in due tomi, da P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, soprattutto nel secondo, il cui contenuto è precisato dal sotto-titolo: *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1985.

⁽⁶⁾ La mitizzazione della legge è, forse, l'espedito mitologico più rilevante all'interno della strategia illuministica, che, consapevole del vuoto rappresentato dalla esautorazione dei vecchi supporti sacrali, tende a porre le basi del nuovo ordine socio-politico al di sopra di ogni erosiva discussione. Un'ampia documentazione in: P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007 (terza ed. ampliata).

IV.

IL RIDUZIONISMO GIURIDICO MODERNO ALLE PRESE CON LE TRASFORMAZIONI ECONOMICHE E SOCIALI DEL SECOLO XIX

La conseguenza inevitabile fu, come si accennava prima, un impoverimento e impigrimento del civilista, soddisfatto — ohimè! — di essere chiamato a esercizi di natura logico-deduttiva entro i confini invalicabili del disciplinamento voluto dal legislatore. Gravissima anche la conseguenza cui abbiamo accennato: quel complesso ordinante (che chiamiamo diritto civile), immobilizzato — in Francia nel 1804, in Italia nel 1865 — entro la trama fissa di un testo cartaceo, si trovava — col passare del tempo — in una separazione sempre più rischiosa dal contesto sociale economico culturale.

I nodi al pèttine vengono, infatti, alla fine dell'Ottocento, che è sì un secolo intensamente percorso da entusiasmi codificatorii, ma che è solcato anche da penetranti trasformazioni economiche e sociali. Si irrobustisce la dimensione industriale e, nell'ambito di quelle complesse organizzazioni che sono le grandi fabbriche, si ispessisce nella quotidiana familiarità di massa una coscienza nuova generante aperte rivendicazioni insieme alla ferma fiducia di poterle realizzare solo attraverso collettività attive di tutela; senza contare che, con il predominio della macchina sul singolo lavoratore si infittiscono i problemi inerenti agli incidenti sul lavoro. Muta, e di parecchio, l'assetto economico/sociale, ovviamente ignoto a quel *Code* di inizio secolo immerso placidamente in una visione statica che non ha riscontri con le esigenze nuove di ottanta anni dopo. Le sordità economiche — che, negli anni Trenta, già rimproverava Pellegrino Rossi al *Code Civil* (troppo 'agrario', troppo poggiate

sulla ricchezza fondiaria) ⁽¹⁾ — sono poca cosa di fronte alle novità profonde degli ultimi due decenni del secolo, che avevano cancellato molte vecchie rughe e avevano disegnato un volto assai diverso in tutta l'Europa occidentale sul continente.

Può essere istruttivo scendere a esaminare la situazione dell'ordine giuridico in Francia e in Italia dove il legalismo codicistico ha più allignato, e dove assistiamo, in presenza degli accennati rivolgimenti di fine secolo, a tentativi di incrinare la compattezza monistica disegnando una diversificazione nel progressivo svolgersi della dimensione giuridica. Proprio per l'incidenza che essa ha sul divenire del diritto civile, converrà una sosta che non sarà infruttuosa.

⁽¹⁾ Il riferimento è alla celebre conferenza tenuta presso la 'Académie de Sciences Morales' di Parigi dall'economista e giurista Pellegrino Rossi e avente a tema: *Observations sur le droit civil français dans ses rapports avec l'état économique de la société*, ora in *Mélanges d'économie politique et de philosophie*, Paris, 1867.

V.

LA CIVILISTICA FRANCESE E L'ACCRESCERSI, A FINE OTTOCENTO, DEGLI SGUARDI *EXTRA CODICEM*

E cominciamo con uno sguardo alla Francia, dove la prima codificazione civile era nata e dove si stava radicando quella *codicolaria* ancora oggi saldissima. Anche qui le incrinature, a fine secolo, ci sono, con delle tipicità — però — che mette conto di segnalare, se non altro per meglio apprezzare la diversità della situazione italiana.

La dottrina ufficiale continua ad essere impegnata nella redazione di 'Commentarii' al Codice, pagine e pagine spesso nitide nel loro lavoro esegetico, ma sempre più lontane da quel magma socio/economico sempre più ribollente. Ci fu, però, anche chi tentò di corrispondere alle emergenti esigenze, e non furono i politici; furono, bensì, dei giuristi col dare vita a quella stratificazione cui si accennava nel testo.

I giudici, innanzi tutto, in stretto contatto col divenire dell'esperienza e chiamati a problemi nuovi bisognosi di nuovi disciplinamenti giuridici. Fra essi spiccavano particolarmente i magistrati del 'Consiglio di Stato', che facevano i conti con un arcipelago sparso di leggi speciali e non con un apparato codicistico con pretese di esclusività; ma non mancò l'apporto di giudici ordinarii, con un lavoro silenzioso, senza rischiosi sfoggi creativi, utilizzando abilmente le lacune ma anche i genericismi e le ambiguità frequenti entro il sistema del Codice. Nessun eroismo *contra legem*, ma il raggiungimento di soluzioni nuove (e necessarie) sotto la falsa copertura di semplici esercizi esegetici. La dimostrazione clamorosa si avrà quando, nel 1904, in occasione del primo centenario, in mezzo al coro di voci encomiastiche, si poté udire da parte di Raymond Saleilles, un civilista grande ma acerbamente stonato entro la coine di *laudatores*, e soprattutto dal più autorevole magistrato di

Francia, il Primo Presidente della Corte di Cassazione, Alexis Ballot Beaurpré, una sottolineatura sconcertante: che il principale pregio dell'osannato *Code Civil* stava precisamente nelle sue astrattezze e genericità, nelle sue vaghezze ed equivocità, che avevano permesso a giudici, osservatori attenti della realtà socio-economica e consapevoli della responsabilità gravante sulle loro spalle, di corrispondere alle esigenze del 'nuovo' inserendolo non *contra legem*, bensì *extra legem*.

È doveroso aggiungere una constatazione di grosso rilievo culturale, che pone in maggiore evidenza il formarsi anche in Francia dei due strati sopra accennati. Se, in genere la dottrina civilistica non si solleva (né intende sollevarsi) al di sopra del modesto cabotaggio dell'esegesi, nelle giovani leve, nei due decenni che vanno dal 1890 (circa) al 1910, è tutto un brulicare vivace di questioni nuove e indilazionabili e, particolarmente, di soluzioni nuove collocate con coraggio *extra Codicem* e testimoniate a noi da quella straordinaria officina rappresentata dalle 'Tesi di dottorato'. È, infatti, lì, in quella palestra di giovani, che si affrontano i temi/problemi del futuro, e i più spinosi perché spesso in aperta violazione di decrepite impostazioni dogmatiche risalenti al diritto romano e ricevute passivamente dal Codice. Ne menzioniamo qui almeno tre: l'*abuso del diritto*, la *cessione dei debiti*, una nuova visione della *responsabilità civile*. Ha diritto di menzione specifica una Tesi del 1897 dedicata a esaltare *Le pouvoir prétorien de la jurisprudence en droit français*.

Riaffiora in Francia, nel fertile terreno storico fra i due secoli, quella distinzione fra *legge* e *diritto*, che l'intransigente monismo legalistico post-rivoluzionario aveva drasticamente cancellato; ed è la distinzione che funge quasi da grido di battaglia per i due civilisti maggiormente persuasi della urgenza di innovazioni e impegnati nel disegnarle, Raymond Saleilles e François Géný ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Su Géný è stata operata una vasta riflessione collettiva nel volume 20 (1991) dei «Quaderni fiorentini» dedicato al grande civilista francese. Su Saleilles, cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in «Rivista di diritto civile», XXXIV (1993), ora anche in Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, nonché M. SABBIONETTI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles*, Milano, Giuffrè, 2010.

VI.

LA CIVILISTICA NEOTERICA ITALIANA DI FINE OTTOCENTO E LA RISCOPERTA DELLA COMPLESSITÀ DEL DIRITTO

In Italia, è negli anni Ottanta del secolo XIX che, tra i civilisti più giovani (quelli che io, altra volta ⁽¹⁾, ho chiamato *neoterici*) si profilano istanze nuove e nuove bussole metodologiche per puntuali conquiste fecondative di un'aridità culturale generalmente diffusa e assolutamente mal sopportata dai giuristi più intraprendenti. I quali trovano agganci preziosi in quelle correnti di pensiero, vitali soprattutto di là delle Alpi, raggruppabili sotto l'insegna programmatica di 'positivismo filosofico': una filosofia, improntata a convinzioni materialistiche condite di evolucionismo, in perenne orecchiamento delle innovazioni conseguite nelle scienze mediche e naturali e in una posizione ancillare rispetto ad esse. Ci troviamo di fronte non una scuola, ma piuttosto precise risposte a precise insoddisfazioni: insofferenza per le tante metafisicherie senza radici, per il culto di un sapere astratto troppe volte nuvolesco, per un formalismo soffocante, per un soggettivismo esasperato ridondante sul piano economico e sociale in un arrogante individualismo. Era un coacervo non armonico di percezioni, che si aggrappava disperato ai bilanci sicuri dei 'naturalisti', nell'ansia di poter dare una maggior certezza alle scienze 'moralì'. È un panorama assai confuso sotto il profilo speculativo, dove le guide si incarnano in Comte, in Darwin, in Spencer; nulla più che un annaspere alla ricerca di appigli, ma è quanto basta per offrire ai novatori qualche chiave, per aprire

⁽¹⁾ Cfr. GROSSI, *La Scienza del Diritto Privato*, cit., dove il primo paragrafo del primo capitolo della 'Parte Prima' è intitolato *Percezioni e ribellioni della civilistica neoterica*.

qualche porta e ossigenare l'aria asfittica della scienza civilistica italiana.

L'emulazione delle scienze della natura, anche se immedesimata in una prona ancillarità, divenne assai fertile almeno per una acquisizione: quelle scienze, infatti, portavano sul desco dei civilisti la scoperta determinante della complessità degli organismi naturali. Vennero a rappresentare un modello e un invito a percorrere lo stesso cammino sul piano del diritto. Fu un'emulazione condita ben spesso da entusiasmi culturalmente incontrollati e da ottimistiche ingenuità (è il momento del ballo *Excelsior!*), ma è doveroso riconoscere che si trattò di un atteggiamento benefico per la rinnovazione scientifica del civilista italiano. Si mutua financo il linguaggio di fisiologi e di patologi, che, nei loro laboratori e grazie a nuove strumentazioni tecniche, hanno disvelato la complessità di quella unità apparentemente semplice che è il corpo umano, e si contribuisce con queste pur azzardate trasposizioni all'*allargarsi* del paesaggio giuridico di fronte a lui.

Il civilista non doveva ridursi al « pantano di una esegesi grezzamente servile », come afferma l'alfiere della nuova truppa d'assalto, il giovanissimo civilista siciliano Enrico Cimbali (1855-1887) in un suo breviario giuridico del 1884 ⁽²⁾, bensì misurarsi con una realtà ben più complessa. È, infatti, nella riscoperta *complessità* dell'universo giuridico che si riesce a dare cittadinanza — accanto all'«individuale» — al 'sociale' e al 'collettivo' e a percepire le sue ricche nervature plurali. Insomma, il dogmatismo monistico si allentava nel suo rigore e cedeva a un modesto ma prezioso pluralismo: sul piano del paesaggio socio-politico, non più soltanto il binomio 'Stato/individuo abbiente'; sul piano giuridico, non più soltanto il trinomio (però sostanzialmente monistico) 'Stato, Legge, Codice', ma, accanto all'individuo, il folto stuolo delle *combinazioni sociali* (come le chiama Cimbali ⁽³⁾). Infine,

⁽²⁾ E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, ora in *Id.*, *Opere complete*, I, Torino, Utet, 1895, p. 5.

⁽³⁾ *Ivi*, p. 11: « l'individuo umano astratto, considerato fin oggi come il solo ente reale della vita » sarà presto sostituito da un personaggio ben immerso in tante *combinazioni sociali*; « queste combinazioni quotidiane, nelle quali l'individualità umana entra come semplice atomo, come molecola elementare con disposizione perenne ad

non più una modellistica astratta ma l'uomo in carne ed ossa come quello oggetto dei microscopii degli scienziati naturalisti; e non più lo stato di natura, favoleggiamento metastorico dove tutti sono formalmente uguali, ma una società storica dove le disuguaglianze di fatto mostrano un mondo concreto popolato anche (e, forse, soprattutto) di sfruttatori e di sfruttati (4).

Non bastano più, quali legittimanti fondazioni culturali, le suadenti guglie gotiche del remoto diritto romano, affinatissime dalle estenuanti esercitazioni teoretiche dei Pandettisti postsavigniani, ma si vuole e si deve attingere altrove. E la scienza giuridica, in questa svolta di fine Ottocento, non può che ingigantirsi, ponendosi quale unica mediatrice (assai più della giurisprudenza pratica) tra diritto e meta-diritto, assurgendo ad essere *interpretazione* e riappropriandosi del ruolo che aveva — ieri — nello *ius commune* ante-rivoluzionario. E si fa avanti un processo culturale, che è *affrancatorio* perché sostanziosamente *demitizzatorio*.

La legge — fino a ieri rigida nella sua struttura ferrea — in qualche modo si elasticizza, perché la sua promulgazione non chiude definitivamente, com'è nella vulgata illuministico-giacobina, il procedimento normativo; anzi, si parla espressamente di « una evoluzione progressiva della legge » ed ha rilevanza massima « l'ufficio dell'interprete, che è lo strumento e il ministro della sua vita e della sua azione in continuo divenire » (5).

unirsi con altri atomi ed altre molecole ugualmente elementari per formare i tessuti e gli organi del corpo sociale ». Si noti, in queste frasi di Cimbali, l'uso ostentato e disinvolto di un lessico che i giuristi neoterici prendono interamente a prestito dalle pagine dei 'naturalisti' (atomi, molecole, tessuti, organi).

(4) È una delle 'verità' forti affermate dai civilisti neoterici. Esempio la 'Prolusione' tenuta a Napoli nel 1891 da Emanuele Gianturco (1857-1907), intitolata sonoramente *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, dove, in una visione schiettamente solidaristica, si insegna (forse: si vuole urlare) che « è un'amara irrisione parlare di libertà del volere e di uguaglianza di diritto a chi muore di fame nei campi e nelle strade » (ora in *Opere giuridiche*, Roma, Libreria dello Stato, 1947, vol. II, p. 262, ora anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, ESI, 2012, I, (1873-1899), p. 582). Sul cosiddetto 'socialismo giuridico', incarnantesi però in un assai variegato solidarismo, possono essere utili i due volumi monografici dei « Quaderni fiorentini », 3/4 (1973/74) dedicati a *Il socialismo giuridico. Ipotesi e letture*.

(5) E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, ora in ID., *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, Lanciano, Carabba, 1889, p. 32, ora anche nella raccolta:

Ma, in quei fertili anni Ottanta, Cimbali non è solo, anche se non in numerosa compagnia. Nell'87 Carlo Francesco Gabba (1857-1920), nella sua 'Prolusione' al corso di 'Diritto civile' nell'Ateneo di Pisa, la prima che lui pronuncia come civilista dopo avere insegnato per ben venticinque anni la 'Filosofia del diritto', non ha titubanze nel proferire una acre e serrata requisitoria contro il Codice e contro l'idea stessa del *codificare*. La codificazione, a-scientifica quando non anti-scientifica (6), si risolve in un « sistema imperfetto assai e necessariamente imperfetto » (7), legandosi i Codici ai periodi « di decadenza, di isterilimento del gius civile » (8). È, pertanto, solo grazie alla interpretazione dell'uomo di scienza che il sistema legislativo ha la possibilità di trasformarsi in « un sistema che risponda in pari tempo alla realtà delle cose e alla ragione » (9).

Significativo è il 'Discorso inaugurale' che, a fine 1889, quasi chiudendo e compiendo un decennio folto di proposte innovative, un civilista neppure trentenne, Vincenzo Simoncelli (1860-1917), tiene all'Università di Camerino, intitolandolo senza mezzi termini *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile* e portando l'operazione de-strutturante alle estreme conseguenze: l'espressione legislativa « può e deve modificarsi in avvenire, adattandosi alle condizioni sociali e al sentimento comune; tra due interpretazioni deve esser preferita quella che ha dalla sua il consenso presente di quella stessa coscienza sociale donde emerse la legge » (10). È qui notevole il riferimento al 'consenso presente di quella stessa coscienza sociale donde emerse la legge', una affermazione che sposta completamente

Le prolusioni dei civilisti, cit., I, (1873-1899), pp. 156-157. Si tratta del primo sonoro messaggio, che il giovane civilista siciliano, appena ventiseienne, lanciò nel 1881 approfittando della 'Prolusione' a un corso libero presso la Sapienza di Roma.

(6) *Prolusione al corso di diritto civile. Anno scolastico 1887-88*, in « Archivio Giuridico », XXXIX (1887): « le grandi codificazioni civili non sono mai state né intraprese, né raccomandate dagli uomini della scienza » (p. 533) e « non furono affatto suggerite e ispirate da ragioni scientifiche » (p. 535). Il testo di Gabba può rinvenirsi ora anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., I, (1873-1899), p. 365.

(7) Ivi, p. 536 (*Prolusioni*, p. 368).

(8) Ivi, p. 532 (*Prolusioni*, p. 364).

(9) Ivi, p. 536 (*Prolusioni*, p. 368).

(10) *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, ora in *Scritti giuridici*, I, Roma, Foro Italiano, 1938, p. 431, ora anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., I, (1873-1899), p. 503.

l'attenzione dal testo normativo, divenuto pressoché vuoto, al contesto socio-economico che la legge è chiamata a disciplinare.

Il fine è, ormai, palesamente de-strutturante, con una legge a formazione progressiva, una formazione che trova nell'interprete il vero protagonista. E ha ragione un civilista, pur alieno dagli eccessi dei neoterici, quando, commemorando più tardi Emanuele Gianturco prematuramente scomparso, riconosce ai giovani novatori il merito di « tirar fuori il diritto civile dalla morta gora dell'esegesi » ⁽¹¹⁾. Malgrado il loro troppo variegato e anche confuso bagaglio culturale avevano raggiunto un risultato liberatorio.

⁽¹¹⁾ V. POLACCO, *In memoria di Emanuele Gianturco* (1907), ora in ID., *Opere minori*, parte II, I, Modena, Università, 1919, p. 62.

VII.

IL PLURALISMO CULTURALE DI UN SINGOLARE CIVILISTA: GIACOMO VENEZIAN

Di grosso significato, sia culturale, sia tecnico-giuridico, è, nel 1887, la 'Prolusione' camerte di Giacomo Venezian (1861-1915), che ha un oggetto assolutamente inconsueto nell'Italia umbertina ancora tutta presa dalla dimensione etica (e, quindi, provvidenziale per l'ordine socio-politico) della proprietà privata individuale; inconsueto ma soprattutto 'pernicioso' per una comunità bene ordinata e, dunque, da condannare o, almeno, da rimuovere: *Reliquie della proprietà collettiva in Italia*. Qui i numerosi assetti fondiari collettivi, ancora presenti nella penisola malgrado i costanti tentativi di *liquidazione* del legislatore borghese, sono considerati, infatti, come i resti di una continua e riprovevole aggressione da parte del potere statale e dei latifondisti privati, rapacemente demolitiva di veri e propri domini collettivi originari (1); e si capovolgeva una pseudo-verità storica generalmente e ufficialmente accettata. Era, per giunta, una visione non più unitaria che si affacciava sul palcoscenico della scienza giuridica italiana ed era, anzitutto, il tentativo di insidiare il predominante individualismo proprietario articolando l'universo dell'appartenenza in un (per la dogmatica borghese) rischiosissimo dualismo. Nella ricostruzione di Venezian si sottolineava che la storia aveva nutrito *ab immemorabili*, accanto alla dimensione 'individuale', anche una 'collettiva' della proprietà, e questo suonava una respingibile demitizzazione per la assoluta maggioranza dei civilisti (peggio: la profanazione di uno spazio che la comune coscienza del vittorioso ceto borghese aveva ritenuto

(1) Ora in *Opere giuridiche*, Roma, Athenaeum, 1930, vol. II, ora anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., I, (1873-1899).

sacro). Si storicizzava (e relativizzava) un *assoluto*, si infrangeva un idolo venerabile (2).

Venezian, fra i civilisti neoterici italiani, è il più coraggioso, perché è quello che ha tentato più volte — ma in mezzo a silenzi ostili — di immettere nel chiuso alveo dello *ius civile* un respiro fecondamente pluralistico. Proprio a metà degli anni Ottanta e prima della ‘Prolusione’ camerte, egli provò a rompere la pietrosa ma semplicistica costruzione codiciale moderna della responsabilità civile, disegnano un istituto sottratto a ipoteche romanistiche (che lui chiamava ‘mummificazioni’ (3)) e agganciato, invece, a due vene autonome per origine e per scorrimento: una revisione che, partendo dall’oggetto, legava il problema del risarcimento al solo rapporto di causalità, sciogliendo la responsabilità sociale da ogni responsabilità morale e inserendo il danno extracontrattuale tra le reazioni che turbano l’ordine sociale, liberandolo così dal nesso esclusivo con la ‘colpabilità’ morale. A questo egli poteva giungere grazie alla sua preparazione, davvero doppiamente peculiare per un civilista italiano: in primo luogo, perché, avulso com’era dalla tradizione devotamente osservata dai maestri accademici bolognesi di diritto privato (primo, l’opaco Oreste Regnoli), trasponeva senza inibizioni nel campo della scienza civilistica continentali principi e canoni metodologici della penalistica ‘scuola positiva’ e del suo vero mentore culturale in Bologna, Enrico Ferri; in secondo luogo, per l’uso disinvolto di quella nozione di *torto*, come era espressa dalla tradizione aliena del *common law* (da lui studiata e apprezzata, ma allora ignorata dalla giuristica italiana (4)). Identico messaggio lo ripeterà, in sostanza, nella ‘Prolusione’ bolognese del 1900 su *La tutela dell’aspettativa*, dove è notevole il suo riferimento di fondazioni culturali non già nel — per lui lögoro — filone romanistico ormai popolato di figure astratte ed a-storiche, bensì — questa volta — in quello germanistico, più libero da formalismi e astrattezze e più attento al reale gioco delle forze sociali con una grossa considera-

(2) Ho recentemente sottolineato il rilievo culturale della ‘Prolusione’ di Venezian: P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive*, Macerata, Quodlibet, 2019, pp. 51-52.

(3) *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. I, p. 1.

(4) Resta fondamentale lo scavo di G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991.

zione dell'*apparenza*, dell'*esercizio*, dell'*effettività* ⁽⁵⁾, quelle che lui chiama « le forze reali cospiranti al movimento della società » ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Singolare l'utilizzo che lui fa di una nozione tutta germanica, la *Gewere*, per il suo significato di tutela di forze effettivamente presenti nel contesto socio-economico (*La tutela dell'aspettativa*, ora in *Opere giuridiche*, cit., II, p. 170, e ora anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., II (1900-1935), p. 1049 ss.). Si tratta, infatti, come si accenna nel testo, della 'Prolusione' al corso di 'diritto civile' tenuta il 7 marzo 1900 nella Università di Bologna. In questo lo seguirà pienamente il suo allievo diretto a Bologna, Enrico Finzi, nella cui monografia 'Il possesso dei diritti' (1915) una delle colonne portanti (se non la prevalente) è proprio la nozione germanica e germanistica di *Gewere* (su Finzi, si veda più oltre a p. 51 ss.).

⁽⁶⁾ Ivi, p. 175.

VIII.

PRIME VICENDE POSMODERNE: INNOVAZIONI LEGISLATIVE E PERCEZIONI DOTTRINALI

Gli anni terminali dell'Ottocento e quelli di avvio del secolo nuovo — anni, per lo storico del diritto, di progressivo transito fra un tempo moderno e un tempo posmoderno ⁽¹⁾ — sono caratterizzati in Italia da vistose novità, innanzi tutto sul piano legislativo. Si intensifica, infatti, l'attenzione — già testimoniata, negli anni Ottanta, da alcuni rari interventi di 'legislazione sociale' — per i cittadini socialmente deboli; segno indubbio che l'elitarismo economico borghese è costretto dai disordini diffusi e violenti a far controvoglia qualcosa per i ceti più bassi. Si tratta, però, anche di un modo nuovo di legiferare, teso a fatti concreti e intessuto di fatti concreti, venendo a smentire finalmente, sia quella impassibile astrattezza magnificata come virtù essenziale della legge, sia anche l'orgoglio borghese (nonché la sua sottile strategia) di ritenere disciplinabile unicamente dalla legge/madre del Codice Civile il diritto privato dei cittadini. Ormai, si accede — di fatto — a « l'idea del compito sociale dello Stato », che il novatore solidarista Gianturco aveva profilato già nel 1891 come immagine virtuosa della realtà statale contemporanea ⁽²⁾.

(1) È bene chiarire qui gli accenni finora fatti alla dialettica storica 'moderno/posmoderno', che non intende disegnare schematizzazioni storiche di indole generale, proponendosi piuttosto come efficacemente strumentale alla nostra ricostruzione storico-giuridica. Ed è bene chiarire che si tratta di caratterizzazioni che intendono offrire soltanto degli efficaci strumenti per evidenziare due momenti ben differenziati nella storia del diritto dalla fine del medioevo ad oggi, differenziati da basilari scelte di fondo che danno vita a valori nuovi della umana convivenza. Maggiori motivazioni ho creduto di precisare in: *Novecento giuridico, un secolo posmoderno* (2010), ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma/Bari, Laterza, 2012.

(2) GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, cit., pp. 266-67 (*Prolusioni*, p. 572).

Penso soprattutto alla legge del 1893 istitutiva dei ‘Collegi dei probiviri’ per la conciliazione delle controversie fra imprenditori e lavoratori, e agli interventi legislativi in tema di infortunii sul lavoro iniziati nel 1898 e culminati nel definitivo ‘Testo Unico’ del 1903. L’importante è che se ne occupino con lungimirante interesse giovani giuristi (che sarebbero poi diventati fra i più ammirati Maestri italiani): è il caso di Enrico Redenti (1883-1963), futuro caposcuola della processualistica italiana, che redige sotto la guida di Simoncelli una dissertazione di laurea sulla legge del ’93 e che dedicherà il suo primo lavoro scientifico a *Il contratto di lavoro nella giurisprudenza dei probiviri* (1905) ⁽³⁾; è il caso di Francesco Carnelutti (1879-1965), giurista completo ma che agli inizi del secolo si contrassegna per studi di diritto civile e commerciale, il quale dal 1904 si dà ripetutamente a indagini sul tema scottante degli infortunii sul lavoro ⁽⁴⁾. Mi sembra di grande rilievo l’*Introduzione* premessa nel 1913 alla raccolta di questi studi, dove, sbarazzandosi dell’impedimento rappresentato dal « peso della tradizione » (come

⁽³⁾ Illumina efficacemente questa operosità redentiana d’inizio secolo S. CAPRIOLI, *Redenti giurista empirico*, saggio introduttivo alla ristampa di E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* (1906), Torino, Giappichelli, 1992.

⁽⁴⁾ Merita di essere qui ricordato un giovane civilista, Luigi Tartufari (1864-1931), che, avendo respirato a pieni polmoni l’aria frizzante della civilistica neoterica, dopo essersi precocemente impegnato in alcuni dei problemi più spinosi della sistematica del diritto civile (*Dei contratti a favore dei terzi* (1889); *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti* (1892)), volle, nel 1893 (lui, neppure trentenne), dedicare il discorso inaugurale per l’anno accademico dell’Università di Macerata a un tema nuovo e generalmente rimosso per i suoi contenuti politicamente scottanti: *Del contratto di lavoro nell’odierno movimento sociale e legislativo* (testo che ha fatto benissimo Pietro Perlingieri a togliere dal sepolcro di una remota tipografia maceratese, inserendolo nella grande raccolta da lui promossa: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., I, p. 691 ss.). Il ‘Discorso’ di Tartufari deve, infatti, essere riconosciuto come il coraggioso avvio alla considerazione del ‘diritto del lavoro’ quale branca autonoma con forti tipicità entro il ventre ampio di un diritto civile unitario. In quelle pagine appartate il giovane civilista impregnato di solidarismo denuncia arditamente la assoluta inadeguatezza dello schema romano della *locatio operarum* (ancora persistente — ohimè! — nei Codici ottocenteschi) a esprimere la dimensione sociale intrinseca al ‘fatto/lavoro’. Era la necessaria rimozione di un ingombro culturale e tecnico per poter costruire qualcosa di veramente nuovo in coerenza con il contesto posmoderno in crescita.

lui lo chiama ⁽⁵⁾), mostra un dichiarato sincero rispetto per « leggi grezze, fumose, coperte di scorie, pezzi usciti dall'officina senza che le mani del giurista li abbia rifiniti e ripuliti » ⁽⁶⁾, con l'invito a ogni giureconsulto a frugare « con pazienza in questi angoli reconditi » ⁽⁷⁾, perché lì troverà materiale prezioso « per la formazione della teoria generale del diritto privato » ⁽⁸⁾. In quei primi anni posmoderni il disprezzo per la fangosità dei fatti si cangia in una accentuata fattualità.

Era parsa l'eresia di un commercialista disinvolto, quando, nel 1893, Cesare Vivante (1855-1944), nel primo volume del suo poderoso e innovativo 'Trattato di diritto commerciale', elencando nel capitolo primo 'Le fonti', inseriva nel §. 9 la « Natura dei fatti » quale fonte in senso formale ⁽⁹⁾. Con il passare degli anni, con l'introdursi sempre più addentro al Novecento, secolo decisamente posmoderno, la fattualità sembra l'indispensabile tessuto della legge. Di lì a poco, quando col 1915 si avrà anche per l'Italia il coinvolgimento nella guerra e, per le urgenti ed enormi necessità belliche, si avrà bisogno di una numerosa legislazione di guerra, speciale (ma — il più delle volte — eccezionale), non saranno pochi i giuristi che, prendendo atto di una normazione qualitativamente diversa, con-

⁽⁵⁾ Lo dice nel saggio: *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in « Rivista di diritto commerciale », XI (1913), p. 388.

⁽⁶⁾ F. CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1913, Introduzione, p. XII.

⁽⁷⁾ Ivi, p. XIV.

⁽⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁾ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, cap. I, *Le fonti*, § 9, Torino, Bocca, 1893, p. 64. Vale la pena di ricordare che lo stesso Vivante aveva suscitato vivacissime polemiche con la proposta contenuta nella sua 'Prolusione' bolognese del gennaio 1888: *Per un Codice unico delle obbligazioni* (in « Archivio Giuridico », XXXIX (1887), ora anche in: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., I, p. 405); proposta che aveva come sua motivazione centrale quella di rinsanguare le vene inaridite del diritto civile con una trasfusione di commercialistica concretezza. Quando, nel 1903, quale puntello importante ed efficace strumento di comunicazione per il suo progetto scientifico, Vivante fonda la 'Rivista di diritto commerciale', nelle due smilze paginette premesse al primo fascicolo e intitolate *Il nostro programma*, egli si premura di precisare l'apertura del nascente foglio verso « il campo delle obbligazioni » come terreno comune al Codice di Commercio e al Codice Civile e fonte di arricchimento culturale e tecnico per la corporazione dei commercialisti troppo chiusa all'ombra del proprio campanile provinciale.

stateranno le novità e, almeno i più pensosi, si porranno domande perturbanti ⁽¹⁰⁾. Non meraviglia se sono soprattutto i civilisti ad occuparsene, giacché è proprio la cittadella finora inviolata del Codice ad essere sempre più smentita in quelli che, secondo la comune coscienza giuridica sette-ottocentesca, erano i suoi caratteri tipizzanti ⁽¹¹⁾. Ora, si trattava proprio di quegli atti normativi grezzi e coperti di scorie, di cui aveva parlato Carnelutti appena due anni prima.

Sono parecchi, come or ora si diceva, i civilisti in trincea, ma, ai fini di queste pagine, basta limitarsi ai due che fanno spicco sugli altri per una apprezzabile problematizzazione tesa a comprendere appieno la folta fioritura legislativa tra il 1915 e il 1918: Francesco Ferrara senior (1877-1941), che per ben due volte se ne occupa con dei saggi autonomi ⁽¹²⁾ e Filippo Vassalli (1885-1955), che è tanto conscio della rilevanza del tema/problema da dedicargli — il 22 novembre 1918, agli ultimi giorni del massacro bellico — la sua ‘Prolusione’ al corso di ‘Istituzioni di diritto civile’ nella Università di Genova ⁽¹³⁾. Affiora la consapevolezza precisa e decisa che non si è di fronte a una mera contingenza passeggera. Tuona Vassalli: è « una crisi nel diritto privato, forse la più grande crisi del diritto privato » ⁽¹⁴⁾. Si domanda Ferrara, con un riferimento diretto ai tanti disciplinamenti contenuti nelle molte leggi (ritenute ‘eccezionali’):

⁽¹⁰⁾ Se ne discorre distesamente in: P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 130 ss.

⁽¹¹⁾ Un pregevole sguardo d’insieme sullo svolgersi in Italia della scienza giuridica (prevalentemente civilistica) dal momento della Prima guerra mondiale alla fine del Novecento (uno svolgersi che ha il suo filo conduttore nella dialettica ‘continuo/discontinuo’) si ha nel ricchissimo saggio di Umberto BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni negli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 28 (1999).

⁽¹²⁾ F. FERRARA, *Influenza della guerra nei rapporti civili* (1915) e *Diritto di guerra e diritto di pace* (1918), ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. I (il secondo contributo, che costituisce il Discorso inaugurale letto il 25 novembre 1918 nell’Istituto di Scienze Sociali’ di Firenze, è anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., II, (1900-1935)).

⁽¹³⁾ F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, ora in ID., *Studi giuridici*, Milano, Giuffrè, vol. II (ora anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., II, (1900-1935)).

⁽¹⁴⁾ Ivi, p. 341 (da *Studi giuridici*).

« Anomalie dettate dalle necessità ed opportunità del momento, o invece [...] germi di un diritto nuovo che matureranno nel lontano avvenire? »; rispondendo prontamente: « nelle grandi crisi [...] nuovi elementi si elaborano e fermentano nel conflitto, preparando una trasfigurazione ed una rigenerazione della vita avvenire » (15).

C'è, al fondo, una coscienza storicistica, che permette ai due grandi civilisti di capire che, in queste nuove forme normative, c'è — innanzi tutto — l'impronta del secolo posmoderno e che era giunta probabilmente l'ora di mandare in soffitta gli idoli della purezza (e della conseguente astrattezza) che avevano rattrappito la scienza giuridica italiana nel suo itinerario moderno, impedendo una provvidenziale osmosi con il contesto sociale. Ferrara, che è sempre stato e sempre sarà uno statalista convinto (il che lo porterà più tardi, ohimè!, a un prono servilismo verso il regime fascista), si arresta alla soglia diagnostica, pago che — in ogni caso — tutto si era sempre mantenuto nelle mani del legislatore (anche se, questa volta, da identificarsi nel Governo munito di poteri eccezionali). In Vassalli, che non è solo uno storicista ma altresì uno storico del diritto (16), si insinuano, accanto alla volontà di rifiutare perniciose aridità e alla sua perenne diffidenza verso l'invadenza dello Stato e verso la commistione inquinante fra 'pubblico' e 'privato', anche delle prospettive per un paesaggio giuridico più complesso e più congeniale a una società ormai protagonista con la dinamicità di tutte le sue forze.

Ciò appare chiaramente nella 'Prolusione' genovese, che, inserita in una pubblica e solenne cerimonia accademica, è l'occasione per dare un'eco vastissima al proprio pensiero. Si comincia con una premessa: « il diritto privato, quale ereditammo dai romani, è indipendente dall'organizzazione statuale » (17). Dalla quale discendono naturali la comparazione con le soffocazioni legislativo/codicistiche moderne e, ovviamente, una constatazione amara: « la legge col suo generale precetto semplifica e unifica i fenomeni; pone una definizione, una formula, una regola dove la vita pulsa e prorompe, dove

(15) FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, cit., pp. 70-71 (da *Scritti giuridici*).

(16) Nasce romanista e insegna dapprima il 'diritto romano', ma senza nutrire gli spasmi dogmatici e astrattizzanti dei Pandettisti tedeschi.

(17) VASSALLI, *Della legislazione di guerra*, cit., p. 361.

gli interessi cozzano o cospirano, dove la realtà suscita ogni giorno fatti nuovi » (18). Insomma, la norma legislativa fa violenza, perché non tiene conto della complessità e mobilità dell'universo giuridico, che è realtà di vita in continua formazione e mutazione. Qualche anno dopo, commemorando a Torino il civilista Chironi, Vassalli non potrà che ridurre il legalismo/codicismo moderno a una soluzione strettamente collegata alla strategia dei detentori del potere in un determinato assetto socio-politico (19), relativizzandolo e demitizzandolo; resta, infatti, secondo Vassalli per il civilista un ruolo marcatamente attivo « se non si mortifichi a volgare chiosatore » come si esprime con durezza (20).

(18) Ivi, p. 359.

(19) *Giampietro Chironi* (1927), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 371.

(20) *Ibidem*.

IX.
FILIPPO VASSALLI E LA 'ESTRA-STATUALITÀ'
DEL DIRITTO CIVILE

Questi, che potrebbero essere considerati affioramenti disorganici, si inseriscono — al contrario — in uno svolgimento continuato e martellante, che assume i lineamenti di un pensiero fortemente radicato. Ce lo dimostra la tappa ulteriore della carriera accademica di Vassalli, la 'chiamata' alla Sapienza romana segnata, nel 1930, dalla 'Prolusione' che, significativamente, dedica ad *Arte e vita nel diritto civile*.

Qui si riannodano i passati fili sparsi e si tirano delle conclusioni meditate e ferme nella loro risolutezza: è aperta l'insofferenza per il monismo giuridico del moderno Stato di diritto, per il dogma ivi propugnato della « onnipotenza giuridica del legislatore », del conseguente « culto del testo della legge », nonché dell'evento gravissimo che « il diritto viene posto del tutto nelle mani dello Stato » ⁽¹⁾; con la *volgare mortificazione* (sono parole sue, più sopra riportate) della condanna del giurista teorico e pratico alla esegesi, soffocando la sua vocazione e missione alla *interpretatio*.

Un lettore attento, scorrendo queste righe e pensando al Vassalli notoriamente coinvolto in prima persona in grossi procedimenti legislativi e chiamato addirittura a coordinare negli anni Trenta la gestazione del nuovo Codice, potrebbe facilmente ipotizzare una antinomica sconnessione del personaggio. Come è, invece, arguibile dal complesso dei suoi scritti, egli è 'legislatore' e 'codificatore' perché ha reputato *munus* dell'uomo di scienza di non far mancare un lievito scientifico e culturale agli operatori della politica, un

⁽¹⁾ *Arte e vita nel diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, cit., vol. II, p. 401 (ora anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., II, (1900-1935)).

munus per lui connotato prevalentemente da un contenuto di dovere. E si è ritenuto libero di precisarlo esplicitamente anche in saggi redatti, o immediatamente dopo la fatica codificatoria ⁽²⁾, o dopo un soggiorno in Inghilterra e dopo una intensa familiarizzazione con i valori vissuti e stabilizzati nel *common law*, un pianeta giuridico tanto diverso da quello italiano. E si stigmatizza quell'idea tutta propria della coinè moderna post-rivoluzionaria che il fascismo aveva trovato già preconfezionata nel cuore più geloso delle cosiddette democrazie parlamentari, ossia lo statalismo, il collegamento di tutto il diritto (e anche il diritto civile) allo Stato ⁽³⁾, con una connessa 'mistica' (vocabolo suo) della legge e del Codice ⁽⁴⁾, con il tentativo di ridurre la pretesa totalizzatrice del Codice a esprimere l'interezza dell'universo civilistico ⁽⁵⁾; e si apprezza, e si elogia la dimensione sociale del diritto civile così viva nel *common law*, comparandola a quella autoritaria tipica del pianeta di *civil law* ⁽⁶⁾.

L'ultimo Vassalli (nei cinque anni estremi prima della morte) sembra fare della *estrastatualità* del diritto civile un programma culturale (ma anche un messaggio da lasciare in eredità ai giuristi italiani, alle loro « mentalità anchilosate da oltre mezzo secolo di positivismo e nazionalismo giuridico » ⁽⁷⁾), dopo che il diritto prefascista e quello fascista erano stati unanimi nell'impegno (sia pure con strumenti e finalità diversi) in questo soffocamento. Si tratta di tre conferenze e, al tempo stesso, occasioni per urlare la propria 'verità' al di fuori del sonnolento e intellettualmente pigro pollaio italiano, lezioni che fin dal titolo disvelano appieno di far parte di un progetto proiettato nell'immediato futuro: la prima, *La missione del giurista nella elaborazione delle leggi*, è il testo della Relazione letta in Campidoglio, nel 1950, per la inaugurazione del

⁽²⁾ Mi riferisco in modo particolare a: *Motivi e caratteri della codificazione civile* (ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, tomo II), un saggio che ha due redazioni, una, appena dopo il varo del Codice, nella primavera del '42, per un pubblico generico, e l'altra, destinata a lettori giuristi, assai più vasta e anche dettagliata, nel 1947.

⁽³⁾ Ivi, pp. 632-34.

⁽⁴⁾ Ivi, p. 608.

⁽⁵⁾ Ivi, p. 623.

⁽⁶⁾ *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra* (1946), ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, tomo II, p. 575.

⁽⁷⁾ Ivi, p. 576.

'Congresso internazionale di diritto privato'; la seconda, *Estrastatualità del diritto civile*, è la conferenza tenuta, nel 1951, presso l'Università argentina di Cordoba; la terza, *Esame di coscienza di un giurista europeo*, è parimente una conferenza tenuta in Argentina, nel 1951, all'Università di Buenos Aires.

È chiaro il loro carattere progettuale nel pensiero dell'Autore. Sintetizzo in breve il loro significato, che è soprattutto di additare al giurista di *civil law*, teorico e pratico, una ineludibile missione, di aumentare la sua consapevolezza, di rincuorarlo in mezzo a probabili ostilità e chiusure indifferenze. Una missione che non è fondata sulla affermazione di una supremazia cetuale, ma sulla inappuntabile motivazione che, se la natura intima del diritto è la razionalità, « della ragione sono cultori i giuristi » (8). La divisa della politica del diritto del maturo Novecento, fondata sulla divaricazione fra legge e diritto, non può che essere binaria: « riportare le leggi al diritto » e « richiamare il diritto ai giuristi » (9). Il diritto civile come « mancipio dello Stato » è soltanto un prodotto recente e contingente della modernità post-rivoluzionaria, legato al mito moderno della « onnipotenza giuridica del legislatore » (10). Non si può certo imputare a Filippo Vassalli di essersi espresso in modo oscuro od ambiguo.

(8) *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, tomo II, p. 751.

(9) *Ivi*, pp. 750-751.

(10) *Estrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici*, cit., vol. III, tomo II, con le due citazioni alle pp. 755 e 757.

X.

AFFIORAMENTI POSMODERNI NEL PRIMO NOVECENTO

(La riscoperta della dimensione *collettiva*
nei suoi aspetti: *a*) sociale; *b*) economico)

Riscoperta della complessità dell'universo giuridico può, dunque, significare, agli occhi di civilisti più culturalmente ricchi e con occhi più aperti verso la società, un diritto civile che non è più soltanto « mancipio dello Stato » (per ripetere l'immagine intensa di Vassalli), ma geneticamente connesso a una larga pluralità di fonti, prima fra tutte la riflessione scientifica con i suoi contributi costruttivi.

Può, però, anche significare un diritto civile che, gettati alle ortiche i manti venusti ma costrittivi della purezza e dell'astrattezza, riscopre la propria *carnalità* e non può che effettuare un ampliamento di confini, chiedendo alla realtà fangosa ma feconda dei fatti di aiutarlo nell'attuare un'esigenza pressante: corrispondere al continuo rapido mutamento sociale. E abbiám visto che lo stesso legislatore italiano, pur essendo espressione del dominante ceto borghese, è stato costretto a compiere le prime incrinature ufficiali in quella muraglia separatoria dai fatti, che, in quanto altamente protettiva, era stata voluta (e realizzata) compattissima. Il secolo posmoderno dimostra una forte tensione a questo allargamento di confini, ponendo finalmente in una innovativa congiunzione diritto civile e società. Si è così dato piena rilevanza a un altro aspetto della complessità, riscoprendo la *fattualità* di cui la società è intrisa e, quindi, riscoprendo due dimensioni accuratamente rimosse fino ad allora, quella *sociale* e quella *economica*:

a) Si cominciava a mettere in crisi il culto dell'astrattezza e a render palese quanto si era — invece — cercato di occultare. Improvvisamente, il paesaggio sociale, da armonico e pressoché perfetto, e perciò patria di una conclamata (ma indimostrata) *felicità*

di tutti ⁽¹⁾, come nei disegni oleografici della propaganda ufficiale, si cambiava in un quadro complesso ma maggiormente veridico, in cui mostravano le proprie piaghe il povero, l'ignorante, l'inerte e tutti i tanti calpestati nella loro dignità dagli impassibili detentori del potere. Non solo; ma all'interno della dimensione sociale riaffiorava inevitabilmente quella *collettiva*, la più odiata perché ritenuta (non a torto) come la più eversiva per l'ordine pubblico borghese. Consisteva, infatti, nel *sociale* che si auto-organizzava (spesso nei suoi strati più bassi), dando vita a coagulazioni autonome che articolavano il magma incomposto e venivano in tal modo a costituire delle effettive lesioni nella unità compatta dell'organismo politico fondamento e garante della civiltà borghese. Sono precisamente le coagulazioni che, nel 1909, osserva serenamente un giuspubblicista osservatore vigile del mutamento sociale, Santi Romano, collegandole lucidamente alla inesorabile *crisi* dell'edificio statale forgiato nelle officine della grande rivoluzione ⁽²⁾. È per questo che il *collettivo* non ebbe vita facile e trovò proprio nella coinè dei civilisti di impronta pandettistica i più cocciuti oppositori.

Esemplare, a inizio di secolo, il romanista/civilista Alfredo Ascoli (1863-1942) ⁽³⁾, che, nel 1902, di fronte al progetto di legge dei Ministri Cocco Ortu e Baccelli sul contratto collettivo di lavoro

⁽¹⁾ L'impegnativo vocabolo 'felicità' è usato a profusione nelle pagine degli illuministi settecenteschi e nelle prime 'dichiarazioni dei diritti' recanti una ben visibile impronta giusnaturalistica.

⁽²⁾ È appena il caso di ricordare che il riferimento va al celebre discorso inaugurale tenuto, il 4 novembre 1909, nell'Ateneo di Pisa da Romano, allora docente di 'diritto costituzionale', avente a tema: *Lo Stato moderno e la sua crisi*. Mi permetto di rinviare a quanto ebbi a dire in occasione del centenario, centenario che, opportunamente, la Facoltà giuridica pisana volle pubblicamente e solennemente ricordare: P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi' (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », LXI (2011), ora anche in *Introduzione al Novecento giuridico*, cit. Il testo del discorso è inserito anche in una pubblicazione promossa dalla stessa Facoltà giuridica pisana: *Ricordando Santi Romano*, Pisa University Press, 2013, dove sono anche raccolti i contributi di Alberto Romano e di Eugenio Rippepe letti durante la giornata celebrativa.

⁽³⁾ Formatosi, dapprima, a Pisa nella scuola di Filippo Serafini, continuò i suoi studi romanistici a Roma sotto la guida di Vittorio Scialoja, insegnando per parecchi anni in diversi Atenei il 'diritto romano'. Solo col nuovo secolo prende a insegnare 'diritto civile' fino al suo volontario abbandono della cattedra universitaria nel 1933.

e su una configurazione nuova del fatto/lavoro ormai non più confinato nella vecchia visione mercificante della tradizione romanistica, esce in un rifiuto che ha delle motivazioni sconcertanti. Gli ripugna, infatti, « l'avviamento alla sostituzione del diritto di classe al diritto individuale », perché suona smentita del « fondamentale principio del nostro sistema contrattuale, che è l'autonomia della volontà dei contraenti »; chiudendo con una conclusione assolutamente ineccepibile (almeno per lui): « il diritto stesso della vita reale non può sfuggire alle leggi della logica, ma a queste deve adattarsi e le stesse nuove e più ardite conquiste devono, per esser durature, sapersi inquadrare nel sistema logico del diritto » (4). Ma quale sistema logico? Non v'è dubbio: quello di Gaio, dei Pandettisti tedeschi e di tutti i giuristi protesi alla conservazione dell'impianto individualistico dei Codici moderni, un sistema che non ha però fondazioni razionali ma fortemente ideologiche; ed è una forte dimensione ideologica a rendere completamente sordo e cieco Ascoli (a differenza — sia detto per debito di onestà — del contemporaneo atteggiamento aperto e coraggioso di Giuseppe Messina, un civilista meno impacciato dalle viscosità del remoto diritto romano (5)).

Nel prosieguo del Novecento il *collettivo* si vedrà *pienamente* riconosciuto nel campo del lavoro entro l'assetto corporativo escogitato (6) dal regime fascista, dando però a quell'avverbio 'pienamente' un carattere meramente formale, dal momento che i 'con-

(4) A. ASCOLI, *Sul contratto collettivo di lavoro (a proposito di recenti tendenze)*, in « Rivista di diritto commerciale », II (1904), pp. 104, 100, 101.

(5) Giuseppe Messina (1877-1946) deve ascriversi tra i fondatori della scienza giuslavoristica in Italia, perché contribuisce in modo determinante alla definizione di quell'embrione di contratto collettivo di lavoro che è, all'inizio del secolo, il 'concordato di tariffa', sulla base dell'intuizione salvante che la dimensione collettiva del lavoro può risolversi solo rinunciando a utilizzare schemi arcaici della tradizione romanistico/individualistica quali i contratti semplicemente plurisoggettivi.

(6) 'Escogitato', perché soluzione obbligata e non proprio gradita al Regime nella sua veste di unica soluzione possibile, stanti i rifiuti per l'individualismo di stampo borghese e il comunismo di stampo sovietico. Come vide lo sguardo aguzzo di Antonio Gramsci, questa scelta permise al fascismo di soddisfare « a piccole dosi, legalmente, riformisticamente » esigenze di sviluppo del paese senza intaccare il potere delle classi proprietarie (la citazione è in: M. CILIBERTO, *La fabbrica dei Quaderni. Studi su Gramsci*, Pisa, Edizioni della Normale, 2020, pp. 114-115).

tratti collettivi di lavoro', più che il frutto di un libero associazionismo, saranno il prodotto di un centralismo politico assolutamente autoritario; pienamente davvero, invece, lo saranno soltanto con il rivolgimento democratico in Italia dopo il 1943. Quale dimensione anche del diritto civile nel suo spontaneo auto-ordinarsi, occorrerà aspettare non solo l'evento enorme della Costituzione e il suo maggior radicarsi nella coscienza giuridica italiana, ma soprattutto — come vedremo — la sensibilità e la lungimiranza di pochi civilisti, del resto isolati e, all'inizio, abbastanza incompresi (7).

b) Accanto al fatto/lavoro, riscoperto anche nella sua intima socialità, riemergono vigoreggianti i fatti economici e al vecchio dispregio da parte di civilisti/puristi si va sostituendo attenzione e rispetto (se non altro, per il loro inevitabile protagonismo). Dapprima, lo spazio di elezione non è l'Italia. È, invece, in una Germania economicamente vivacissima che si parla molto, per tutto il primo quarto del Novecento, di *Wirtschaft*, appunto di *Economia*; e, mentre i commercialisti continuano a pensare allo *Handel*, al commercio cui sono dedicati Codici specifici, della più lata dimensione della *Economia* si occupano, insieme ai commercialisti più colti, giuspubblicisti e giusprivatisti, e, fra questi ultimi, civilisti dalla viva sensibilità storicistica: addirittura dal 1912 al 1921 ha una sua esistenza attiva la Rivista *Recht und Wirtschaft*, intestazione questa cui si intitola anche un Movimento scientifico e operativo assai fervido (8).

In un secolo che nasce con due impronte tipizzanti — un sorprendente sviluppo tecnologico e un profondo riassetto dell'organizzazione economica in corrispondenza a una strutturazione ormai prevalentemente industriale (e, soprattutto, macro-industriale) (9) — non

(7) Cfr. più avanti a p. 72 ss.

(8) Per merito di un civilista caratterizzato da un vivace storicismo, Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963), si crea nell'immediato primo dopoguerra, presso l'Università di Jena, uno 'Institut für Wirtschaftsrecht' e si contribuisce a fissare le stesse categorie scientifiche della nuova disciplina giuridica nei *Grundzüge des Wirtschaftsrechts* (1922), come Hedemann le qualifica.

(9) Un affresco denso e lucidissimo, assai documentato ma capace di mettere a fuoco le linee essenziali di uno straordinario sviluppo, è oggi offerto da F. MAZZARELLA, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla rivoluzione francese al secondo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 2016.

poté non avere un deciso incentivo la tendenza ad assecondare la dimensione collettiva, che aveva visto parecchie germinazioni già a fine Ottocento. La fattualità economica si conformò ad essa con una puntuale innovativa risposta: l'*impresa*. Una risposta che trovò il contesto più confacente nella Germania guglielmina dove, come si è accennato più sopra, si verificava una crescita economica davvero straordinaria popolata da complessi organismi economici.

È qui che, intorno agli anni Dieci, si cominciò a parlare, fittamente ma con una ammirevole consapevolezza, di *Unternehmen*, di *Impresa*, ossia di una comunità di persone, beni, energie unita da finalità oggettive e coesa da un tessuto organizzativo — personale e reale — funzionale al loro raggiungimento. Si metteva così in ombra il modello settecentesco, potestativo e individualistico, di proprietà, sbarazzandosi dei decrepiti schemi categoriali romani che avevano minimizzato la *societas* e la *communio* a causa di quel briciolo di comunitario che in esse si serbava. La nuova vita economica, proprio perché essenzialmente nuova, aveva bisogno di sostanziose novità rifuggenti dal valorizzare dispersive energie solitarie ed isolate. Si doveva puntare su realtà sempre più complesse, risolvendosi necessariamente in assetti organizzativi. Era l'*organizzazione* che si imponeva, e si imponeva per la sua qualità di sottomissione a un fine; se si vuole, il risultato era l'armonia di differenti apporti funzionali a quel fine.

Negli anni Venti e Trenta anche in Italia l'*impresa* domina la visione dei giuristi e si inserisce nel loro ideario/vocabolario tecnico. La ragione è ovvia: quel concetto e quel vocabolo erano speculari di una concreta esigenza del nuovo tempo economico, strumenti nuovi per un tempo sostanziosamente nuovo. L'*impresa*, infatti, si stagiava per la novità dei suoi caratteri: non un soggetto o una pluralità di soggetti, non un rapporto o una pluralità di rapporti, ma una organizzazione quale superamento di individualità e di rapporti individuali, un risultato che superava la netta separazione (di origini romane) tra *pubblico* e *privato*, tanto è vero che la sua nervatura si concretizzava in un concetto dalla prevalente tonalità pubblicistica, quello di *funzione*, coniato nei laboratori dei maestri dello *ius publicum* e raccolto dai teorici generali per rappresentare un nodo di

interessi non più soltanto individuali e solipsistici ma spiccatamente sovra-individuali ⁽¹⁰⁾.

Se qui si parla distesamente di *impresa*, non è per imboccare un sentiero diversivo rispetto al nostro itinerario, ma perché se ne occupano e preoccupano molti giuristi italiani ⁽¹¹⁾ e, primi fra questi, gli stessi civilisti; anche perché, per motivi oggi ben noti, l'*impresa*, entro l'ultima repentina svolta verso la redazione di un Codice unitario, assurge al rango di elemento caratterizzante della intera codificazione. Assai prima dell'ingresso solenne nel Codice, è doveroso segnalare la considerazione per « il fenomeno delle pluralità collegate » da parte di un civilista osservatore attento della fattualità e, particolarmente, della fattualità economica, Enrico Finzi ⁽¹²⁾. Nel momento immediatamente successivo, il tema è, invece, ripreso e, in qualche modo, evidenziato dalle 'Prolusioni' di due civilisti, autentici protagonisti — sia pure con divergenti approcci — dell'itinerario italiano della riflessione giuridica a metà del Novecento, Francesco Santoro Passarelli (1902-1995) e Rosario Nicolò (1910-1987).

Santoro Passarelli, salendo il 26 novembre 1942 la cattedra di 'Istituzioni di diritto privato' nella Università di Napoli, affronta, da

⁽¹⁰⁾ Oggi, si può contare, in proposito, su una eccellente analisi storico-giuridica: B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, soprattutto p. 180 ss.

⁽¹¹⁾ Il più accanito assertore e introduttore dalle remote nicchie riflessive dei tedeschi fu il commercialista Lorenzo Mossa (1886-1957); contribuì a una sua solida categorizzazione il commercialista e giuslavorista Paolo Greco (1889-1974), mentre ne capì il ruolo nell'intero ordine giuridico un giuspubblicista eclettico, acuto e intellettualmente curioso, Pietro Gasparri (1910-1970), allievo di Mossa a Pisa (per chi volesse saperne di più, mi permetto di rinviare a una mia specifica sintesi: P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 28 (1999), soprattutto p. 1013). Oggi, abbiamo, però, una guida più valida: F. MAZZARELLA, *Percorsi storico-giuridici dell'impresa: dall'«entreprise» all'«Unternehmen»*, Palermo, Saladino, 2012.

⁽¹²⁾ Finzi ribatte sul punto nel suo 'Discorso inaugurale' per l'anno accademico 1932/33 dell'Istituto superiore di scienze economiche e commerciali' di Firenze, che intitola *Verso un nuovo diritto del commercio*, un ampio discorso di indole programmatica, denso di forti indicazioni categoriali, del quale si deve soltanto lamentare la pressoché completa ignoranza da parte della scienza giuridica italiana. Oggi lo si può leggere in: E. FINZI, *«L'officina delle cose». Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 2013 (p. 71 ss.), ma anche nella benemerita raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., II (1900-1935) soprattutto n. 9, p. 2051.

civilista e con coraggio (ne vedremo tra poco il perché), il tema/problema de *L'impresa nel sistema del diritto civile*. È un discorso franco, ispirato a una apprezzabile probità intellettuale, ma testimonianza anche di una impacciante sordità culturale. Vi si prende atto che *l'impresa* « assume a motivo sistematico dell'intero diritto civile », che si tratta di una « attività economica combinata », di « un organismo autonomo », ammettendo apertamente che « il fenomeno dell'impresa non può intendersi se non abbandoniamo gli schemi concettuali tradizionali, secondo cui tutti gli enti sono senz'altro cose o persone » e che invece « possa costruirsi una categoria di centri di rapporti giuridici, non personalizzati, non assunti al grado di soggetti di diritto [...] centri di attività, organismi che perciò possono dirsi viventi, espressi dalla realtà economica » (13).

Parole franche e schiette, cui seguono delle conclusioni sconcertanti, segno tangibile di una incomprendione che è generatrice di un dissenso profondo. Egli vi constata « il più significativo trionfo di quel metodo dell'economia, predicato e applicato fuori d'Italia prima che da noi » e che è stato adottato dal recentissimo codificatore italiano con un « difetto di maturazione dottrinale » (14). Il risultato è netto: « l'affermazione di quel metodo [...] porta certo a un irreparabile e irriducibile distacco dagli schemi concettuali, dalle categorie giuridiche astratte caratteristiche del nostro, come e più ancora di altri codici dell'ottocento [...] né è armonica la sistemazione del nuovo codice civile che imposta almeno quattro dei suoi libri sul criterio formale della natura dei vari rapporti giuridici e invece il libro del lavoro sul criterio economico dell'impresa » (15). È veridica la diagnosi sulla non perfetta armonicità fra i cinque libri del Codice unitario, ma è anche lampante l'ostilità del civilista avvezzo a un ideario tradizionale e ostinato nel confermarne la perenne vitalità malgrado le trasformazioni incisive del Novecento e nel condannare il distacco da queste, ritenuto — ohimè! — un guasto *irreparabile (sic!)*.

(13) F. SANTORO PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, ora in Id., *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, Jovene, 1961, p. 981 (ora anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., III, (1940-1979)).

(14) Da *Saggi di diritto civile*, p. 947.

(15) *Ibidem*.

Nel 1942 Santoro redige la ‘Prolusione’ napoletana, mentre sta scrivendo per i suoi allievi di Napoli quel manualetto di ‘Istituzioni di diritto civile’, apparso nel ’44 e intitolato poi (dalla quarta edizione del 1954) *‘Dottrine generali del diritto civile’*, un titolo — questo — ben espressivo dello sforzo dell’autore di voler offrire una sorta di scienza pura, un cristallo di rocca incontaminabile dalle mutazioni valoriali e fattuali. Non c’è nessuna contorsione antinomica: il vero volto del civilista è, infatti, consegnato nelle conclusioni e nelle aperte incomprendimenti in fondo alla ‘Prolusione’, così come nell’identico approccio metodologico del manualetto, nel suo segregare il cultore del diritto civile italiano nel chiuso di un vecchio laboratorio fornito di vecchie e invecchiate attrezzature. Arrestiamoci qui, perché è un discorso che riprenderemo tra breve quando si parlerà delle santoriane ‘Dottrine generali’.

Il tema/problema dell’*impresa* sarà oggetto, nel 1956, della Prolusione di Rosario Nicolò al corso di ‘Istituzioni di diritto privato’ presso la Sapienza romana. L’approccio è ben diverso da quello di Santoro Passarelli quattordici anni prima. Nicolò che pure, nel corso degli anni Trenta, aveva dato dimostrazione delle sue capacità di raffinato costruttore di un a-storico sapere tecnico⁽¹⁶⁾, imposta la sua prolusione come il tentativo di sottrarre la realtà nuova dell’impresa al letto di tortura delle schematizzazioni pandettistiche e vetero-civilistiche da lui ritenute giustamente inadatte a ordinarla senza forzature. È, tuttavia, deludente la conclusione, che arriva a confinarla entro la categoria del ‘diritto soggettivo’, greve di nervature individualistiche e pertanto inadeguata a cogliere quel carattere ‘istituzionale’ già indicato puntualmente da alcuni giuristi⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Sotto questo profilo è esemplare il suo *L’adempimento dell’obbligo altrui* del 1936.

⁽¹⁷⁾ La ‘Prolusione’ (*Riflessioni sul tema dell’impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*), pubblicata originariamente sulla ‘Rivista di diritto commerciale’, può ora leggersi in: *Il diritto privato nella società moderna. Saggi*, a cura di S. Rodotà, Bologna, il Mulino, 1971 e nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., III, (1940-1979).

XI.

TULLIO ASCARELLI

(la congiunzione aporetica tra un salvante storicismo pluralista e persistenti fedeltà statalistiche)

La riscoperta della complessità dell'universo giuridico e la conseguente riscoperta anche della fattualità del diritto rendono obbligata una — sia pur breve — sosta su Tullio Ascarelli, uno dei giuristi italiani che spicca ben al di sopra del folto gregge dei meri compilatori. Accademicamente, ha sempre insegnato — lui, allievo del commercialista Vivante — il 'diritto commerciale' e discipline limitrofe, ma sarebbe miope escluderlo dal nostro itinerario civilistico, avendo dato — come si può constatare assumendo ad esempio la sua geniale costruzione del '*negozio indiretto*' ⁽¹⁾ — sostanziosi contributi per le fondazioni teoriche del diritto civile ed essendo stato il mentore influentissimo per parecchi civilisti italiani (primo fra tutti Luigi Mengoni).

Pochi hanno avuto come lui la percezione dell'unità e complessità dell'universo giuridico; pochi hanno avvertito come lui la dialettica perenne fra diritto legale e diritto effettivo, ambedue componenti del sistema giuridico, però puntando — vivantianamente ⁽²⁾ — sul secondo la propria attenzione in quanto « diritto socialmente vigorante » ⁽³⁾. Deve essere chiaro che la percezione dell'unità dell'esperienza giuridica resta, però, incompiuta se non viene inte-

⁽¹⁾ Mi permetto di rinviare a quanto ho scritto sul punto: *Le aporie dell'assolutismo giuridico (ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)* (1997), ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, cit., p. 498 ss.

⁽²⁾ « Diritto ben più vigoroso » — aveva insegnato Cesare Vivante — perché diritto di prassi, diritto effettivo, « un ordinamento giuridico ed economico ben più cauto e completo di quello dato dal Codice » (cfr. *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, cit., Prefazione, p. VI).

⁽³⁾ È espressione tipica del linguaggio ascarelliano ed è frequentemente ripetuta (per un esempio, cfr. *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione* (1946), ora in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 104.

grata dalla percezione della sua complessità. È la dignità metodologica, che domina tutta l'opera ascarelliana ed è anche una delle sue lezioni più alte e anche più attuali: ci sono strati diversi del giuridico, dove operano fonti varie e diverse; v'è un livello formale dove primeggia il legislatore, ma v'è un livello sostanziale, connesso alla fattualità, dove il diritto mostra di essere « il frutto di uno sforzo collettivo » (4), di una « opera collettiva » (5) e dove molle propulsive — fonti, se vogliamo — sono maestri di diritto, giudici, operatori pratici e forse spesso dei semplici 'profani' portatori del loro patrimonio di buonsenso nella prassi quotidiana degli affari (6). Il diritto è tutto questo e sarebbe miope misconoscerlo, anche perché il suo sviluppo non è stimolato tanto dalle posizioni ufficiali quanto dai fermenti che provengono coralmemente dal basso.

Ascarelli è infastidito dalla gigantizzazione del legislatore nella cultura moderna, dove tutto si risolve in una questione di competenza e dove è diritto solo ciò che è imputabile ad una precisa volontà proclamata in un preciso momento e unicamente ad essa. Il risultato è, ai suoi occhi, una sorta di divinizzazione di quella volontà, identificata analizzata sillabata con lo stesso zelo di un teologo rispetto a un frammento della Rivelazione (7); e tutto sa di artificio, una dimensione che il Nostro, usando volentieri un vocabolo marxiano, non ha esitazione a bollare come 'sovrastrutturale'. La conclusione ha da essere altra: complessità dell'esperienza giuridica e, conseguentemente, coralità di fonti, un diritto frutto di fonti plurali, statuali ed extrastatali (8). Accanto alla dimensione della validità, ecco proporsi in tutta la sua virulenza storica quella dell'effettività, e, accanto alla regola formalmente vigente, anche (e soprattutto) quella « socialmente vigente » (9). Uno spettro incombente è

(4) *Posizione del diritto della navigazione* (1950), ora in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 283.

(5) *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie* (1953), ora in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 565.

(6) Eloquentissimo in proposito: *Il negozio indiretto*, ora in *Saggi giuridici*, cit., p. 71.

(7) *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. XLI.

(8) *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, cit., p. 107.

(9) È di grande rilievo metodologico la densa *Prefazione a Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., *passim*.

per Ascarelli la legge incapace di seguire il mutamento sociale, formalmente valida, ma inutile perché galleggiante as-tratta al di sopra della storia umana, una legge la quale, più che norma, è solo un testo cartaceo. Il risultato da evitare ad ogni costo è il testo come prigione della norma e la riduzione del diritto a un ammasso di testi e del giurista a un semplice contabile.

È lo storicista e pluralista Ascarelli processabile per eresia da parte dei sacerdoti del vecchio culto post-illuministico del legalismo statalistico? Eresia, forse, ma singolare. Egli, infatti, non ha nulla a che spartire con i fautori di una equità grossolanamente fattuale, né con i giusliberisti propugnatori di un giudice legislatore del caso concreto. Di più: egli è lontano da una adesione alle teoriche dell'istituzionalismo, né sembra nutrire soverchia simpatia per Santi Romano, maneggiando con diffidenza, come i sani giuristi della più pura tradizione liberale, la « rischiosa » dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici. Il suo pluralismo è da cogliersi all'interno dello Stato, concepito come aperto il più possibile verso la società, però non tale da distruggere quei risultati di sicurezza, certezza e libertà individuale assicurati dalla legalità borghese.

Ciò che si respingeva con fermezza era la cacciata degli interpreti dal recinto geloso della produzione giuridica e la riduzione del diritto alla volontà autoritaria espressa dalla legge. Qui lo sforzo di Ascarelli appare risoluto: recuperare al diritto la interpretazione e tornare a inserirla tra le forze vive dell'universo giuridico. Era la conseguenza di una visione del diritto non come un *dato* immobile nella sua fissità, bensì come un *processo* che non può rinsecchirsi nella statica di un *testo* e che trova la sua compiuta realizzazione unicamente grazie alla interpretazione/applicazione. Legge/testo e interpretazione sono, a pari titolo, momenti insopprimibili del processo formativo del diritto, ma « momenti successivi di una unica storia » ⁽¹⁰⁾. Pur con le segnalate venature aporetiche, il messaggio ascarelliano ha risvegliato il sonno di molti, aiutando quei molti a imboccare la strada di un salvante pluralismo giuridico.

⁽¹⁰⁾ *Processo e democrazia* (1958), ora in *Problemi giuridici*, tomo primo, Milano, Giuffrè, 1959, p. 33.

XII.

LA CIVILISTICA ITALIANA PRIMA E DOPO LA SECONDA GUERRA MONDIALE

(persistenze 'puristiche')

Una domanda si impone: i romanisti-civilisti dello *abstrakte Zivilrecht* abbandonano la loro montagna incantata sospesa tra cielo e terra per immergersi nel magma terrestre, che il secolo ventesimo, così incandescente e così movimentato, ha portato a riscoprire? Ad essa non si può rispondere che negativamente. Infatti, normativismo e formalismo, legalismo e concettualismo, ambedue esasperati, continuano ad essere la veste (pretesa) candida del civilista italiano, ponendosi la persistenza del culto della 'scienza pura' come suo tratto caratterizzante. Aggiungendo, però, questa sgomentante constatazione: purismo e legalismo vanno a braccetto come se non fossero logicamente due opposti, il primo portatore di un messaggio necessariamente universalistico e il secondo necessariamente particolaristico. Il civilista continua a rinserrarsi nel proprio incondizionato ossequio alla legge (ancora identificata soprattutto nel Codice), e nella propria sapienza di magnifico costruttore di concetti a-storici, protettissimo nella propria armatura tecnica che ne fa un personaggio assolutamente *autopoietico* e pertanto *autosufficiente*. È questa la posizione della stragrande maggioranza dei nostri civilisti, che si può condensare nella seguente sintetica conclusione: osservazione devozionale della norma, valutata e soppesata con un occhiale *dogmatico*.

Di questa civilistica, che prosegue convinta nel suo sentiero senza sbocchi, la testimonianza più perentoria è sicuramente rappresentata da quelle *Dottrine generali del diritto civile* (anni 1944 e seguenti), che abbiamo più sopra ricordato e che costituiscono uno dei non molti 'classici' del pensiero giuridico italiano del Novecento. Si dica subito che è un testo di straordinario rigore formale, esemplare per la chiarezza del dettato, animato da una intima coerenza

cui fa da supporto la convinzione profonda del suo autore. In esso il diritto civile appare quale rigoroso sapere ordinante, che riesce ad esserlo pienamente soltanto perché è capace di astrarsi dal particolarismo dei fatti, assurgendo ad un sapere filtratissimo e pertanto puro e formale, con l'unico riferimento basilare alla legge positiva, alla legge madre di tutte, il Codice. Lo sorregge un *mos geometricus*, grazie al quale il diritto civile è *ridotto* a linee purissime lontane dalla fanghiglia dei fatti ed è 'bloccato' in un sistema armonico nella sua coerenza ⁽¹⁾.

L'invito del giovane Carnelutti (più sopra citato) non viene raccolto, né si raccoglie il dinamismo culturale di Venezian nella sua sete comparativa alla ricerca di confronti e apporti più appaganti delle consuete litanie della tradizione romanistica. Se, però, non ci si arresta alla « algida bellezza » ⁽²⁾ di un siffatto filtratissimo paesaggio, ossia a una valutazione meramente stilistica, si arriva prontamente a percepire il rischio connesso a una operazione scientifico-didattica come questa santoriana, e cioè la as-trazione dalla storia di cui il diritto è dimensione primaria, e — sovra ogni altro — il diritto chiamato a ordinare l'esistenza privata del soggetto. Il libro rischia di galleggiare in un suo limbo indefinibile, anche perché non vuole porgere una filosofia (anzi, è poverissimo di cultura filosofica, né v'è in esso traccia di letture filosofiche, né Santoro ha la pretesa di filosofeggiare), ma si pone sul terrestre piano di argomentazioni giuridiche scritte da un giurista. Il rischio è denunciato in modo evidente dalla completa rimozione, che si fa nelle molte edizioni

⁽¹⁾ Merita qui di non essere taciuto il singolarissimo elogio, che Natalino Irti tributò alle santoriane 'Dottrine generali' in occasione del loro quarantennale genetliaco. Non sapendo come cavarsela, l'illustre civilista tira abilmente fuori dal suo fornitissimo scrigno la contrapposizione fra opere aperte al divenire e opere in sé concluse, collocando il testo di Santoro Passarelli fra queste ultime e riconoscendo in esse la miracolosa sorgente di una sorta di stato di grazia per il lettore: « le opere aperte [...] rendono inquieti, le seconde ci fanno essere sereni e sicuri » (*I quarant'anni delle 'Dottrine'*, in « Rivista di diritto civile », XXII (1986), p. 63). Posso apprezzare la scappatoia; come storico del diritto mi prendo la libertà di diffidare di una *serenità* facilmente identificabile in una pigra passività.

⁽²⁾ È una felice affermazione di G.B. FERRI, *Libertà e autorità nel diritto civile e le idee di Francesco Santoro Passarelli*, in « Rivista di diritto commerciale », LXXXXV (1997), p. 351.

dopo il 1948, dell'evento Costituzione e delle sue enormi incidenze sullo sviluppo dell'ordine giuridico repubblicano. A questo proposito è sconcertante l'episodio narrato da un discepolo della scuola romana, Nicolò Lipari, che, in una sua recentissima pubblicazione, riferisce di un colloquio del 1966 (promosso insieme ad un altro condiscipolo, Angelo Lener) volto a convincere il Maestro a misurarsi, almeno nella nuova edizione in cantiere, con la ormai pervasiva e inevitabile dimensione costituzionale; episodio sconcertante, perché al responsabile invito dei due allievi, fu risposto in un modo seccamente troncativo ⁽³⁾. Mi vengono a mente le parole, che Natalino Irti pronunciò in seno al Convegno civilistico organizzato a Venezia nel 1989 da Alberto Trabucchi, proprio in riferimento ai civilisti italiani degli anni Cinquanta: « la nostra dottrina esprimeva il rifiuto della Costituzione. L'unità del sistema era sempre garantita dal Codice Civile » ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ L'episodio è riferito in: N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 124.

⁽⁴⁾ N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, in *La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative* — Congresso dei civilisti italiani — Venezia 23-26 giugno 1989, Padova, Cedam, 1991, p. 974.

XIII.

LA CIVILISTICA ITALIANA PRIMA E DOPO LA SECONDA GUERRA MONDIALE

(Di alcuni percorsi oltre il soggettivismo individualistico moderno:
a) Enrico Finzi e la 'officina delle cose'; *b)* Emilio Betti e il carattere
'sociale' del negozio giuridico e dell'obbligazione; *c)* Gino Gorla
e la affrancazione del civilista da falsanti ipoteche giusnaturalistiche)

In netta distonia con il purismo, che la grande maggioranza continua a osservare e celebrare, non si può non cogliere alcune coraggiose voci, che si connotano per una percezione vigile della storicità della ragion civile e — al tempo stesso — per una lungimirante seminazione che sa già di futuro.

a) Enrico Finzi (1884-1973) l'abbiamo menzionato più sopra quale allievo di Venezian a Bologna, conquistato dal rinnovamento culturale intrinseco al messaggio scientifico del grande giurista triestino; un messaggio fedelmente applicato da Finzi nel suo imponente saggio del 1915 su *Il possesso dei diritti* dove risaltano scelte antiformalistiche e antilegalistiche ⁽¹⁾. Convinzioni che porteranno

⁽¹⁾ Si potrebbe sintetizzare così la complessa e originalissima riflessione finziana del 1915: il campo di osservazione è quella vasta gamma di rapporti, che non possono dirsi giuridicamente perfetti per il mancare di alcuni presupposti che l'ordinamento prevede necessari alla loro costituzione, ma nei quali è avvenuta di fatto l'investitura di un diritto a favore di persona cui quel diritto giuridicamente non spetterebbe. Rapporti di fatto soltanto nel loro formalistico raffronto al modello di rapporto tipico e che un formalismo miope potrebbe condannare nella fossa delle invalidità, ma che invece l'ordinamento, per le istanze sociali da cui è mosso, *recupera* [terminologia finziana] alla dimensione della giuridicità ad un più basso livello possessorio, facendone tanti possessi dei diritti costruiti sulla analogia economico-sociale col rapporto perfetto. Per maggiori approfondimenti cfr. la mia Introduzione a FINZI, "L'officina delle cose". *Scritti minori*, cit., p. XXIII ss.

— lui che non era fascista — a riconoscersi in quella parvenza di rivalutazione d'una dimensione *collettiva* che fu il corporativismo del Regime e a scrivere in consonanza (nel 1933) il sopraccennato discorso *Verso un nuovo diritto del commercio* ⁽²⁾ incentrato sul « fenomeno delle pluralità collegate » ⁽³⁾.

Quando Finzi, desideroso di indagare l'istituto/principio/dogma protagonista della civiltà borghese, la proprietà privata individuale, vi dedica nel 1923 e nel 1935 due aguzzi approfondimenti, la proposta ereticale che ne scaturisce è il rifiuto di continuare nella trattazione del tema osservandolo dalla parte del soggetto proprietario e, insieme, l'invito affrancatore a spostarsi invece 'da sotto in su', assumendo la cosa (o meglio: le cose nelle loro diversificatissime strutture e funzioni) a perno centrale delle complesse relazioni fra uomo e *rerum natura* ⁽⁴⁾. Secondo lui è nella « officina delle cose [sintagma tipicamente finziano] che si preparano i nuovi progressi del diritto patrimoniale » ⁽⁵⁾, giacché oggi, 1935, « i rapporti sono capovolti: non più i beni in funzione del soggetto, ma questo in funzione di quelli » ⁽⁶⁾. Posizione doppiamente anomala e aliena, sia rispetto all'individualismo giusnaturalistico gelosamente posto a fondamento della vecchia civiltà borghese, sia rispetto a un

⁽²⁾ Cfr. più sopra alla p. 40.

⁽³⁾ È quanto succede in Germania, dove, nel quindicennio di Weimar e nel successivo decennio di impero nazista, le *Modernisierungstendenzen* e le *neue Organisationsformen* avevano disegnato un ordine giuridico sempre più complesso nella sua disponibilità a registrare il diversificarsi e complicarsi dei fatti economici e sociali. In questo momento di svolta, le scelte di Finzi in Italia sono accostabili a quelle di un grande giurista, storico del diritto e civilista, Franz Wieacker (1908-1994), protagonista nella scienza giuridica tedesca del periodo nazionalsocialista nel tentativo di costruire nuove categorie ordinanti ispirate a un marcato anti-individualismo e a un altrettanto marcato anti-formalismo.

⁽⁴⁾ « Ho considerato il mio tema prevalentemente sotto il profilo delle cose [...] profilo piuttosto inusitato ». Così afferma Finzi in esordio del suo secondo contributo sulla proprietà, che aveva la veste di una Relazione fondamentale al 'Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario' organizzato a Firenze, nel 1935, da Giangastone Bolla presso la ospitale 'Accademia dei Georgofili' (*Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, ora in "L'officina delle cose". *Scritti minori*, cit., p. 40).

⁽⁵⁾ Ivi, p. 65.

⁽⁶⁾ Ivi, p. 41.

fascismo ormai trasformatosi nel '35 in garante degli intoccabili assetti proprietari delle classi abbienti (7).

Pertanto, testimonianza appartata — questa di Finzi — ma che va segnata con inchiostro forte nel solco dello sviluppo della civilistica italiana, perché è lucidamente anticipatrice di future scelte nei prossimi anni del ventesimo secolo. Anticipa, infatti, quella riflessione nella civilistica italiana, che tenderà a identificare non una sola proprietà, bensì diverse in relazione alle diverse qualità strutturali dei diversi beni. Si sposta così l'attenzione dal soggetto alle cose, alla loro natura. Di questa riflessione saranno protagonisti, nel 1939 Filippo Vassalli (8), negli anni Cinquanta Salvatore Pugliatti, che suggella un itinerario scientifico nella sua Relazione del 1952 su « La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera) » (9).

b) Emilio Betti (1890-1968) è uno di quei giuristi di ieri (e di cui

(7) È di estremo interesse la accesa discussione che la Relazione di Finzi suscitò e che vide accanitamente ostili il romanista/civilista Gino Segrè e un Fulvio Maroi conquistato dal credo fascista e rampognante Finzi per essere arrivato « all'attenuazione della proprietà privata, che è un aspetto della personalità umana, come fu detto dal Duce » (cfr. P. GROSSI, *Enrico Finzi: un innovatore solitario*, in FINZI, "L'officina delle cose". *Scritti minori*, cit., pp. XXXVIII-XXXIX). In quella discussione è notevole la posizione fortemente dialettica di Pugliatti ancora fermo, in quel 1935, su posizioni strettamente soggettivistiche (cfr. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 294).

Nello stesso anno della Relazione finziana del 1935 appare in Germania un grosso e denso saggio di Franz Wieacker, le *Wandlungen der Eigentumsverfassung. Wandlungen*, cioè trasformazioni che il civilista tedesco vive intensamente nel trapasso da Weimar alla visione nazionalsocialista. Wieacker ne è coinvolto nell'impegno a togliere la proprietà dal *Begriffenbimmel* giusnaturalista ma anche da « einen unkräftigen Normativismus », puntando sulle responsabilità del proprietario più che sui suoi poteri, su un proprietario investito quasi di pubbliche funzioni. Per maggiori dettagli mi permetto di rinviare il lettore a un mio ricordo complessivo, dove si dà largo spazio alle *Wandlungen*: P. GROSSI, *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker (1908-1994)* (1995), ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, cit., p. 339 ss.

(8) Con la Relazione *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà* entro il Convegno su *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, Confederazione Fascista Lavoratori Agricoli, 1939, dove si enuncia la conclusione che « diversi statuti della proprietà si hanno [...] in corrispondenza dei diversi beni » e che pertanto « non vi è una sola proprietà, che vi sono piuttosto delle proprietà » (p. 103).

(9) È la Relazione tenuta nell'ambito del 'Terzo Congresso Nazionale di Diritto Agrario' (Palermo, 19-23 ottobre 1952), ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954.

oggi si è perduto il seme) capaci di misurarsi con ineccepibile perizia nei più disparati settori dell'universo giuridico. Nella sua vicenda scientifica, consolidata soprattutto come ricercatore e docente nella storia del diritto e nel diritto civile, non è dimenticabile la sua presenza nello studio e nell'insegnamento dell'attuale 'diritto processuale civile' (10), nonché la sua dominanza in ardui terreni filosofici, ben al di là dei ristretti confini del diritto (11).

Come giurista si contraddistingue per una sua «vocazione storica e speculativa», come lui stesso puntualizza in delle preziose 'Notazioni autobiografiche' (12). Quindi, coscienza della storicità del diritto, del suo essere ordinamento di una società in perenne cammino, con una immediata e ferma conseguenza: che non può mai essere cancellato il nesso società/diritto e che è da respingere ogni soffocamento formalistico, ogni tentativo di ridurre la scienza giuridica a scienza *pura* (come propugnano Kelsen e i suoi numerosi adepti) (13). Il che non vuol dire abbandonare il diritto alla magmatica empiria dei fatti; al contrario, la scienza giuridica ha un inabdicabile ruolo ordinativo, che deve perseguire e conseguire grazie a un'attività prettamente speculativa; la quale si rivela disegnatrice di categorie studiate non per fare violenza ai fatti ma per evidenziarne, senza tradimenti e col sussidio di strumenti culturali logici tecnici, i lineamenti essenziali altrimenti sepolti sotto la congerie particolaristica. Solo in tal modo si potrà anche percepire l'architettura di un armonico sistema. In Betti questa *missione* speculativa del giurista (dunque, sia dello storico del diritto, sia del civilista) è fortemente sentita e pienamente attuata. La sua non è mai una analisi storica e

(10) Con un magistero tanto intenso quanto suggestivo, Betti ha potuto influire in modo incisivo nella formazione di molti ricercatori nei più disparati settori della scienza giuridica. Ricordo qui i nomi più cospicui tra i giovani che hanno scelto di redigere, sotto la sua guida e nella disciplina da lui insegnata, le proprie dissertazioni di laurea: Giorgio La Pira e Salvatore Tondo in 'diritto romano'; Gino Gorla, Stefano Rodotà e Natalino Irti in 'diritto civile'; Enrico Allorio in 'diritto processuale civile'.

(11) Il riferimento va, in particolare, alla sua *Teoria generale dell'interpretazione* del 1955, dove si può misurare la distanza dagli esercizi teorici di Santoro Passarelli.

(12) E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, Padova, Cedam, 1953, p. 43 (opportuna-mente ristampate dalla Cedam nel 2014).

(13) Nelle già citate *Notazioni autobiografiche* (p. 23) Betti prende nettamente le distanze da « i limiti del normativismo astratto e formale propugnato dal Kelsen ».

tecnica *ateoretica*, ma — anzi — connotata da una ricercata e raffinata *teoreticità*, che ne facilita la comprensione. È da qui che discende il falsante giudizio di molti (di molti che, tuttavia, non lo hanno letto) riducenti Betti a un *dogmatico* o, peggio, a un formalista. Ripeto: i suoi *concetti*, le sue *categorie* non galleggiano mai sopra o contro i fatti, ma nascono da e su i fatti al solo scopo di mettere a fuoco un disegno altrimenti latente o sfocato.

Questo fa il Betti civilista, il quale, proprio indossando questa veste speculativa, è tra i più aspri censori di tutti quei dogmi della civiltà borghese, che millantavano come verità soluzioni consistenti, ohimè, soltanto in oculatissimi espedienti di una ideologia esasperatamente individualistica, e cioè nulla più che salvataggi strategicamente fondati. L'analisi bettiana può compendiarsi, invece, nello sforzo di restituire al 'diritto civile' tutta la sua socialità, o, in altre parole, tutta la sua storicità.

I riferimenti più probanti su questo piano civilistico sono la sua 'Teoria generale del negozio giuridico' apparsa in prima edizione nel 1943 e la 'Teoria generale delle obbligazioni' esattamente di dieci anni dopo. 'Negozio giuridico' e 'obbligazione' sono, per così dire, le lenti che consentono a Betti una messa a fuoco storicizzante; dove storicizzazione significa reimmersione nella concretezza del sociale di invenzioni giuridiche distorte da una sapiente propaganda (ideologicamente fondata), che le aveva separate e isolate il più possibile. Il 'negozio' non è la proiezione all'esterno di un atteggiamento psicologico che matura e si compie all'interno dell'individuo⁽¹⁴⁾, ma interessa la vita di relazione, si configura come fenomeno sociale e va individuato nella sua *funzione* economico-sociale. Lo stesso istituto della 'obbligazione' deve essere colto dal giurista in una chiave interpretativa specifica, cioè « nella esigenza di cooperazione fra consociati [...] considerandola nella sua funzione economico-sociale »⁽¹⁵⁾. È notevole l'accoglimento che Betti fa nel suo lessico

(14) La polemica bettiana, sviluppata apertamente soprattutto nella seconda edizione del 1950, è con chi, come il civilista Giuseppe Stolfi, quasi contemporaneamente (1947), costruisce una teoria del negozio in chiave squisitamente individualistica, incentrata sulla conferma del dogma ottocentesco della autonomia della volontà, ossia, in altre parole, sulla assoluta sovranità dell'individuo.

(15) *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1953, Prefazione, p. 5.

usuale del vocabolo ‘funzione’, che viene dalle fucine dei giuristi pubblicisti e che il decrepito ideario civilistico non avrebbe mai potuto tollerare per il suo contenuto intrinsecamente anti-individualistico; un contenuto pròvvido per la visione *sociale* che Betti tiene, al contrario, ad affermare e a consolidare sul piano tecnico (16).

Di Betti non si può non segnare *albo lapillo* anche la ‘Prolusione’ da lui tenuta nel 1948 in occasione del suo passaggio dalla cattedra milanese di ‘diritto romano’ a quella di ‘diritto civile’ nella Sapienza romana; il titolo è, di per sé, indicativo del messaggio soprattutto metodologico, che il proludente le assegna: *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (17). Il multiforme giurista riprende le conclusioni già da lui enunciate in una precedente ‘Prolusione’ milanese di venti anni prima, dove il docente di diritto romano aveva affrontato il problema del rapporto tra lo storico, uomo del presente, e il suo oggetto di conoscenza confinato nel passato: « la conoscenza non consiste in una recezione meramente passiva dell’oggetto da parte del soggetto »; infatti « i termini del processo conoscitivo sono due, il soggetto e l’oggetto », e « non si tratta di disconoscere la storicità dell’oggetto, si tratta di riconoscere la storicità del soggetto » (18). Ciò non può non avvenire anche nella interpretazione del civilista, per esempio su un testo legislativo vigente. Insegna, infatti, Betti, comparando quello che fanno lo storico del diritto e il cultore di un diritto positivo: « qui si tratta non solo e non tanto di far muovere il soggetto incontro all’oggetto, tenendo fermo questo al suo posto nel primitivo storico collocamento, quanto soprattutto di far muovere l’oggetto incontro al soggetto, rendendolo partecipe della viva at-

(16) Chiarissima è la posizione di Betti, in mezzo al gran parlare che si fece in Italia dopo il 1943 sulla possibilità (per taluni, necessità) di rivedere (molto per taluni, poco per molti) il recentissimo Codice Civile unitario: si sarebbe dovuto sviluppare e irrobustire quella dimensione *sociale*, che è connaturale al diritto civile (E. BETTI, *A proposito di una revisione del Codice Civile*, in « Rivista di diritto commerciale », 1945, I).

(17) Ora in: E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, IIa ed., Milano, Giuffrè, 1971 e ora anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., III, (1940-1979).

(18) *Diritto romano e dogmatica odierna*, ora in *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 81, e ora anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, II, cit., (1900-1935), p. 1985.

tualità di questo e aderente alla perenne dinamica del diritto » (19). Emerge da questa 'Prolusione' civilistica del 1948 la coscienza della storicità del diritto e quindi del possibile scandalo di una legge imposta nella sua testuale oggettività (o pretesa tale) a una società che è, però, incapace di esprimere e, pertanto, di ordinare; emerge il salvataggio costituito dall'interprete, mediatore necessario fra testo e storia, l'unico in grado di calare la regola nella storia trasformandola in storia vivente (20).

c) Gino Gorla (1906-1992) è il civilista, nella cui vicenda intellettuale sono segnati vistosamente e sonoramente — forse più che in ogni altro — l'evento e la data precisa di una autentica *conversione*, giacché è lui stesso che, redigendo assai tardi dei *Ricordi della carriera di un comparatista*, puntualizza: « la rottura con il passato di giurista tendenzialmente dogmatico-concettualista e l'apertura verso una concezione storicistica del diritto (base per la comparazione) sono segnate dalla mia prolusione pavese del 6 dicembre 1946 'Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville' » (21). È, infatti, l'incontro con il pungente poligrafo francese a generare in lui il crollo delle ferree (ma culturalmente fragili) convinzioni del vecchio civilista immerso nella tradizione di

(19) *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, p. 27 (citaz. da: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit.).

(20) Merita di essere qui ricordato il libro di un esordiente, un giovane neo-laureato di appena ventitre anni, primo passo — in quel lontano 1947 — di un lungo e fecondo cammino che tuttora continua. Il giovane è Rodolfo Sacco, che dimostra un triplice coraggio: di scegliere a tema *Il concetto di interpretazione del diritto* (Torino, Giappichelli, 1947; ristampa, ivi, 2003); di studiare spregiudicatamente (con qualche giovanile intemperanza e con qualche inevitabile ingenuità) la « interpretazione come elemento che concorre alla creazione della norma » (ivi, ristampa, p. 158); di alzare la sua voce in seno alla scuola torinese allora assolutamente prona a Mario Allara, pontefice massimo del formalismo legalistico. Ha ragione il curatore della ristampa, Antonio Gambaro, dove osserva che, accanto alle giovanili mende, il libro sacchiano ha un indubbio rilievo culturale, giacché « lo spostamento di attenzione dalla formulazione del testo alla mentalità del recettore del messaggio legislativo implica la critica più radicale possibile del positivismo giuridico » (*Prefazione a Il concetto di interpretazione del diritto*, ristampa, cit., p. XVII).

(21) G. GORLA, *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville*, ora in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 1 (ora anche nella raccolta: *Le prolusioni dei civilisti*, cit., III, (1940-1979)).

civil law: una scienza pura, astratta dalla storia, costruita, però, dietro la foga di un indiscutibile statalismo, sulla base della legge quale espressione di una volontà politica sovrana su un ristretto territorio. Grossolana antinomia, che, per Tocqueville come per Gorla, veniva a compromettere tutto l'artificioso edificio finalizzato a comporre due 'contrarii' e, pertanto, viziato addirittura alla base.

Singolare nel 1946, per la 'Prolusione' a un corso di 'Istituzioni di diritto privato' in una Facoltà di Giurisprudenza, la scelta di quel tema, essendo Tocqueville probabilmente ignoto a molti colleghi pavesi malgrado che fosse giurista per formazione e professionalmente un magistrato; indubbiamente essa corrispose alla volontà del proludente di stracciare, nell'occasione più solenne possibile, la veste costringente che aveva soffocato il civilista italiano fino ad allora e di cui lui stesso era stato vittima con i suoi primi esperimenti scientifici, tutti ora ripudiabili per un eccesso di arida concettualizzazione. In quel discorso è, infatti, espresso con limpida franchezza il suo programma per una vita scientifica epistemologicamente più appagante, affermando un primo progetto affrancatorio: « come il nostro compito attuale, sotto il profilo della funzione storica, sia quello di porre in evidenza lo spirito delle nostre leggi, che è quello del razionalismo e dell'illuminismo statuale » (22). L'affrancazione prima è quella di sbarazzarsi dell'antinomia 'razionalismo giusnaturalistico/statalismo' soggiacente al diritto civile continentale interamente legalizzato e — peggio ancora! — codificato.

Posizione salvante ma riducèntesi a una rimozione. Occorre anche una proposta positiva. Eccola: « un'altra funzione ci incombe: quella di insegnare che vi sono altri modi di intendere e praticare la legge, altri modi di sentire e praticare il diritto soggettivo » (23). Un salvataggio sostanziale e sostanzioso si potrà realizzare solo aprendo porte e finestre verso altri pianeti giuridici, misurandosi con civiltà altre e diverse e con divergenti scelte fondamentali. Si ripete ora, nei tardi anni Quaranta del Novecento, quel maggior respiro per il giurista italiano che aveva allargato i polmoni del pionieristico Venezian. Nel 1948, poco dopo la Prolusione, Gorla, ripetendo il coraggioso ma fecondo salto transoceanico di Tocqueville, percepì-

(22) Ivi, p. 36.

(23) Ivi, p. 37.

sce che c'è bisogno di un clima nuovo per impostare progetti nuovi, e sceglie di abbandonare la sua cattedra pavese per trascorrere un intero anno negli Stati Uniti presso la 'Cornell Law School'.

Il frutto — e anche il dono prezioso per l'aria asfittica della civilistica italiana — sono i due volumi sul 'Contratto', studiato *problematicamente*, « con metodo comparativo e casistico » come si precisa fin dal sotto-titolo ⁽²⁴⁾, affinché risulti chiaro che quelle folte e dense pagine vogliono essere (e sono) l'abbandono di un monismo culturale dalle ormai insopportabili venature assolutistiche; vogliono essere (e sono) un confronto con modelli alternativi, modelli non da imitare ma con cui confrontarsi impostando un dialogo, forse turbativo di pseudo-certezze, ma costruttivo perché arricchente l'ormai infruttuoso laboratorio del vecchio purismo civilistico.

Nella *Prefazione* al primo volume Gorla si confessa con il suo lettore italiano, definendo il risultato liberatorio da lui ottenuto. Ha scelto la strada della comparazione — strada maestra per discutere e relativizzare assolutismi ritenuti indiscutibili — giacché « la comparazione quale metodo non è che storia » e « nella comparazione [...] si dissolvono [...] certe forme di latente giusnaturalismo » ⁽²⁵⁾. E qui il dito di Gorla si immerge profondamente nella piaga (secondo lui) più perniciosa del civilista di *civil law*, quella giusnaturalistica quando — antinomicamente — essa si accompagna con un legalismo statalistico. E il Nostro insiste, temendo che il lettore non ne percepisca bene il disvalore: si deve diffidare delle aride astrattezze, che amano percorrere i voli alti della teoria generale, perché « questa diventa una specie di diritto naturale, ammantato di concetti, classi, sistemazioni, ove diritto naturale (inconscio) è appunto quel dato diritto positivo, i cui caratteri e il cui spirito si sono trasformati in teoria generale del diritto » ⁽²⁶⁾.

Da quel momento il civilista Gorla imbecca la strada della comparazione, diventando, insieme a Rodolfo Sacco, il fondatore nelle Università italiane di una robusta scuola comparatistica e insegnando lui stesso alla Sapienza romana il 'diritto privato com-

⁽²⁴⁾ Ecco la intitolazione completa: *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, Giuffrè, 1954.

⁽²⁵⁾ Ivi, Prefazione, pp. V e VI.

⁽²⁶⁾ Ivi, Prefazione, p. X.

parato'. Non solo, ma, pur non occupando mai una cattedra storico-giuridica, ha dedicato l'ultimo percorso del suo itinerario scientifico a ricerche prettamente storiche, indagando soprattutto la miniera offerta dalla giurisprudenza dei grandi Tribunali del tardo diritto comune europeo ⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ G. GORLA, *Ricordi della carriera di un comparatista (dal diritto comparato al diritto comune europeo)*, in « Foro Italiano », 1980, V, e in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit.

XIV.

SALVATORE PUGLIATTI: UN CIVILISTA INQUIETO (il suo lungo itinerario scientifico, il suo approdo storicistico)

Credo che, prima di passare ai densi cammini civilistici degli anni Cinquanta e Sessanta, sia doveroso registrare e isolare la testimonianza di Salvatore Pugliatti. Ciò per più motivi: innanzi tutto, perché il suo è un itinerario di ricerca che si manifesta fin dal 1927 e prosegue ininterrotto fino al momento della morte (1976), quando Angelo Falzea, curatore della raccolta degli ultimi scritti, trova sul tavolo di lavoro del Maestro il testo non ancora perfettamente definito del saggio *‘Nota su continuo e discontinuo’* ⁽¹⁾; perché questo lungo tempo non si risolve in una piatta *durata*, ma riveste i caratteri di un vero *itinerario* segnato sempre dal pùngolo dell’inquietudine culturale e, perciò, fedelmente speculare dei movimenti e sommovimenti che hanno inciso a fondo sulla vicenda del diritto in Italia; perché, in tal modo, il civilista *inquieto* ⁽²⁾ rende a noi una testimonianza che è unica nel panorama civilistico italiano congiungendo i problemi dell’anteguerra a quelli del dopoguerra, del dopo-Costituzione, dei rinnovamenti e assestamenti successivi. Senza contare la assoluta peculiarità del personaggio Pugliatti, aperto più di ogni altro giurista italiano — proprio perché inquieto — a quanto germinava e si sviluppava al di là dei muriccioli dell’orto giuridico, non solo nella selva intimorente della filosofia,

⁽¹⁾ Ricordo specificamente la vicenda in: P. GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, cit., pp. 553-54.

⁽²⁾ Ritenni di qualificarlo così nella Relazione tenuta a Messina, nel giugno del 2003, entro il Convegno *Salvatore Pugliatti giurista. Ricordo nel primo centenario della nascita (1903-2003)*. Per il testo della Relazione, cfr. alla nota precedente.

ma anche delle altre scienze particolari (soprattutto della linguistica) fino a ricomprendere in un personale coinvolgimento la letteratura e la musica. Non è dimenticabile che egli fu, lungamente, il perno della cultura messinese facendo di Messina una città capitale, lui — un giurista — che avrebbe potuto appartarsi sotto il mantello protettivo di esoteriche tecniche giuridiche e che, al contrario, volle il colloquio, ne fu promotore e realizzatore, arrivando a indossare la veste del musicologo, del letterato finissimo, del critico d'arte ⁽³⁾.

Dietro l'esempio offertogli dal suo maestro accademico Gioacchino Scaduto, civilista saldamente avvinghiato a un tranquillizzante positivismo giuridico ⁽⁴⁾, l'avvio scientifico di Pugliatti fu contrassegnato da un convinto normativismo, respingendo però fermamente il rifugio di una sparsa e atomistica esegesi e rivendicando un ruolo costruttivo per il civilista, chiamato a disegnare al di sopra di una solida base normativa le linee unificanti di un *sistema*. La convinzione dominante, come scriverà ancora nel 1941, è di « una scienza giuridica come rigorosa sistematica concettuale sulla base dei principii immutabili della logica » ⁽⁵⁾. Sono, però, sempre affioranti insoddisfazioni, e sempre di carattere speculativo, centranti i problemi epistemologici fondativi del sapere giuridico quale scienza autonoma; e ritorna spesso, da parte del cultore di una scienza particolare e, per di più, di una scienza *pratica*, l'esigenza, anch'essa squisitamente epistemologica, di confrontarsi con la filosofia in quanto scienza madre ⁽⁶⁾.

Ma non è una visione compattamente serena; e già nel 1931, nella prima ampia monografia il giurista costruttore è colto non solo

⁽³⁾ Lo testimonia il volume: S. PUGLIATTI, *Symbola*, Messina, Intella, 2001, con un ampio e documentatissimo saggio di Giuseppe Miligi su *Il versante creativo dell'umanista*. Ma si veda anche l'informatissima biografia di L. FERLAZZO NATOLI, *Nel segno del destino. Vita di Salvatore Pugliatti*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007.

⁽⁴⁾ Gioacchino Scaduto (1898-1979) fu, per tutta la sua vita accademica (dopo un breve inserimento messinese), docente di 'diritto civile' nell'Università di Palermo.

⁽⁵⁾ *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 686.

⁽⁶⁾ Lo rivela apertamente un suo colloquio del 1936 con un processualista problematizzante come Salvatore Satta: *Processualismo e diritto sostanziale*, ora in *Scritti giuridici* — vol. I — 1927/1936, Milano, Giuffrè, 2008, soprattutto p. 1307.

come maneggiatore di puri cristalli logici, ma anche come mediatore tra *fatti* e *formule imperative* (7). Che in questa ascesa cognitiva del civilista ci sia la ricerca di qualcosa di *ulteriore* e di *diverso* ci viene svelato in una lettera del 1939, che scrive al Nostro un suo interlocutore primario, Giorgio La Pira, suo sodale fin dalle aule dell'Istituto Tecnico, giurista anch'esso quale cultore del diritto romano (8), il quale si premura, nell'ambito di un colloquio epistolare assai folto, di porgli una domanda di grosso rilievo metodologico: « progrediscono le tue meditazioni di teoria generale? Si affina la visione teleologica da contrapporre a quella di Kelsen? » (9). Non abbiamo le lettere antecedente e successiva di Pugliatti, ma basta il quesito lapiriano per disvelarci l'inquietudine del civilista messinese, inappagato da un algido scomporsi e ricomporsi di cristalli logici.

L'inquietudine culturale non tarderà a dare i suoi frutti attraverso la maturazione dei lunghi anni Trenta segnalata dalla lettera dell'amico La Pira. Ne abbiamo puntuale manifestazione in un esperimento didattico del 1943, che Pugliatti intitola significativamente *Gli istituti del diritto civile*, quasi per avvertire il discente che protagonisti sono, prima ancora delle norme, gli *istituti*, ossia gli assetti organizzativi originarii del diritto quale esperienza quotidianamente vissuta. Qui cambiano anche i suoi mentori ispiratori: non incombe più il formalismo filosofico di Cammarata (un tempo, da lui

(7) *Teoria dei trasferimenti coattivi (Introduzione)*, ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, soprattutto p. 49.

(8) Giorgio La Pira, universalmente conosciuto come uomo politico, autentico protagonista nella 'Assemblea Costituente' e traduttore dei valori costituzionali nell'esercizio della sua funzione di Sindaco di Firenze, è — per educazione — un giurista, allievo di Emilio Betti nelle Facoltà giuridiche messinese e fiorentina, indi per decenni docente di 'diritto romano' nell'Ateneo di Firenze. Ampia la sua giovanile produzione romanistica, entro la quale spiccano — negli anni Trenta — le ricerche dedicate a cogliere le radici culturali delle sistemazioni dei giureconsulti romani nella inventiva riflessione dei filosofi, grammatici, matematici della coinè greca. Su La Pira romanista e docente a Firenze può essere giovevole quanto scrisse in: *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, soprattutto p. 99 ss.

(9) G. LA PIRA, *Lettere a Salvatore Pugliatti (1920-1939)*, a cura di F. Mercadante, Roma, Studium, 1980, p. 164.

citatissimo ⁽¹⁰⁾) con il rifiuto di ogni contaminazione teleologica; anche se continua a riferirsi al formalista Perassi ⁽¹¹⁾, consiglieri fidati divengono (e scompigliano le sue consolidate riflessioni) due giuspubblicisti portatori di impostazioni nettamente antiformalistiche, Santi Romano e Costantino Mortati, quest'ultimo assai provocatorio con le proposte avanzate nel 1940 sulla *Costituzione in senso materiale*.

Il risultato è un sostanzioso arricchimento nella visione del Nostro, e il diritto « si dirama nell'ordinamento giuridico e nel sistema normativo, che di solito vengono confusi tra loro e devono invece tenersi distinti » ⁽¹²⁾. L'ulteriore traguardo raggiunto è identificato nella nozione di *ordinamento giuridico*, nozione complessa perché radicata nella complessità del sociale e che, come tale, un insieme di imperativi formali non è in grado di esaurire. In questa visione il paesaggio giuridico si allarga e, accanto al sentiero fino ad ora unico del normativismo, se ne profilano altri grazie al determinante recupero della complessità e del pluralismo ad essa intrinseco.

La stimolazione risolutiva, affinché il muricciolo dell'orto giuridico fosse riedificato con cementi nuovi, non poteva che provenire da una esperienza scientifica esterna alla coinè dei giuristi. È quello che capita a Pugliatti nel 1946, quando — mosso dalla sua perenne ricerca *extra moenia* — legge con interesse l'esile ma denso libriccino redatto da un singolarissimo linguista, Giovanni Nencioni ⁽¹³⁾. Certamente un linguista provetto, che — però — proveniva da studi giuridici e aveva addirittura scritto subito dopo la laurea in Giuri-

⁽¹⁰⁾ Del filosofo del diritto Angelo Ermanno Cammarata, adepto dell'idealismo attualistico, egli ha letto e meditato particolarmente i « Contributi ad una critica gnoseologica della giurisprudenza » del 1925.

⁽¹¹⁾ Tomaso Perassi (1886-1960), cultore del diritto pubblico e soprattutto del diritto internazionale, si ispirò sempre a un legalismo formalista approdante a schematizzazioni dogmatiche.

⁽¹²⁾ *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, *Introduzione allo studio del diritto*, Milano, Giuffrè, 1943, p. 7 (ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, p. 723 ss.).

⁽¹³⁾ G. NENCIONI, *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, Firenze, La Nuova Italia, 1946 (da leggersi ora nella nuova edizione curata nel 1989 dalla Classe di Lettere e Filosofia della Scuola Normale Superiore di Pisa).

sprudenza, quale allievo del processualista Calamandrei, pagine di severissima tecnica giuridica. Fu questa una congiunzione assai feconda, perché Nencioni, volendo corrispondere al suo assillo di rifondare l'autonomia scientifica della linguistica contro certe concezioni esasperatamente individualistiche, aveva attinto a piene mani dal forziere teoretico dei giuristi (e soprattutto di Santi Romano), carpando lì la nozione che gli avrebbe consentito di recuperare la socialità del linguaggio, quella di *istituzione*; il linguaggio è *istituzione* (14). Il Nostro legge, attinge, se ne sazia e passa subito a recensire doviziosamente le pagine nencioniane, cogliendo in esse un messaggio metodologico prezioso per consentire la percezione di rinnovate fondazioni del diritto (15).

Quando, nel '50, Pugliatti scrive il saggio suo forse più programmatico *'La giurisprudenza come scienza pratica'*, il decrepito paraocchi monistico appare caduto e lo sguardo del civilista è volto a captare le diverse venature della complessità giuridica. Ideario e vocabolario sono quelli di un personaggio che pensa e parla rinnovato da un profondo lavacro interiore. Il sintagma *esperienza giuridica*, caro a Capograssi e da lui innalzato a cifra di una nuova messa a fuoco dell'universo giuridico, ha un trapianto stabile nel saggio del '50; e il civilista, lungi dal nascondersi, tiene a dichiarare la scelta antiformalistica da lui compiuta: « l'esperienza giuridica come vita e storia degli uomini ». Precisando il cambiamento di rotta rispetto alle certezze di un tempo: « l'ordinamento giuridico si presenta, più che come un complesso sciolto di prescrizioni, come un sistema di istituzioni ». Dove la lezione di Romano, propòstagli come conversione epistemologica dal linguista Nencioni, è per il cercatore inquieto la bussola di cui aveva bisogno. Lasciamo a lui una parola definitiva: « in conclusione, nel diritto confluiscono logica e storia » (16).

(14) Per una identificazione di questo personaggio assai complesso, pluridimensionale, cfr. P. GROSSI, *Il 'giurista' Giovanni Nencioni*, in « Quaderni fiorentini », 39 (2010) e in « Studi di grammatica italiana », XXVII (2008).

(15) *Valore conoscitivo e funzione pratica delle scienze particolari* (1946), in *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978 (ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 1599 ss.).

(16) *La giurisprudenza come scienza pratica*, ora in *Grammatica e diritto*, cit. (le citazioni fatte nel testo sono alle pp. 139 e 142), ora anche in *Scritti giuridici*, cit., III, p. 71 e ss.

Qualche anno dopo, nel 1961, probabilmente indirizzato anche dai suoi ripetuti studi su *le proprietà* (di cui si è parlato nel precedente capitolo), c'è una forte riscoperta della dimensione *fattuale*: l'esperienza giuridica, in grazia della sua storicità, « è insieme inscindibilmente fatto e diritto », ma si accompagna la coscienza de « la carica di valore contenuta nel fatto »⁽¹⁷⁾, della fusione nel fatto di 'essere' e 'dover essere'⁽¹⁸⁾. In quello che può essere interpretato come il suo testamento spirituale, la *Nota su continuo e discontinuo* — cui si era accennato all'inizio e che è veramente l'ultimo (e incompiuto) lavoro del Maestro messinese — quasi a suggello di un itinerario scientifico segnato da continue assillanti ricerche — 'fatto' e 'valore' emergono dominanti in una contemplazione finale più riposata, più decantata: « sembra difficile, allo stato attuale degli studi, poter sostenere che l'ordinamento giuridico si risolva senza residui nel sistema normativo [...] l'ordinamento giuridico costituisce una realtà assai complessa, e concreta, quindi originaria: quella realtà oggettiva nella quale si danno inscindibilmente fatto e valore ». Intensificando e chiarendo, nella stessa pagina, Pugliatti ha cura di precisare e sottolineare: « l'ordinamento giuridico rappresenta la concretezza storica, e quindi il continuo mobile, mentre il sistema normativo [...] rappresenta il discontinuo astratto »⁽¹⁹⁾. L'inquietudine dell'ardito navigatore si è placata nella

⁽¹⁷⁾ *Per un convegno di diritto cosmico*, ora in *Grammatica e diritto*, cit., pp. 252 e 253, ora anche in *Scritti giuridici*, cit., V, p. 1119 e ss.

⁽¹⁸⁾ 'Valori', così come li intende la scuola messinese (i civilisti Pugliatti e Falzea, nonché il filosofo del diritto Rodolfo De Stefano, formatosi a Messina nell'alone culturale pugliattiano e, addirittura, laureatosi con lui con una dissertazione sulla 'causa' del negozio): liberati da ogni caratterizzazione soggettivistica e radicati invece nella concreta esperienza vitale dell'uomo, concreta perché storica. Illuminanti le pagine in proposito di un civilista appartenente alla seconda generazione di quella scuola, Vincenzo Scalisi (*Assiologia e teoria del diritto (rileggendo Rodolfo De Stefano)*), in « Rivista di diritto civile », LVI (2010), soprattutto p. 3 ss., ora anche nella raccolta di scritti: *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della postmodernità*, Milano, Giuffrè, 2012).

⁽¹⁹⁾ *Nota su continuo e discontinuo*, ora in *Grammatica e diritto*, cit., p. 87.

storicità dell'esperienza; per il civilista degli anni Settanta l'approdo è nel porto sicuro della storia (20).

(20) L'itinerario pugliattiano (e anche il suo approdo) trovano una continuazione nell'allievo che, al pari del Maestro, ha voluto consumare nell'Università di Messina la sua opera di uomo di scienza e di docente, Angelo Falzea (1914-2016). Falzea, infatti, dopo l'esperienza dogmatica della prima monografia del 1939, arriva ad esasperare l'approdo del Pugliatti maturo nella pensata convinzione che il problema del diritto è il problema stesso dei valori giuridici (cfr. *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, 6a ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 20). Sul grande collega ed amico credo di poter trascrivere qui quanto io dissi (e poi scrissi) il 5 febbraio 1991, nell'Aula Magna dell'Università zancalea, nella prima delle 'Giornate' in suo onore: « Falzea, il civilista più contraddistinto da una forte, quasi esasperata dimensione teoretica, di fronte al pericolo di improvvisazioni che possono rappresentare un vuoto lacerante e per il giurista un salto nel vuoto, non ha esitazione nel cercare e trovare il proprio salvataggio nella storia, nella storia come garanzia della non-interruzione di un *continuum*, che egli sente vitale, indispensabile. Si badi: quando qui si parla di storia, non si intende riferirsi ai granelli di polvere che si depositano inefficaci od offuscanti sulle cose, che tolgono nitidezza al loro disegno e nascondono i sottostanti legami fra di esse; qui il ricorso alla storia significa proprio scrollarsi di dosso quei granelli di polvere per non affidarsi a loro nell'edificare il futuro. La coscienza del mutamento e l'esigenza di revisione del patrimonio consolidato si congiungono qui con la volontà di costruire su basi solide e durature, con il timore di identificare il nuovo con ciò che è invece soltanto episodico, conseguimento effimero dei tempi brevi che stiamo vivendo. Qui storia esprime storia di tempi lunghi, storia di nessi profondi, che solo il pensiero — nella sua provvida decantazione — riesce a segnalare; qui storia esprime non la bassa corte dei fatti quotidiani, ma il grande *continuum* offerto dalla storia del pensiero giuridico » (*Omaggio ad Angelo Falzea, ora in Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, cit., p. 213). Falzea, tenendo dietro anche a una vocazione squisitamente filosofica e nutrendo in sé la forza speculativa per superare le corrosive (anche se fertili) inquietudini di Pugliatti, ha trovato il suo campo più congeniale nella teoria generale del diritto, e le nervature storicistiche sono talvolta (se non sepolte) attenuate entro le rigogliose architetture teoretiche (per esempio, quando, misurando certe costruzioni innovative sugli schemi rigorosi delle sue categorie, esce in affermazioni almeno unilaterali e immotivate come la seguente: « la concezione di Santi Romano, come può ricostruirsi dal modo scientificamente non impeccabile con cui è stata formulata » (*Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, cit., p. 153)). Misurare certe avventure scientifiche — come quella romaniana — sugli schemi delle proprie scelte teoretiche porta alla incomprensione della portata innovativa di proposte metodologicamente rivoluzionarie. Più compiuto e altresì più aperto il suo impianto metodologico è disegnato in: *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, che costituì la 'Introduzione generale' al Congresso organizzato a Messina nel 1981 dalla Casa Editrice Giuffrè, sul tema: *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia* (ora in: A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 41 ss.). Merita di essere qui nuovamente ricordato un allievo diretto di Falzea, Vincenzo Scalisi (1940-2018), assertore convinto di un pluralismo giuridico dalle robuste basi ermeneutiche (si veda di lui la raccolta di saggi sopra citata: *Fonti-Teoria-Metodo*) e quanto su di lui si dirà a p. 159 ss.

XV.

ANNI CINQUANTA: I MESSAGGI PLURALISTI DI PIETRO RESCIGNO

(e la riscoperta della dimensione anche *collettiva* del diritto civile)

A fine del 1954 un giovanissimo allievo della scuola napoletana di Santoro Passarelli, che aveva già — con singolare precocità — dimostrato il pieno possesso della più severa tecnica civilistica in alcuni difficili esercizi sistematorii ⁽¹⁾, chiamato a tenere il discorso inaugurale dell'anno accademico nella Università di Macerata, volle dedicare la solenne 'Prolusione' a un tema che certamente sorprese e sconcertò i cultori dell'orticello quieto del diritto civile: *Sindacati e partiti nel diritto privato*. Tema voluto dal docente appena arrivato nell'Ateneo marchigiano, Pietro Rescigno, ben consapevole del significato simbolico che aveva allora una 'Prolusione' e consapevole, quindi, della valenza per lui progettuale di quella rilevante liturgia accademica. Voleva, lui civilista, occuparsi pubblicamente e sonoramente (in modo che tutti i giuristi italiani sapessero) di 'formazioni sociali', cominciando da quei 'sindacati' e 'partiti' che erano stati oggetto delle attenzioni dei giuspubblicisti e (tutt'al più) dei giuslavoristi.

È un tema che non abbandonerà mai ⁽²⁾. Vi tornerà ancora per

⁽¹⁾ *Incapacità naturale e adempimento* (1950); *Interpretazione del testamento* (1952).

⁽²⁾ Nel 1998, trattando dello stesso argomento, ammetterà: « il tema ha accompagnato quasi l'intera mia vita di studioso » (*Le formazioni sociali intermedie*, in *Dalla Costituente alla Costituzione* — Convegno in occasione del cinquantenario della Costituzione repubblicana, Roma, Accademia Naz. dei Lincei, 1998 (Atti dei convegni lincei, 146), p. 223). Una conferma è data, assai recentemente, dal *colloquio* pubblico, che ha avuto a protagonisti Rescigno, Giorgio Resta e Andrea Zoppini (cfr. *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2017, soprattutto il cap. V *Pluralismo*).

ben quattro volte negli anni Cinquanta e Sessanta ⁽³⁾; da ultimo, nel 1998 in occasione di un Convegno linceo ⁽⁴⁾, nel 2006 per una ‘Lezione magistrale’ nella Università Suor Orsola Benincasa di Napoli ⁽⁵⁾ e nel 2008 per la *Lectio Doctoralis* nella Università di Macerata dove tanti anni prima aveva coraggiosamente esordito ⁽⁶⁾. Di più: terrà a raccogliere tutti questi contributi in tre volumi successivi nel 1966, nel 1988 e nel 1999 ⁽⁷⁾, congiungendoli sotto l’insegna di una intitolazione forte perché intensamente programmatica *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*; dove, nella mente dell’autore/raccogliatore, la rilevanza maggiore è da attribuire al sotto-titolo, recante solo apparentemente una innocua precisazione.

Si, perché è lì il fulcro del suo messaggio e la finalità centrale del suo progetto culturale. Rescigno è, infatti, insofferente, da un lato, alla invasività dei giurpubblicisti che avevano sempre ritenuto il ‘collettivo’ quale spazio di loro sovranità, e, dall’altro, alla pigrizia indolenzia remissività sottostanti al silenzio deplorabile dei civilisti. Secondo lui, l’unica lettura, che coglie l’essenza dell’articolo 2 della Costituzione, è, invece, quella che ne recupera un contenuto schiettamente garantistico per la persona, giacché il complesso — volutamente aperto — delle formazioni sociali è impostato in rapporto frontale alla persona, come ausilio per integrare e sviluppare quella dimensione relazionale, ossia intimamente sociale, che le è propria e che i Costituenti hanno disegnato con dei contorni assai netti e assai palesi. È giunta l’ora — scriverà nella ‘Introduzione’ alla seconda raccolta — « di ricordare agli studiosi di diritto privato come la

⁽³⁾ *Sindacati e partiti nel diritto privato* (1954/56), *Le società intermedie* (1957/58), *La giustizia interna nei gruppi sociali* (1958), *Gruppi sociali e lealtà* (1959), *Ascesa e declino della società pluralista* (1965). Il primo e il quarto di questi contributi, quali *Profusioni* tenute rispettivamente nella Università di Macerata e nella Università di Pavia, sono reperibili ora anche nella raccolta: *Le profusioni dei civilisti*, cit., III, (1940-1979).

⁽⁴⁾ Si tratta della Relazione congressuale sopra citata.

⁽⁵⁾ *Person e gruppi sociali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.

⁽⁶⁾ *Il diritto privato e la società pluralista*, in *Conferimento della Laurea honoris causa in ‘Teoria e tecniche della normazione giuridica’ al Prof. Pietro Rescigno*, Macerata, Università degli Studi, 2008.

⁽⁷⁾ Il primo presso ‘il Mulino’ di Bologna, il secondo e il terzo presso la patavina ‘Cedam’.

materia dei corpi sociali [...] appartenga per tradizione e per vocazione alla loro ricerca e al loro insegnamento» (8). Insomma, proprio come strumenti di tutela dalle arroganze del potere (e, ohimè, anche dei poteri statuali, come aveva dimostrato il regime fascista, i cui graffi erano ancora brucianti sulla pelle di parecchi Costituenti), le formazioni sociali non possono non essere in uno stretto vincolo simbiotico con le libertà dei cittadini, presidio primario dei loro diritti fondamentali.

Nel primo, denso e lungimirante bilancio, che Rescigno redige nel 1965 dopo un decennio straordinariamente operoso, per il convinto estimatore del pluralismo sociale e giuridico instaurato dalla Costituzione è motivo di compiacimento constatare che «la nostra società è andata assumendo nell'arco di tempo che va dal '45 ad oggi [...] l'aspetto di una società pluralista» (9). Pluralismo che trova il suo tessuto primo e salvante nel diritto civile, espressione esso stesso di un ordine tutelatore dell'autonomia del singolo nelle sue manifestazioni plurali (10).

Nel 1998, nel Convegno Linceo già ricordato, in un momento assai lontano dai più movimentati anni Cinquanta, Rescigno ricorda pacatamente le voci polemiche suscitate dalla sua scelta pluralistica, ritenuta rischiosa perché portatrice di un eccessivo particolarismo e, quindi, di disordine e di possibili arbitrii soggettivistici; e non furono, cinquanta anni prima, solo gli irremovibili cantori dello Stato liberal/borghese e delle sue leggi, ma anche giuristi professanti apertamente (come lui) il credo cattolico, quali Costantino Mortati e Salvatore Satta. C'è un velato rammarico per la posizione assunta da Mortati, grande studioso, grande Costituente, il cui anti-formalismo Rescigno non poteva che apprezzare caldamente; ed è puntuale l'osservazione che identifica quella posizione in una man-

(8) *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, Cedam, 1987, p. VIII.

(9) *Ascesa e declino della società pluralista*, ora in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, cit., p. 17.

(10) Secondo Rescigno l'articolo 2 «contiene la garanzia del pluralismo e su essa innesta il riconoscimento dei diritti dell'uomo nelle formazioni sociali»; e sottolinea il perno della visione dei Costituenti: «nello svolgimento della persona deve ravvisarsi il dato positivo assunto dall'ordinamento come funzione che le formazioni sociali assolvono (*Le formazioni sociali intermedie*, in *Dalla Costituente alla Costituzione*, cit., p. 223).

canza di coraggio: « egli non si sentiva di compiere il passo ulteriore che caratterizza le società pluraliste e che conduce a ravvisare nello Stato solamente una delle comunità [...] non rivestita di esclusiva dignità, nel senso che da essa il riconoscimento delle altre dipenda » (11). La pluralità degli ordinamenti giuridici è, per il Nostro, non una suggestiva architettura teorica da lasciare sepolta nei volumi di teoria generale del diritto; al contrario, è uno schema attuabile e da attuare, anche perché è la nervatura stessa del progetto costituzionale del 1948.

È di grande interesse il contributo che Rescigno scrive nel 2007 in ricordo di Michele Giorgianni, un civilista di cui si parlerà nel prossimo capitolo. In esso egli affronta il tema/problema di quel singolare terreno civilistico rappresentato dalle *obbligazioni naturali*, esprimendo pieno apprezzamento per una costruzione autenticamente pluri-ordinamentale e dissenso per quelle risolvèntisi invece all'interno di una chiusura endo-statuale. Ecco una ammissione, che comprende (nel suo sguardo a ritroso) tutto lo svolgersi di una più che cinquantennale meditazione scientifica e nella quale il grande civilista salernitano parla « di una mia personale inclinazione a non trascurare, nel tema specifico e nell'intera riflessione sul diritto privato, la prospettiva della pluralità degli ordinamenti » (12).

Ci siamo attardati sulla proposta di Rescigno ponèndola in una marcata evidenza, perché in essa, più che in altri messaggi scientifici dei civilisti italiani, è messo a fuoco il nesso vitale tra Costituzione e diritto civile, cogliendo nello stesso testo costituzionale la fonte immediata per amplificare il tessuto della dimensione civilistica rattappata dalle strategie della civiltà moderna viziata da un individualismo intollerante. In un momento — gli anni Cinquanta — in

(11) Ivi, p. 226.

(12) P. RESCIGNO, *L'obbligazione naturale. Per una rilettura parallela di Michele Giorgianni e Salvatore Romano*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, ESI, 2007, p. 246). L'anno dipoi, in occasione dell'Incontro organizzato, il 4 giugno 2008, dalla 'Accademia delle Scienze' di Torino sul tema *Fine del diritto?*, Rescigno dedicherà la sua Relazione a: *Pluralità di ordinamenti ed espansione della giuridicità*, rispondendo che è assolutamente improponibile una fine del diritto in grazia del suo carattere *ordinamentale*, ossia di consistere nella stessa società che si auto-ordina e, quindi, di non poter essere esclusivamente confinato in un insieme di comandi autoritarii, di *leggi* (cfr. *Fine del diritto?*, a cura di Pietro Rossi, Bologna, il Mulino, 2009).

cui la civilistica italiana è ancora immersa in atteggiamenti verso la neo-nata Costituzione che vanno dalla sordità e indifferenza alla incomprendione, al disagio, financo al rifiuto, la riflessione di Pietro Rescigno si impone per il contributo che dà alla inaugurazione di un tempo giuridico nuovo e di un cammino nuovo, dove la novità — essenziale, fondamentale — è marcata soprattutto dalla presenza perturbatrice (beneficemente perturbatrice) della Carta repubblicana, ceppo confinario fra un prima e un dopo segnati da una discontinuità profonda.

Ho parlato più sopra di una sostanziale e irresponsabile *rimozione*; aggiungerei che non si trattò solo di giuristi teorici, ma altresì di molti appartenenti all'ordine giudiziario. Aggiungo, però, anche che, accanto a Rescigno, ci fu chi levò alto e fermo un invito di segno opposto. Primo fra tutti Salvatore Pugliatti, che, nel momento immediatamente successivo alla entrata in vigore della Costituzione, in un breve scritto relativo all'articolo 36 e destinato a una Rivista giuslavoristica, esprime la convinzione « che la Carta costituzionale, nel suo complesso, sia di attuazione immediata », giacché essa « non solo si presenta come legge organica, ma è addirittura la legge fondamentale destinata a determinare le linee strutturali dello Stato »; pertanto, « deve immediatamente conseguire il massimo grado possibile di attuazione »⁽¹³⁾. Messaggio raccolto solo in parte, nell'ambito della stessa scuola civilistica messinese, dall'allievo diretto Ugo Natoli (1915-1992), che avrebbe — in seguito — formato una propria scuola durante il suo lungo insegnamento nella Università di Pisa. Mentre si può avvertire nelle affermazioni del Pugliatti dei primi anni Cinquanta qualche traccia residuale dell'originaria impronta normativistica (poi, progressivamente, attenuata se non cancellata), un rigido atteggiamento normativistico è antinomicamente presente in Natoli. Lo segnala una sua allieva pisana di seconda generazione, aggiungendo una propria eloquente notazione su certe 'Ordinanze' della Corte costituzionale del 2013/14 affermant, ormai fuori da vecchie ipoteche condizionanti, la applicabilità diretta da parte del giudice dei principii costituzionali in quanto

(13) S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione* (1949-50), ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, 1948-1957, Milano, Giuffrè, 2011, p. 61 ss.

principii *ab origine* intrinsecamente giuridici ⁽¹⁴⁾: Natoli « sarebbe inorridito dinanzi alla sfilacciata pronuncia della Corte costituzionale » ⁽¹⁵⁾. La *sfilacciata* pronuncia io, allora componente del collegio della Corte, fui lieto di votarla e quello, che alla allieva pisana sembra il rigore metodologico del Maestro, è, ai miei occhi, la testimonianza di una persistente bi-polarità, che non permette a Natoli di attuare pienamente il nuovo corso del diritto avviato in Italia con l'evento *rivoluzionario* del 1948.

In generale, fu difficile per i civilisti sopportare l'intrusione della nuova dimensione costituzionale all'interno dell'ordine giuridico consolidato e si cercò di arginarne l'incisività all'interno di un laboratorio ben fornito di strumenti tecnici spesso collaudati da duemila anni di esercizio. Testimonia bene un simile atteggiamento la pubblicazione che, nel 1978, Francesco Galgano (1932-2012), un civilista ⁽¹⁶⁾ appartenente alla numerosa nidiata bolognese di Walter Bigiavi e, come il Maestro, nutrito in gioventù da una cultura giuridica di ampia raggiera ⁽¹⁷⁾, dèdica a *Il diritto privato fra Codice e Costituzione* ⁽¹⁸⁾, libretto disorganico che promette più di quanto effettivamente offra, ma che ha qualche merito. Innanzi tutto, va segnalata in Galgano, allora adepto della ideologia marxista e polemico verso le libertà astrattamente conclamate nell'ordine giuridico borghese, la viva coscienza del grande passo in avanti rappresentato

⁽¹⁴⁾ Il riferimento è alle 'Ordinanze' n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014 aventi ad oggetto una caparra confirmatoria tanto eccessiva da apparire gravemente iniqua e perciò lesiva del principio di solidarietà previsto nell'articolo 2 della Costituzione. La Corte accolse la proposta del giudice relatore Mario Morelli sulla « rilevabilità *ex officio* della nullità per contrasto con il precetto dell'articolo 2 ».

⁽¹⁵⁾ E. NAVARRETTA, *La scuola pisana e il metodo civilistico*, in « Jus Civile », 2017, 3, p. 222.

⁽¹⁶⁾ Nasce come commercialista, ma passa presto a una cattedra civilistica, che non abbandonerà più.

⁽¹⁷⁾ Della cultura del commercialista Bigiavi (1904-1968) danno piena testimonianza i contributi disseminati nelle Riviste civilistiche da lui fondate e dirette, e ne è prova singolare il felice libretto *Appunti sul diritto giudiziario*, che appare solitario nel 1934 (sul quale mi permetto di segnalare la mia nota: *Sui 'classici' del diritto (per la ristampa degli 'Appunti sul diritto giudiziario' di Walter Bigiavi)*, in « Quaderni fiorentini », 19 (1991), ristampa edita nel 1989 dalla Cedam, a cura di Marino Bin).

⁽¹⁸⁾ F. GALGANO, *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1978.

dall'articolo 2 della Costituzione, « ispirato ad una concezione pluralistica della società » e, pertanto, profondamente innovativo rispetto alla sfiducia del vecchio *Rechtsstaat* verso le comunità intermedie; il nuovo Stato sociale di diritto instaurato dopo il 1946 è, infatti, dominato da « l'opposto convincimento che l'azione dei corpi sociali costituisca, non meno dell'azione dello Stato, il fattore propulsivo dello sviluppo della società » (19). Galgano, tuttavia, si arresta alla percezione (nella nostra Carta) di « una concezione pluralistica della società », respingendo seccamente « l'idea della pluralità degli ordinamenti giuridici » (20), che aveva prontamente afferrato Rescigno quale lievito necessario per nuove costruzioni. La motivazione è, secondo lui, scritta nello stesso articolo 2, ma si tratta di illazione assolutamente falsante. Il Nostro, infatti, interpreta la frase 'La Repubblica riconosce', come se 'Repubblica' fosse sinonimo di 'Stato' e come se il verbo 'riconoscere' concretizzasse una attribuzione di giuridicità. Perché falsante (parola grossa)? Perché bastava che egli ponesse attenzione a quanto segue: prima di tutto, alla dialettica Repubblica/Stato affermata nella Carta e da cui risulta essere la 'Repubblica' una realtà socialmente e giuridicamente assai più ampia; secondariamente, agli 'Atti' della Assemblea Costituente, dove si fa un uso notevole ma sempre puntuale del verbo 'riconoscere', palesemente espressivo della mera registrazione di una originaria e dunque preesistente giuridicità.

Conclusione: ancora nel 1978 il pluralismo giuridico tarda ad affermarsi tra i civilisti, e la Costituzione continua ad essere relegata tra le nuvole galleggianti alte sopra l'esperienza giuridica.

(19) Ivi, p. 110.

(20) Ivi, p. 115.

XVI.

ALBERTO TRABUCCHI

(il messaggio pluralista di ‘un civilista nella crisi del positivismo’)

Alberto Trabucchi (1907-1998) ebbe la buona ventura di formarsi nell’Ateneo di Padova assumendo a sue guide due maestri dalla straordinaria ricchezza culturale, Francesco Carnelutti, un giurista osservatore tra i più vigili del proprio tempo (con cui discuterà la dissertazione di laurea in ‘diritto civile’), e Adolfo Ravà, un filosofo del diritto strenuo nemico del neohegelismo e anche lui cultore e docente del diritto privato positivo ⁽¹⁾. Egli si metteva così, fin dalle prime armi, in una posizione aliena dal prono accoglimento delle mitologie e dei dogmatismi dell’imperante positivismo giuridico; e ha fatto bene il suo allievo diretto Giorgio Cian, quando, curando nel 1988 una ricca raccolta degli scritti di Trabucchi ⁽²⁾, intitolava il suo contributo biografico sul maestro *Un civilista nella crisi del positivismo*, intitolazione azzeccatissima, tanto che me ne sono appropriato nella intestazione di questo capitolo.

Tutto l’itinerario trabucchiano è dominato dal sentito disagio per un diritto civile limitato e soffocato entro le anguste muraglie dello Stato e delle sue leggi. Già nel 1957, chiamato a svolgere accanto a Costantino Mortati e a Pietro Rescigno la Relazione sulla ‘persona’ al Convegno annuale della ‘Unione Giuristi Cattolici Italiani’ ⁽³⁾, ritiene di doversi esprimere con una decisa franchezza:

⁽¹⁾ Autore, fra l’altro, di un diffuso e apprezzato manuale di ‘Istituzioni di diritto privato’ (I ediz. Padova, Cedam, 1937). Fu lui a formulare, per conto della Facoltà giuridica patavina, il parere sul progetto dei libri I e III del Codice Civile in fase di elaborazione.

⁽²⁾ *Cinquant’anni nella esperienza giuridica. Scritti di Alberto Trabucchi*, Padova, Cedam, 1988.

⁽³⁾ Dedicato, quell’anno, a: *Persona, società intermedie, Stato*.

« le tragedie di una storia vissuta e le esperienze anche di oggi hanno largamente mostrato pure a noi, che fummo educati a una fede cieca ed esclusiva nel diritto positivo, la necessità di agganciare l'affermazione del diritto della persona e le esigenze di libertà a un fondamento che sia più solido delle variabili tendenze di un legislatore » (4). Precisando subito dopo, come per parare facili accuse alla sua caratterizzazione di intellettuale cattolico: non si tratta del « ritorno ad un vieto giusnaturalismo » (5).

Due anni dopo, la posizione di Trabucchi si fa, ad un tempo, più distesa e più compiuta, diventando questa sua affrancatrice consapevolezza la forza per disegnare progetti di revisione dell'ordine giuridico repubblicano. Sono pagine coraggiose, a cominciare dal titolo: *Il nuovo diritto onorario*, indubbiamente provocatorio per i tanti che avevano conservato gelosamente le imbalsamazioni settecentesche del diritto considerandole indiscutibili e, pertanto, imperiture: qui si parte dalla « illusione che ha dominato per più di un secolo tutto il campo del diritto civile » (6), alludendo alle aride dogmatiche costruite su di un Codice, aride perché slegate dalla società e dalla storia. Trabucchi vuole « indurre il giurista moderno a rivedere alcune concezioni correnti circa la stessa fondamentale dottrina delle fonti » (7), arrivando a rivalutare la funzione integratrice dell'equità quale forza interna all'ordine giuridico, perché, dando rilevanza al particolare e al concreto sul generale e sull'astratto, determina l'avvicinamento al difficile traguardo di un diritto più giusto (8). In questo paesaggio di fonti sostanziosamente rinnovato spicca per un suo ruolo attivo il giurista: « il suo compito assume un contenuto di valutazione personale, che si avvicina di molto a quel potere creativo che era proprio dell'antica giurisprudenza onoraria » (9). È la frase che chiude il saggio e vi si riprende il riferimento provocatorio del titolo al Pretore romano, all'inter-

(4) *La libertà della persona*, ora in *Cinquant'anni nella esperienza giuridica*, cit., p. 5.

(5) *Ivi*, p. 6.

(6) *Il nuovo diritto onorario*, ora in *Cinquant'anni nell'esperienza giuridica*, cit., p. 31.

(7) *Ibidem*.

(8) *Ivi*, p. 38.

(9) *Ibidem*.

prete dello *ius commune* medievale e al giudice di *common law*, proposti quasi a modelli per l'odierno interprete.

Nel 1961 Trabucchi inaugura un momento nuovo della sua vita professionale con l'impegno entro la Corte di Giustizia delle allora 'Comunità Europee', che lo vedrà protagonista per ben quindici anni, dapprima come giudice e poi come avvocato generale, un impegno che gli permetterà, nel clima plurale del formandosi diritto europeo, di corroborare le sue aperture pluralistiche e di collaborare alla sua edificazione. Nell'affaccendato laboratorio giuridico del Lussemburgo egli è Relatore di sentenze che fungono da pilastri portanti della costruzione in corso; da uomo di scienza, continua anche la sua riflessione, vivificata sempre dalla fresca coscienza di confezionare pietre ciascuna delle quali è contrassegnata da un contenuto di straordinaria novità rispetto ai miti e dogmi involuppati il diritto statale italiano così condizionato da ipoteche vetero-illuministiche.

Ecco, nel 1963, *Un nuovo diritto*, una conferenza al ferrarese 'Centro di studi sulle comunità europee', dove si afferma superato nello sviluppo (in chiave nettamente giurisprudenziale) dell'unità europea « il dogma della statualità del diritto [...] il dogma ormai tramontato della statualità come caratteristica essenziale del diritto »⁽¹⁰⁾; ecco nel 1975, un'altra conferenza allo 'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, *L'Europa e l'unità del diritto*, dove si arriva ad una conclusione di grande rilievo culturale e tecnico: nel costruendo ordine giuridico europeo, formato com'è da norme decisioni principi generali costituenti « una trama giuridica di fondo », « troviamo ancora una volta riemergere dalla storia che credevamo lontana il '*ubi cessat statutum, locum habet ius civile*' »⁽¹¹⁾. Ma di che pasta è fatto questo *ius civile*? Risposta netta del Nostro: si può identificare ne « il nuovo tipo di diritto naturale che vive nella storia »⁽¹²⁾, ossia non il cristallo meta-storico degli illuministi bensì un prodotto storico. In Trabucchi, giurista storicista, il diritto

⁽¹⁰⁾ *Un nuovo diritto*, ora in *Cinquant'anni nella esperienza giuridica*, cit., pp. 46 e 55.

⁽¹¹⁾ *L'Europa e l'unità del diritto*, ora in *Cinquant'anni nella esperienza giuridica*, cit., p. 98.

⁽¹²⁾ *Ibidem*.

naturale, portatore di valori universali, è sottratto a una algida immobilizzazione ed è messo in contatto con il flusso storico; perderà la virtù (vizio?) dell'astrattezza ma sarà in maggiore coerenza con la vita concreta degli uomini ⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ Chi conosce bene tutta l'opera scientifica di Trabucchi, dopo aver seguito la mia interpretazione 'pluralistica' del suo messaggio, non avrà fatto a meno di pensare alla omissione di un testo del Nostro, in cui il pluralismo si attenua in favore di un rigurgito legalistico. Tutto questo è vero e io debbo al lettore qualche motivazione. Si tratta di un saggio pubblicato da Trabucchi sulla sua « Rivista di diritto civile » e intitolato *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, dove il civilista patavino, modificando in parte la visione offerta dallo svolgimento del suo itinerario di ricerca, ridiventa per un momento legalista (o quasi). Lasciamogli la parola: è una legalità nel suo « significato dinamico », « un'immagine modernamente intesa » fatta di norme, di costruzioni sistematiche, di principii, che non sono quelli dell'art. 12 delle Preleggi, ma anche « di quei principii generalissimi che, per essere posti a base non soltanto del diritto dello Stato ma della stessa natura dei diritti umani, si trovano alla base dell'organizzazione giuridica » (*Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, ora in *Cinquant'anni nella esperienza giuridica*, cit., pp. 143-159-160). È una testimonianza di incoerenza? Direi proprio di no, perché si tratta pur sempre di una legalità immersa in un insieme di fonti plurali e nemmeno tipizzate. Io credo, piuttosto, che il richiamo *anche alla legalità* sia strettamente connesso a un momento, il 1974/75, in cui l'animo del giurista è fortemente turbato: due anni prima si era svolto a Catania il Congresso sull'*uso alternativo del diritto* (di cui si parlerà tra poco) e un anno prima erano stati pubblicati i relativi 'atti' offrendo una visione classista della società con una identificazione pesantemente ideologica del diritto; senza parlare poi di due Riviste, 'Politica del diritto' e 'Quale giustizia?', nate nel 1970 e che possono avere indicato a Trabucchi una china rischiosa e una deriva ancor più rischiosa. Ciò si ricava, del resto, da quello che lui stesso scrive.

XVII.

I FERTILI ANNI SESSANTA

Fertili anni Sessanta è l'intitolazione dell'ultimo capitolo, con cui si chiude il sintetico sguardo dato a *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico* in un mio libriccino apparso nel 2002. Ho voluto ripeterla oggi per questo capitolo, che vorrebbe disegnare più distesamente il messaggio di quegli anni, perché, oggi come allora, sono convinto della loro *fertilità*. Infatti, i germi pluralistici, ben presenti nel quindicennio precedente, diventano qui un atteggiamento maggiormente condiviso e intensamente motivato, nella ferma consapevolezza che occorre rinnovare il vecchio armamentario civilistico per poter attuare quel progetto giuridico davvero nuovo di cui la Costituzione repubblicana ha disegnato i lineamenti essenziali. Ne saranno protagonisti studiosi nel pieno della loro maturità culturale, ma soprattutto giuristi dell'ultima generazione, che, più spogli da ipoteche anchilosanti, hanno prontamente percepito non solo l'istanza di rinnovamento ma anche l'urgenza di avviarlo nella concretezza dell'esperienza giuridica.

Credo che un eccellente inizio per la nostra analisi sia rileggere il monito/invito che Stefano Rodotà, nel 1966, volle premettere alla sua 'Prolusione' nell'Università di Macerata *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, un testo spiritualmente forte e stilisticamente assai suggestivo: « Con quale spirito lo studioso del diritto civile deve oggi muovere verso le frontiere della sua scienza? Nei tempi nuovi, di certo, non gli si addice la tranquilla coscienza di chi è pago della saldezza e dell'armonia delle costruzioni edificate dai suoi predecessori, ma l'animo ardito ed inquieto di chi si accinge a ripercorrere intero un difficile cammino di metodi e di esperienze » (1).

(1) S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, cit., III, (1940-1979), p. 3091.

Evidenzio alcuni punti che mi premono: il civilista è chiamato a raggiungere nuove frontiere; pertanto, non gli si addice un appagamento statico ma inquietudine e coraggio, giacché il suo sentiero dovrà snodarsi in terreni nuovi e faticosi. Il trentatreenne allievo di Betti e di Nicolò non si annida in visioni illusorie, ma, sorretto da un impegno che è etico prima ancora che culturale, ha il merito grande che è proprio dei giovani: guarda al presente in stretta connessione con il futuro; tiene ben nitido nella sua testa un progetto e ha il coraggio di proporlo alla comunità dei civilisti, la cui maggioranza — diseducata dalla vecchia condanna all'esegesi — ama la confortevole quiete garantita dall'assolutismo giuridico.

Sulla 'Prolusione' maceratese di Rodotà (come sui contributi scientifici, scritti nel decennio, che la corrobberanno) dovremo tornare tra poco. Ora conviene precisare meglio i due atteggiamenti, che sono ormai ben scoperti e doviziosamente motivati: piena coscienza della storicità del diritto civile; inevitabile coesistenzialità fra principi costituzionali e categorie civilistiche. Negli anni Cinquanta, come si è facilmente constatato, continua il purismo di marca pandettistica e, a parte le percezioni sicure di giuristi dalla spiccata sensibilità storicistica (quali Pugliatti e Rescigno) o la più complessa posizione di un marxista convinto come Ugo Natoli, l'evento *Costituzione* ha lasciato i più attoniti e anche non poco sgomenti per tutto il nuovo (il perentoriamente nuovo) racchiuso in un forziere dalle enormi capacità espansive. È, per esempio, il caso di Emilio Betti, giurista intriso fin nelle midolla da un forte anti-individualismo, che, da un lato, lo fa aderire al solidarismo corporativo della fascista 'Carta del lavoro', e, dall'altro, lo fa polemizzare con la identificazione liberal-borghese del 'negozio' di Giuseppe Stolfi (2), ma che non riesce a comprendere le potenzialità del neo-nato costituzionalismo repubblicano del secondo dopoguerra.

Una impostazione storicistica caratterizza le due, culturalmente assai vivaci, 'voci' enciclopediche che, nel 1960 e nel 1964, Rosario Nicolò dedica a temi basilari: *Codice Civile* e *Diritto Civile* (3).

(2) Alla polemica con Stolfi abbiamo accennato più sopra (p. 55).

(3) Sono, infatti, inserite nella giuffreana *Enciclopedia del diritto*, rispettivamente nei volumi settimo e dodicesimo.

Nicolò — che nella sua ‘Prolusione’ romana del ’56 ⁽⁴⁾ aveva avuto almeno il merito di distanziarsi dal giusnaturalismo tecnicizzato nelle categorie astratte dei Pandettisti, peculiare ai vetero-civilisti italiani del momento post-esegetico — qui coglie ‘Codice’ e ‘diritto civile’ all’interno di una comprensiva linea storica. Notabile, nel testo del ’60, l’approccio — per così dire — ‘costituzionale’ con la *funzione sociale* attribuita alla proprietà: questo sintagma, interpretato generalmente dal giurista italiano come un semplice auspicio, una sorta di tenue buffetto sulle guancie di civilisti ancora compenetrati dal monismo proprietario dell’individualismo moderno, è da Nicolò trasformato « da mero momento teleologico estrinseco in un modo d’essere della tutela della situazione d’interesse propria del *dominus* » ⁽⁵⁾ (alla stessa stregua del suo allievo Rodotà, impegnato, in quello stesso anno, in una analisi autenticamente ‘critica’ della nozione di proprietà ⁽⁶⁾).

Nella ‘voce’ del ’64 è da sottolineare una duplice e salvante persuasione: che « il diritto civile, nella sua efficienza vitale, non si esaurisce nei Codici e nelle leggi che lo integrano » ⁽⁷⁾; che è giunto il momento di svecchiare la scienza civilistica ridotta ad « un museo di anticaglie » inserendo nel suo oggetto specifico di studio le ‘norme costituzionali’ ⁽⁸⁾ [parole sue], « le quali hanno anche un significato positivo, quello cioè di riconoscere, nel quadro della nostra organizzazione sociale e politica, e di assumere a elementi fondamentali di questa, i principii e gli istituti essenziali che attengono ai rapporti interpretati e più in generale alla dignità e alla personalità umana » ⁽⁹⁾. Aggiungendo un rilievo, che aveva già fatto

⁽⁴⁾ Cfr. più sopra, alla p. 42.

⁽⁵⁾ *Codice Civile*, p. 249.

⁽⁶⁾ Cfr. più avanti alla p. 89.

⁽⁷⁾ *Diritto Civile*, p. 905.

⁽⁸⁾ « In antitesi alla tendenza a fare del diritto civile un museo di anticaglie, preziose quanto si vuole ma sempre tali, il civilista moderno dovrebbe rendersi conto del significato che, per definire l’oggetto della sua conoscenza, hanno le norme costituzionali che intendono garantire, sul piano costituzionale, istituti, situazioni e rapporti che riguardano i soggetti ‘privati’, sia come individui sia come elementi di comunità intermedie, i loro interessi e le loro attività, come manifestazioni di libertà e affermazione di personalità » (ivi, p. 908).

⁽⁹⁾ *Ibidem*.

il suo maestro Pugliatti in un intervento sopra-menzionato: « alcuni dei principi costituzionali [...] hanno tale forza espansiva da incidere direttamente nell'ambito dei rapporti privati e da assumere la funzione di direttive fondamentali per la elaborazione e l'attuazione degli istituti civilistici »⁽¹⁰⁾.

Nella stessa direzione si muovono alcune riflessioni, rese più sonore per essere manifestate in solenni 'Prolusioni' accademiche. La storicità del 'diritto civile' porta Michele Giorgianni (1915-2003), nel 1961, a porlo in stretta connessione con la mutata realtà economica, percependo il rischio grave di « affrontare situazioni nuove con strumenti vecchi »⁽¹¹⁾, giacché « spetta alla dottrina privatistica il gravoso ma insieme stimolante compito di adeguare i propri strumenti teorici al nuovo volto del diritto privato »⁽¹²⁾. Pietro Rescigno continua nella sua feconda comparazione di regole e istituti del 'diritto civile' con i valori e principii affermati nella Costituzione: nel 1961, scegliendo a tema della sua 'Prolusione' bolognese *Immunità e privilegio*, opera una illuminante verifica del principio di eguaglianza sancito nell'articolo 3 della Carta con i rapporti a struttura comunitaria di cui è folto il moderno mondo massificato⁽¹³⁾; nel 1966, sempre a Bologna, nel solenne 'Discorso inaugurale' dell'anno accademico, non ha esitazione nel voler rivisitare e mettere a fuoco uno dei punti più problematici e più annodati della moderna scienza giuridica, *L'abuso del diritto*, con una opzione coraggiosa che egli stesso tiene a motivare: « la dottrina dell'abuso del diritto è la storia dei tentativi [...] di reagire e di superare questa che potrebbe chiamarsi la progressiva 'disumanizzazione' del rapporto giuridico »⁽¹⁴⁾, strettamente collegata all'individualismo della civiltà borghese, al carattere formale dell'uguaglianza in esso propugnata, a quel vuoto pneumatico caratterizzante l'universo giuridico civilistico popolato di soggetti astratti e rapporti

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 909.

⁽¹¹⁾ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, cit., III, (1940-1979), p. 2946.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 2974.

⁽¹³⁾ P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, cit., p. 2911 ss.

⁽¹⁴⁾ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, cit., p. 3078.

astratti. Nel 1968, infine, redige pagine dedicate *Per una rilettura del Codice Civile* e, volutamente, le destina a una delle più diffuse Riviste giuridiche italiane, la *Giurisprudenza italiana*, frequentata da teorici come da pratici. Qui Rescigno, coerente ad un — a lui connaturale — atteggiamento storicistico, risolve la sua rilettura in una prima comparazione fra il Codice del 1942 con quello liberal-borghese del 1865 e, in una seconda, con i principii affermati nella Carta del 1948, suggerendo pochi interventi non incisivi sulla perfetta validità della struttura del Codice e segnalando che la legislazione speciale si era già accollata il compito di alcune necessarie modifiche ⁽¹⁵⁾.

Con Nicolò (1910) e con il suo allievo Giorgianni (1915) siamo ancora nella generazione dei primi del Novecento, mentre con Rescigno (1928) ci troviamo di fronte a un personaggio di rara precocità. Un ruolo determinante per la caratterizzazione degli anni Sessanta è, però, frutto di una generazione più giovane di civilisti, fra i quali spiccano Stefano Rodotà (1933-2017), Nicolò Lipari (1934), Pietro Perlingieri (1937), e, in una posizione a parte, Pietro Trimarchi (1934). Preciso il motivo di questa specificazione: dai primi tre, che si collocano pienamente in una civilistica italiana ispirata a un pluralismo ‘costituzionale’, il quarto merita un ricordo particolare per una carica innovativa dal diverso contenuto. E cominciamo pure da lui.

Pietro Trimarchi, allievo della scuola milanese, appare a noi come il civilista che, per primo, ha importato da Oltreatlantico quell’approccio, nuovo per la tradizione giuridica continentale europea, che si suole chiamare *analisi economica del diritto*; un approccio che trova negli USA una prima definizione nel saggio di Ronald Coase, del 1960, su *The Problem of Social Cost*, dove si guarda alle soluzioni giuridiche valutandole dal punto di vista della loro efficienza economica e, in sostanza, della necessaria loro conformazione al funzionamento del mercato. Il volume di Trimarchi *Rischio e responsabilità oggettiva* ⁽¹⁶⁾, del 1961, aveva la veste di proposta d’un nuovo metodo per il giurista, facendo proprii l’angolo di osservazione e le soluzioni concrete del libro sopraccitato di Coase. Senza

⁽¹⁵⁾ P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice Civile*, in « *Giurisprudenza italiana* », 1968, IV, p. 209.

⁽¹⁶⁾ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961.

dubbio fu una sorpresa per i sonnacchiosi civilisti di *civil law*, per molti una inammissibile contaminazione economicistica, ma fu anche una finestra aperta, un altro possibile sentiero da percorrere. Nei fatti, la posizione di Trimarchi restò abbastanza isolata, né si è tradotta in una scuola. Tuttavia, è una espressione da assumersi come segno della fertilità di quei complessi anni Sessanta.

Rodotà, Lipari e Perlingieri affidano le loro aspirazioni novatrici a tre solenni appuntamenti accademici coronati da tre 'Prolusioni'.

Stefano Rodotà prolude alla Università di Macerata il 18 dicembre 1966, ed è la 'Prolusione' più complessa perché intende essere portatrice di un progetto innervato da proposte concrete. L'avvio non può che cominciare dal superamento della « chiusura formalistica pressoché totale » che continua a soffocare l'attuale scienza civilistica ⁽¹⁷⁾, dalla consapevolezza salvante della storicità del diritto ⁽¹⁸⁾ e dalla parimente salvante consapevolezza che i principii affermati nella Costituzione appartengono all'ordine giuridico della Repubblica e sono, pertanto, « direttive interne del sistema privatistico ⁽¹⁹⁾. Il salvataggio è una « legislazione per principii » ⁽²⁰⁾, « principii che debbono esprimersi in clausole generali » ⁽²¹⁾. Ovviamente, « una legislazione, come quella indicata, non può esprimersi che come espansione dei principii costituzionali, che costituiscono il filtro attraverso il quale le esigenze della società possono penetrare nell'ordito giuridico » ⁽²²⁾. Ovviamente, « si ripropone la questione dell'apporto del giudice alla elaborazione ed alla applicazione del diritto » ⁽²³⁾, nonché « il problema degli strumenti da mettere a disposizione del giudice per esaltare al massimo la sua responsabilità » ⁽²⁴⁾.

Nel progetto di Rodotà lo strumento mediatore per corrispondere alle esigenze di rinnovamento senza provocare un capovolgimento totale del monismo legalistico imperante è la *clausola gene-*

⁽¹⁷⁾ RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 3093.

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 3097.

⁽¹⁹⁾ Ivi, p. 3094.

⁽²⁰⁾ Ivi, p. 3097.

⁽²¹⁾ Ivi, p. 3102.

⁽²²⁾ Ivi, p. 3103.

⁽²³⁾ Ivi, p. 3099.

⁽²⁴⁾ Ivi, p. 3102.

rale. Nulla di interamente nuovo sotto il sole. A inizio del Novecento anche un civilista *coraggiosamente moderato*, Vittorio Polacco ⁽²⁵⁾, osservatore preoccupato per i mutamenti rapidi che si allontanavano sempre maggiormente dall'immobile blocco legislativo, invitava a puntare di più sulle *clausole generali*, quegli « organi che vorrei dire respiratori » che sono « nel corpo delle patrie leggi » e che consentono quasi « una progressiva esplicazione della legge » ⁽²⁶⁾. La cornice delle 'patrie leggi', che il buon Polacco invocava in pagine denunciante *Le cabale del mondo legale* ⁽²⁷⁾ ma prudenti nell'evitare irrimediabili spaccature con la tradizione ufficiale, ha in Rodotà la visione tutta nuova che, al giovane civilista con occhi ben aperti, offriva il pluralismo dei valori espressi a chiare note dalla Costituzione. Lì, e principalmente lì, è il grimaldello per rompere i rigidi schemi positivistic; ed è nella normazione per clausole generali (solidarietà *ex art.* 2, funzione sociale *ex art.* 42, buona fede oggettiva, correttezza, etc.) che possono trovare riconoscimento le istanze valoriali dello stesso diritto privato ⁽²⁸⁾.

La 'Prolusione' barese di Lipari, letta il 16 marzo 1968, afferma fin dal titolo la sua impostazione anti-formalistica: *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo)*. Se il nemico da battere è la legalità a tutti i costi ⁽²⁹⁾, si tiene tuttavia a dichiarare esplicitamente « scetticismo sulla idoneità di una legislazione per principi » ⁽³⁰⁾. La intima storicità del diritto dovrà essere rispettata in altro modo. Seguendo soprattutto la anti-formalistica riflessione

⁽²⁵⁾ La qualificazione in corsivo si riferisce al titolo di un mio saggio su questo civilista, titolo che, a sua volta, riprendeva una espressione autobiografica dello stesso Polacco: *"Il coraggio della moderazione" (specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)* (1989), ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, cit.

⁽²⁶⁾ Le citazioni possono reperirsi nel mio saggio ora ora menzionato (pp. 173-74).

⁽²⁷⁾ È questo il titolo del discorso, letto da Polacco all'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti' nel 1908, nel quale si dà largo spazio alle 'clausole generali'.

⁽²⁸⁾ Su questo nuovo tempo delle clausole generali una approfondita riflessione può reperirsi nelle pagine di Umberto Breccia (cfr. soprattutto: U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice* (2007), nonché: *Clausole generali (buona fede, buon costume, diligenza, ordine pubblico)* (2011), ora in: Id., *Immagini del diritto privato*, vol. I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, Giappichelli, 2013.

⁽²⁹⁾ *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo)*, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, cit., III, (1930-1979), p. 3142.

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 3154.

teoretica di Enrico Paresce ⁽³¹⁾, Lipari impegna il giurista posmoderno alla ricerca e individuazione dei valori; che germinano e si sviluppano in seno alla società (ecco come l'indagine sociologica entra nel suo processo conoscitivo), ma che tendono a tipicizzarsi pur senza connotazioni di astrattezza (ed ecco la necessità di una dogmatica che, poiché fondata sui valori, « realizza e vive il senso vero della storicità » ⁽³²⁾).

La 'Prolusione', che Pietro Perlingieri tiene alla Università di Camerino, il 18 aprile del 1969, su *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, ripete e intensifica il messaggio centrale degli *homines novi* del decennio in chiusura, che potrebbe puntualmente identificarsi in una visione marcatamente 'costituzionale' del diritto civile. Nello sfondo è vivace la percezione del diritto quale *esperienza*, e il rischio da evitare, come risulta espresso fin dal titolo, è « l'allontanamento dal diritto vivente » ⁽³³⁾, nella convinzione che « il diritto è un aspetto della storia e che la storia di un popolo non avrebbe senso senza individuarne il diritto » ⁽³⁴⁾. Pertanto, si propone « una concezione dinamica del diritto civile » che si concentri soprattutto sul momento dell'*esercizio* delle situazioni giuridiche soggettive ⁽³⁵⁾. Il civilista dovrà servirsi a fondo della ricchezza culturale che possono procurargli la comparazione e la storia del diritto ⁽³⁶⁾, e, rinnovando Perlingieri la raccomandazione contemporanea di Rescigno, dovrà « rileggere e rimeditare i Codici alla luce della Costituzione » ⁽³⁷⁾. Rispetto alla proposta di Rodotà,

⁽³¹⁾ Enrico Paresce (1895-1987), come filosofo del diritto è portatore di un pensiero contrassegnato da una determinante cifra storicistica, che gli proviene da influenze plurali e anche sostanziosamente divergenti, sul piano filosofico da Marx, Bergson, Croce, su quello giuridico dall'istituzionalismo romaniano. Siciliano di nascita, vive la sua vicenda di docente universitario interamente nell'Ateneo di Messina, entrando in vivo colloquio con la scuola civilistica e soprattutto con Pugliatti e Falzea.

⁽³²⁾ Ivi, p. 3171.

⁽³³⁾ *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Le prolusioni dei civilisti*, cit., III, (1940-1979), p. 3182.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 3193.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 3190.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 3206.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 3207.

come Lipari, parla assai chiaro: « un diritto civile espresso soltanto in clausole generali sarebbe, a nostro giudizio, utopistico » (38).

Prima di chiudere questo capitolo, conviene ancora sostare sugli anni Sessanta, giacché è nel corso dell'intero decennio che Stefano Rodotà, non ancora catturato dalle illècebre della politica spicciola, non si limita a enunciare proposte generali di riforma, ma, nella concretezza del suo laboratorio civilistico, prova a dare qualche sperimentazione affrontando tre temi/problemi basilari: la proprietà nel 1960 (39), la responsabilità civile nel 1964 (40), il contratto nel 1969 (41). Nell'amplessissimo saggio del '60 lo scopo è sottrarre il diritto di proprietà dal sacrario moderno in cui era soltanto oggetto di venerazione, verificarne — al contrario — la sua sensibilità al mutare delle condizioni storiche e immergerlo ne « la socialità immanente nella funzione del diritto », come — dietro il suo primo Maestro Betti — ammonisce Stefano. Insomma, rivisitare l'appartenenza civilistica alla luce dei valori costituzionali, con una *funzione sociale* che non è un belletto aggiustato dall'esterno e posticcio, bensì nervatura interna immanente alla sua struttura giuridica. Al *problema* della responsabilità civile è dedicata, nel '64, la sua prima monografia: non è più il tema indiscusso ancora bloccato sulle diagnosi remote dei giureconsulti classici, ma piuttosto un problema da risolvere per la civiltà giuridica contemporanea; il che si può agevolmente fare puntando sulla clausola generale dell'ingiustizia del danno presente nell'articolo 2043 del Codice in stretto collegamento con la più comprensiva clausola di solidarietà dell'articolo 2 della Costituzione. La terza sperimentazione, del '69, non è tanto rivolta al contratto quanto alle fonti di integrazione del contratto (norme legislative e decisioni giudiziali). Il tentativo è la rottura del microcosmo chiuso dell'autonomia privata, che una tradizione di impronta individualistica aveva (anche dopo il Codice del '42 e la Costituzione) consegnato intatto ai civilisti italiani e che non può che

(38) Ivi, p. 3193.

(39) *Note critiche in tema di proprietà*, pubblicato originariamente in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », anno 1960, fascicolo IV.

(40) *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964.

(41) *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969.

incrinarsi se misurato al quadro dei valori costituzionali e soprattutto ai doveri di solidarietà sociale *ex* articolo 2 ⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ Riassume bene Francesco Macario la vitalità dinamica delle diverse messe a punto di Rodotà sui portanti istituti civilistici: «una volta liberate dalle ipoteche individualistiche e restituita centralità alle clausole generali, le regole della responsabilità civile, non diversamente dalle altre del diritto privato, vengono aperte, da una parte, all'intervento legislativo al quale si moltiplicano i punti di intersezione, e, dall'altra, a quello del giudice, al quale spetta il compito di operare via via i contemperamenti necessari fra solidarietà sociale e valori della razionalità economica» (F. MACARIO, *L'autonomia privata in Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008 (Convegno — Palermo 7-8 luglio 2006, a cura di L. Nivarra), p. 226).

XVIII.

ANCORA SUI FERTILI ANNI SESSANTA

(le felici aporie di Gino Giugni nella costruzione di un nuovo
'diritto del lavoro' fuori delle strettoie civilistiche)

1. Ci è capitato di accennare solo sparsamente al fatto 'lavoro' (oggi, si direbbe: al valore 'lavoro') per un motivo inoppugnabile: la mala sorte di quel fatto durante la modernità e anche all'inizio di un tempo posmoderno. Sì, mala sorte, perché, sia nel Codice napoleonico, sia nel Codice italiano del 1865 (che resta, ohimè!, vigente fino al 1942), la dimensione etica e sociale del lavoro resta soffocata e avvilita, ai nostri occhi anche pesantemente snaturata, da una decisa *mercificazione*. Il lavoro è, cioè, la merce, l'unica modesta merce che il lavoratore può offrire al proprietario e all'imprenditore in cambio di un modesto salario.

Situazione perfettamente risolta dai giuristi (a cominciare dagli antichi romani) con lo schema tecnico della *locazione*; uno schema che si presenta ancora nei sopradetti Codici ottocenteschi in una visione unitaria, il *genus* locazione, ripartito in alcune *species* ma concettualmente unitario in quanto dazione (non gratuita) in uso di qualcosa da un soggetto a un altro, con una totale uniformazione della dazione di una cosa da parte del proprietario alla dazione del lavoro da parte del lavoratore. E infatti i Codici sopra menzionati ospitano all'interno dello schema unitario 'locazione' le due specie 'locazione di cose' e 'locazione di opere', evidenziando così la reificazione, ossia la riduzione del lavoro a cosa, senza che sia rilevante una sua diversa qualità intrinseca; anzi, la mercificazione è voluta e attuata, perché rientra tra le complesse strategie di un preciso progetto politico. È, pertanto, consequenziale che il legislatore italiano (così come quello francese) seppellisca nel libro III 'Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose', dopo il titolo VI 'Della vendita' quello 'Del contratto di

locazione', il quale si apre con l'articolo 1568, che ha la cura di informare che « Il contratto di locazione ha per oggetto le cose e le opere », ambedue unificate da uno stesso schema tecnico.

Di fronte a questo seppellimento, o, se si preferisce, di fronte a questa imbalsamazione di un cadavere romanistico, il silenzio da parte nostra era l'unica posizione possibile. Al contrario, durante il corso del nostro itinerario, abbiamo creduto di dover segnalare alcune voci *stonate* nel coro pressoché unanime dei civilisti esegeti, perché testimonianze di interessanti aperture pluralistiche: quella del giovane Tartufari, uno dei *neoterici*, impegnato proprio nel demolire lo schema unitario della locazione romana e borghese; di Enrico Redenti, che, nei suoi esordii civilistici, rivaluta e studia con attenzione le prime presenze di una legislazione *sociale*; di Carnelutti, attento alle leggi sugli infortunii sul lavoro, dove l'*uomo/macchina da lavoro* si è trasformato in un *uomo vivo* nelle sue sofferenze esistenziali; di Giuseppe Messina, quale collaboratore dello 'Ufficio del lavoro' diretto dall'economista Giovanni Montemartini. Semi sparsi destinati ad assopirsi durante il ventennio autoritario, quando il Regime formalmente corporativo soffoca l'apparente pluralismo sotto la cappa plumbea di uno stringente controllo politico.

2. Un 'diritto del lavoro' riappare, proprio nell'anno della fine della guerra e delle dittature fascista e nazista, in quel 1945 quando Santoro Passarelli pubblica la prima edizione delle sue *Nozioni di diritto del lavoro*. Ma c'è poco di nuovo sotto il sole, perché l'autore, non demolendo le alte mura che limitano il suo sguardo di cultore monista del diritto civile, ci offre una visione pesantemente patrimonialistica e soprattutto endo-civilistica. In quelle *Nozioni* è, infatti completamente assente il '*contratto collettivo*', mentre solo nella IVa edizione del 1951 emerge « la nozione di interesse collettivo come interesse indivisibile di una categoria » (1).

Nel frattempo, Santoro aveva dedicato attenzione, in un saggio

(1) P. ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla Liberazione alla legge sui licenziamenti*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 21.

del '49, ad *Autonomia collettiva, giurisdizione, diritto di sciopero* (2), ampliando apparentemente lo sguardo, ma riducendolo sostanzialmente entro i limiti compatibili con il suo legalismo. L'interpretazione mia è unilaterale (e, quindi, falsante)? Lasciamo a lui di darci una interpretazione autentica grazie alla 'voce' nella giuffreana 'Enciclopedia del diritto' che egli redige nel 1959: l'autonomia collettiva, da incasellarsi — né più, né meno — entro i canoni generali dell'autonomia privata, « va intesa così, come la potestà di regolare i propri interessi, derivante dalla legge e alla stessa subordinata », con questa eloquente deduzione (scritta per chi avesse troppo fantasiosa immaginazione): « l'autonomia privata non può essere concepita come fonte neppure derivata di norme giuridiche ». Insomma, tutto deve risolversi *sub lege*; il legalismo della maggioranza civilistica italiana continua a imperversare tentando l'ingabbiamento dei nuovi rapporti di lavoro nel ristretto ambito del diritto legale.

Testimonianza — questa di Santoro — che fa il paio con il suo approccio al grosso tema/problema dell'*impresa* esaminato più sopra; ambi stanno, infatti, a dimostrare una forte ripugnanza per tutto il *nuovo* che esca dai binarii consolidati della tradizione europea continentale, una tradizione che ama acquietarsi solo nelle nicchie coniate per l'individuo abbiente dalla tecnica dei grandi giuriconsulti della classicità romana e considerate preziose dal moderno individualismo borghese, fiorentissimo ancora malgrado il terremoto del secondo conflitto bellico che, pure, ha squassato l'intera civiltà occidentale.

L'impresa nel mondo economico, il contratto collettivo nel mondo sociale, due fenomeni che puntano sulla dimensione organizzativa quale carattere tipizzante, due fenomeni che si identificano, innanzi tutto, nella combinazione e organizzazione (ma altresì nel superamento) di forze plurali, sono abbastanza alieni a un civilista che è stato abituato a muoversi in un universo popolato da individui, da rapporti individuali (se mai, plurali), da diritti e doveri individuali, da singoli individui in relazione a cose. In un personaggio di spicco come Santoro Passarelli, che per intelligenza e capacità

(2) Ora in: *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, Jovene, 1961.

intuitiva non può essere confuso nel gregge del pecorame, c'è un atteggiamento complesso e non univoco: egli capisce che bisogna misurarsi col *nuovo* (anche se sgradevole), nel '42 con l'*impresa* ormai dominante nel nuovo Codice, nel '49 con il *contratto collettivo* cavalcato ormai dalla nuova democrazia parlamentare; e il *nuovo* viene affrontato, anche se non può non scontrarsi con convinzioni radicatissime favorevoli a un rigetto. Si respinge, allora, il rigetto e si cerca di ridurre il rischio, di arginarlo, spesso alterandone il messaggio. Resta, comunque, difficile la sua comprensione, ed è questa la posizione santoriana.

3. Si dirà — da qualche lettore impaziente — che l'esposizione un po' lungotta di questo capitolo si estrania dal nostro itinerario; e avrebbe ragione se il riferimento al Santoro giuslavorista (così come al Santoro proludente sulla impresa) fosse esaminato nella sua insularità e non fosse, invece, da noi intimamente collegato con tutto il nuovo che si muove d'intorno, resistenza monistica in mezzo al temporale pluralistico. Nel campo che qui ora ci interessa, se non servisse a marcare tutto il nuovo che si muoverà imperioso, di lì a qualche anno, con la incisiva riflessione di Gino Giugni, incisiva perché effettivamente pluralistica ⁽³⁾.

Per capire il giurista Giugni e afferrarne la singolarità, credo che possa essere vantaggioso cominciare da un'affermazione paradossale: la condizione personale che favorisce la sua originalità è il suo orfanaggio accademico, l'assenza in lui di collegamenti diretti con Maestri e Scuole. Se si vuole, è un autodidatta alla ricerca di se stesso. Legge e ammira Ascarelli e la sua riscoperta della carnalità/storicità del diritto, con il netto rifiuto di improbabili purezze; legge e ammira i giuristi weimariani con alla testa Sinzheimer, primi cultori di un 'diritto del lavoro' autenticamente democratico e, come Ascarelli, miranti all'effettivo, all'esistenziale. Il tutto avvalorato dal

⁽³⁾ Questi cenni alla complessa personalità di Giugni sono certamente sommarii, ma certamente bastevoli nell'economia del presente saggio. Assai più distesamente ne ho trattato in due miei precedenti interventi: *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento* (2007), ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, cit., p. 689 ss., e *In ricordo di Gino Giugni* (2011), ora in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi II*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 147 ss.

contributo metodologico proveniente a lui, giovane assetato di orientazioni basilari, dal soggiorno americano nella Università dello Wisconsin, dove si erano radicati eredi della scuola storico-economica tedesca e dove, diversamente dai purismi europei (e soprattutto italiani), la dimensione giuridica era chiamata a far sempre i conti con quella sociale ed economica.

È da questa felice congiunzione culturale che si forgia, in una sostanziale solitudine, un cultore affatto nuovo per un 'diritto del lavoro' alla stregua dei tempi nuovi; e non solo assolutamente distaccato dal corporativismo europeo (da lui spregiativamente e, forse, troppo spicciativamente liquidato come 'sindacalismo di Stato'), ma anche insoddisfatto da visioni endo-civilistiche come quella che stava delineando negli anni del secondo dopoguerra Santoro Passarelli. Giugni, giurista senza intruppamenti e, quindi, senza decaloghi ben definiti da osservare, è alla disperata ricerca di solide pietre per fondarvi quel saldo edificio che intende costruire.

Il frutto conclusivo di tutto questo arrovellamento di indole epistemologica è la riflessione conclusiva che egli affida, nel 1960, anno primo di un decennio che sappiamo fertile in Italia, a un libro *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva* ⁽⁴⁾, che è, assai più delle *Nozioni* santoriane di quindici anni prima, la compiuta testimonianza di una scienza giuslavoristica affrancata dal vecchiume di anchilosanti ipoteche. Giugni, che non inforca mai gli occhiali deformanti dello statalismo, guarda al di là dello Stato, in quelle riposte radici della società dove alligna e si sviluppa l'*azione collettiva* dei lavoratori e dove si riscontra l'autonomia del fenomeno sindacale finalmente coglibile in tutta la sua *originarietà* ed *originalità*. Il risultato era di non poco conto: veniva staccato dall'ombra incumbente della politica organizzata, affidandogli di contribuire in modo autonomo allo sviluppo di una civiltà storica.

Su questo punto gli davano man forte i Maestri dello Wisconsin, che studiavano il diritto con occhi intrisi di sapienza economica, e gliela davano pure i weimariani, immersi com'erano anche nella prassi sindacale e politica del primo esperimento democratico tedesco. Giugni non si arresta qui, avvertendo il bisogno di una ferma

⁽⁴⁾ G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960.

intelaiatura teorica in grado di salvare il costruendo edificio da una mera fattualità empiristica; ed è su questo punto che si avvia il ricorso alla lezione (e al messaggio, innanzi tutto, metodologico) di Santi Romano; ed è qui che si affaccia il vizio di aporeticità del disegno giugniano.

Mi spiego: Giugni, come Romano, non è statalista, ma non si sente di sposare interamente il messaggio romaniano. Come lui stesso ha la franchezza di dichiarare, fa « un uso disinvolto » della teorica romaniana ⁽⁵⁾, non arrivando a cancellare il pervicace normativismo (inculcätogli dalla convinzione generalmente diffusa e pressoché indiscussa nella legalista Italia) e ammettendo alla base di ogni ordinamento giuridico la « esistenza di una norma fondamentale autosufficiente » ⁽⁶⁾. Il filosofo del diritto Giovanni Tarello, attento ai problemi giuridici del lavoro in Italia ed estimatore del progetto culturale e tecnico di Giugni, non mancò di rilevare questa disinvoltura, nonché le venature di artificio e di incoerenza che da quella scaturivano ⁽⁷⁾. A noi, attenti al faticoso itinerario del crescente pluralismo giuridico in Italia, basta di rilevare l'indubbio merito di Giugni all'interno di quel sentiero in salita; e non posso che trascrivere la frase con cui chiudevo il mio contributo biografico del 2007: « grazie alla adozione della dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, anche se accolta restrittivamente secondo una visione normativistica, Giugni perviene alla valorizzazione del movimento sindacale non sulla base di avventurose e pertanto contestabili ideologie politiche, ma di approfondimenti di una analisi di schietta teoria del diritto, contestabile forse essa stessa ma, in quanto riposante su una diagnosi giuridica, sottratta almeno alle virulenze e agli umori proprii della dialettica politica. È il tentativo, che Giugni affronta nel volume del 1960 *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, del quale, malgrado alcune aporie, non si

⁽⁵⁾ *Il diritto del lavoro*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Milano, Giuffrè, 1977, p. 183.

⁽⁶⁾ *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, cit., p. 49.

⁽⁷⁾ G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, Comunità, 1967, pp. 90-91.

può non sottolineare il notevolissimo spessore culturale. Con quel volume la scienza italiana di 'diritto del lavoro' volta decisamente pagine »⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ GROSSI, *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, cit., pp. 706-707.

XIX.

LUIGI MENGONI E LE RESPONSABILITÀ CULTURALI DI UN CIVILISTA POSMODERNO

Entro la civilistica italiana, che si proietta coraggiosamente nella seconda metà del Novecento, intenta ad abbandonare il vecchiume di una tradizione ormai del tutto inadeguata al *nuovo* clima culturale sociale economico della novissima Repubblica, un ruolo affatto peculiare e di grosso rilievo occupa Luigi Mengoni con il fecondo fardello del suo complesso itinerario di ricerca.

Nato nel 1922, è più vecchio dei giovani alfieri degli anni Sessanta — Rodotà, Lipari, Perlingieri — e avvia il suo cammino di ricerca inserendosi nel contesto conservatore e culturalmente assai rarefatto dei Maestri operosi nelle Università milanesi (Barassi, Messineo, Barbero), lui che aveva pur fatto una scelta significativa laureandosi in ‘diritto commerciale’ con Mario Rotondi, allora uno dei pochissimi privatisti italiani aperto a esperienze comparatistiche ⁽¹⁾. Ci racconta la decisiva svolta culturale lo stesso Mengoni, prefando nel 1985 una raccolta di suoi scritti unificati sotto il titolo — squillante per eloquenza — ‘*Diritto e valori*’: svolta che era

⁽¹⁾ Una attenzione verso i commercialisti, che è solidamente motivata. Ce ne informa lo stesso Mengoni nella tardissima intervista rilasciata a Pietro Ichino (*Intervista a Luigi Mengoni*, a cura di P. Ichino, in « Rivista italiana di diritto del lavoro », 1992, I, p. 110) segnalando esplicitamente che il magistero da lui ammirato e seguito sovra ogni altro è stato quello di due commercialisti, lo storicista Ascarelli e l’Asquini indagatore attento alla natura dei fatti. Sullo storicismo del vivantiano Ascarelli basti rinviare a quanto è scritto più sopra alle p. 43 ss.. Per Alberto Asquini (1889-1972), che pure è allievo non di Vivante ma del dogmatico Alfredo Rocco, il saggio apprezzato da Mengoni è: *La natura dei fatti come fonte di diritto*, pubblicato originariamente nel 1921 sullo « Archivio giuridico » (ora in A. ASQUINI, *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, Cedam, 1936), dove non si dà di *natura* una individuazione *naturalistica*, di appartenenza alla realtà fenomenica, ma sociale e storica.

consistita nell'accogliere il rimprovero rivoltogli da Emilio Betti per la sua «sudditanza al metodo di un'arida analisi formale, astrattamente concettualistica quale quella proposta dall'indirizzo statalistico e antiteleologico kelseniano» (2), dimostrata nella prima monografia mengoniana del 1949 (per tanti aspetti assai pregevole) *'L'acquisto a non domino'*. Nella Prefazione dell'85 sono segnati i criterii orientativi del nuovo itinerario: «coscienza dell'unilateralità del metodo dogmatico tramandato dalla scuola pandettistica, della quale la scuola kelseniana è la continuazione sul piano della teoria generale del diritto», «l'inadeguatezza, rispetto ai bisogni della nuova società industriale e pluralistica, delle sintesi valutative cristallizzate nella struttura concettuale del sistema classico del diritto privato» (3).

Su queste fondazioni dal carattere eminentemente *critico* si distende, a partire dai primi anni Sessanta, l'itinerario della *ricerca* mengoniana, traducendosi in una perenne *problematizzazione* (sempre improntata a posizioni *critiche*, però mai *scettiche*), ma anche in una perenne crescita culturale, nella quale al civilista si congiunge doverosamente il teorico generale e il filosofo del diritto. Il discorso di Mengoni non può non essere complesso: il civilista, infatti, non potrà mai appagarsi della maestria del suo sapere tecnico, ma dovrà affrontare in prima persona quei problemi metodologici che — soli — riescono a indirizzare le soluzioni tecniche irrobustendole e orientandole. Nel 1983, tornando ancora una volta a parlare di metodo non per sfoggio esibizionistico ma per corrispondere a un dovere di correttezza professionale, egli non ha esitazione a puntualizzare con fermezza: «il giurista positivo, e in particolare il civilista, non può delegare la riflessione metodologica al filosofo del diritto, perché l'elaborazione del metodo è legata da uno stretto nesso di interazione all'attività di applicazione al proprio oggetto specifico» (4); e, alla fine della densa Prefazione dell'85 — una sorta di autobiografia intellettuale, sia pure *in nuce* — fa suo l'invito di Hegel

(2) La frase di Betti, segnata nella Prefazione al primo volume della sua *Teoria generale delle obbligazioni*, è riportata da Mengoni in: *Diritto e valori*, Bologna, il Mulino, 1985, p. 5.

(3) *Ibidem*.

(4) *Ancora sul metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, cit., p. 80, nota 5.

a « prendere su di sé la fatica del concetto »; che è una necessaria fatica e non un ornamento da esibire ⁽⁵⁾.

Più sopra, cercando di tratteggiare la sàgoma di un altro grande civilista, Pugliatti, coglievo un tratto qualificante nella sua 'inquietudine'; lo stesso non direi per Mengoni, che si sottopone — questo sì — a una costante e pressante interrogazione auto-identitaria, ma che non è toccato dal dubbio sulla scientificità del diritto (corrosivo assillo del giurista messinese), che mostra su questo perno centrale una piena sicurezza e che è soltanto insoddisfatto di come àbbiano lavorato gli scienziati del diritto e soprattutto i civilisti, insoddisfazione ovviamente generatrice di problemi. Mi sembra, perciò, più veristico analogizzarlo a Gino Gorla, un civilista insoddisfatto che riesce a salvarsi aprèndosi, come sappiamo, alla comparazione e alla storia.

Quel che si è detto più sopra sul pronto accoglimento del rifiuto bettiano di una dogmatica violatrice (se non soffocatrice) della storicità dell'esperienza giuridica, unito però alla consapevolezza del carattere ordinante della *scientia iuris* e quindi della necessità di categorie teoriche ordinatrici del magma socio-economico (necessità di principii e concetti sia pure muniti d'una immancabile storicità), non è solo la prova della probità intellettuale del civilista trentino, ma è il contrassegno di un ricercatore che si accolla con serenità (come ho creduto di dover puntualizzare nel titolo del capitolo) le più gravi responsabilità professionali (che sono culturali, ma *in primis* soprattutto etiche e sociali). A questo carico di responsabilità vogliamo brevemente riferirci, sicuri che sia questo il modo per capire e capire l'essenzialità dello studioso.

Guardando alla più che cinquantennale operosità scientifica di Mengoni, conclusa soltanto con la morte nel 2001, la si può sintetizzare in un costante (e sempre più marcato) storicismo, ridondante ovviamente in un costante (e sempre più marcato) pluralismo giuridico. Per le finalità di questo saggio sarà bastevole individuarne le nervature portanti.

All'origine v'è una basilare scelta metodologica: la imperiosa « esigenza di integrazione del pensiero problematico nel pensiero

⁽⁵⁾ Prefazione a *Diritto e valori*, cit., p. 8.

sistematico » (6). Anzi! Il primato del problema sul sistema. Affermazione non innocua, perché significa l'abbandono dell'assolutismo del testo normativo, del primato del testo, del « primato del vincolo dell'interprete alla legge, la quale non avrebbe se non il valore di un *topos* fra gli altri » (7). Insomma, nella lezione epistemologica di Mengoni le iniezioni problematizzanti servono a evitare la *Isolierung* del sistema giuridico dalla storia (8). L'arte *topica*, rinverdata nel 1953 da Theodor Viehweg (9), appare a Mengoni un vero salvataggio culturale per ogni giurista e soprattutto per il civilista, giacché si corregge la perniciosa « tendenza alla chiusura statica del sistema, alla mancanza della dimensione diacronica, senza la quale si smarrisce il senso della continuità dinamica del diritto » (10). Al termine del suo itinerario di ricerca ribadirà con intensità la « temporalità ontologica del diritto », scrivendo dietro Husserl che « è esso stesso storia, ha la struttura temporale della storicità » (11).

Aggiungendo una verità, misconosciuta in quanto dirompente di inveterati dogmatismi giuspositivistici ma di grosso rilievo per occhi finalmente purificati da un benefico lavacro metodologico: « il tempo agisce sul diritto [...] anche dall'interno mediante l'interpretazione e l'applicazione » (12). Ossia: rispetto a quell'impetoso misuratore di forze e di efficacia che è lo scorrere del tempo, il salvataggio è nella capacità adeguatrice dello strumento interpretativo, giacché « interpretare e comprendere un testo di legge non è un'attività meramente dichiarativa, ma un'attività che concorre a formare il diritto; il suo risultato è parte costitutiva del diritto ». Non solo, ma è proprio da questa elementare ma essenziale percezione che si stabilisce « la base per sviluppi più radicali dell'ermeneutica

(6) Ivi, p. 7.

(7) *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* (1976), ora in *Diritto e valori*, cit., p. 47.

(8) *Interpretazione e nuova dogmatica* (1988), ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 82.

(9) È l'anno di pubblicazione di *Topik und Jurisprudenz: ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, che è per Mengoni quasi un *livre de chevet*.

(10) *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, cit., p. 31.

(11) *Diritto e tempo* (1998), ora in *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 13.

(12) *Ibidem*.

giuridica » (13). E qui al vecchio mentore giuridico Ascarelli non può non aggiungersi il mentore filosofico Gadamer, che, pienamente almeno dal 1976, si pone quale prezioso compagno di corsa di Mengoni (14).

Quali gli approdi dello storicismo mengoniano? Innanzi tutto, l'apertura a un vistoso pluralismo e la riscoperta piena della complessità del diritto; e il Nostro non può che, da un lato, arrivare alla conclusione della « rinata esigenza di una legittimazione meta-legislativa dell'ordine giuridico » (15), dall'altro lato, seguendo l'insegnamento di Capograssi, « abbandonare il postulato del formalismo giuridico, per cui nelle parole della legge sarebbe incorporato un unico significato prestabilito una volta per tutte » (16). Insomma, il perno dell'ordinamento in questo nostro tempo posmoderno non può che spostarsi — nell'ottica di Mengoni e di parecchi civilisti con gli occhi ben aperti sul mondo — dalla volontà del legislatore serrata nel testo della legge alla comprensione corale degli interpreti. È la ragione per cui il Nostro non trascura la incisività delle 'clausole generali', presenti anche nell'età dei Codici ma rinvigorite da una civilistica innovatrice degli anni Sessanta. Il suo interesse è motivato con precisione: sono incrinature del chiuso e auto-referenziale po-

(13) *Ibidem*.

(14) Hans Georg Gadamer (1900-2002) è il filosofo che, più d'ogni altro, sviluppando intuizioni del suo Maestro Heidegger, ha tentato di mettere in chiaro le strutture della *comprensione* e della *interpretazione*, e lo ha fatto con una attenzione peculiarissima verso il plurisecolare scavo riflessivo della *iusprudentia*, come è attestato da un capitolo centrale della sua opera sistematoria *Verità e metodo* dedicato a *Il significato esemplare della ermeneutica giuridica*. È un magistero, questo gadameriano, con cui ha volentieri familiarizzato Mengoni. Di ciò ha voluto darmi testimonianza, quando, nel 1978, da me invitato a collaborare al volume monografico dei « Quaderni fiorentini » destinato a ripensare la figura scientifica di Emilio Betti, redasse un pregevole saggio su *La polemica di Betti con Gadamer* ora in: MENGONI, *Diritto e valori*, cit., p. 59 ss.

(15) *La questione del 'diritto giusto' nella società postliberale* (1988), ora in *Scritti I*, cit., p. 59.

(16) *Attualità di Giuseppe Capograssi* (2000), ora in *Scritti I*, cit., p. 231. Forte è in lui l'influenza del messaggio filosofico-giuridico di Giuseppe Capograssi, « alla cui autorità sogliono appoggiarsi i pretenziosi e saziati 'auguri' dell'esperienza giuridica » (come dice con atteggiamento palesemente spregiativo Natalino IRTI, *Riconoscersi nelle parole. Saggio giuridico*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 35). Nel nòvero di quei *pretenziosi* si onorava — dichiaratamente — di appartenere Mengoni (e mi onoro di appartenere tuttora anch'io).

sitivismo legale, perché implicano da parte del giudice una ricerca *extra moenia* nel tessuto della morale e del costume, « esprimono punti di vista, criteri direttivi per la ricerca dei valori, che il giudice deve poi tradurre con un proprio giudizio valutativo in una norma di decisione » (17).

È quanto particolarmente gli preme per liberare il proprio atteggiamento storicistico dall'empirìa della mera fattualità: il radicare del diritto nella realtà fondativa dei valori, quei valori che sono stati segnati con inchiostro vivo nel titolo della 'raccolta mengoniana del 1985 e che sono non solo il fulcro di una concezione fortemente assiologica, ma anche il salvataggio dal rischio di una consegna dello sviluppo del diritto a un soggettivismo atomistico. Riassumiamo alcuni risultati tipizzanti: rifiuto di ogni astrazione metastorica e rifiuto del formalismo; recupero storicistico della complessità dell'esperienza giuridica; pluralismo di fonti e valorizzazione degli interpreti nella loro funzione *inventiva*.

I numerosi sacerdoti del vecchio credo positivistico non avrebbero torto di contestare slabbramenti, particolarismi e disordine quali probabili approdi. Il salvataggio è proprio l'aggancio, l'ineludibile aggancio con il livello fondativo dei valori. Su lui civilista influisce non poco il messaggio del personalismo cristiano, che aveva trovato in Italia un propugnatore di rara efficacia in Giuseppe Capograssi, e su lui giuslavorista pesa non poco il messaggio del solidarismo cristiano a favore dei lavoratori e contro ogni strumentalizzazione economicistica. Ma il messaggio determinante proviene proprio dall'evento 'Costituzione', da quel testo del 1948 congiunto ai lavori preparatorii in seno alla Assemblea Costituente: in quei tempi remoti della nostra edificazione repubblicana si era tentato con coraggio la individuazione dei valori fondanti della nuova Repubblica, e si erano disegnati principi a loro volta fondativi di diritti essenziali del cittadino italiano; la persona umana veniva a costituire il valore primario e, accanto, si proponevano come valori le formazioni sociali in quanto integratrici della persona.

Tutto questo contesto valoriale è protagonista, dagli anni

(17) *Spunti per una teoria delle clausole generali* (1986), ora in *Scritti I*, cit., p. 174.

Sessanta ⁽¹⁸⁾, di tutta la vicenda scientifica di Mengoni, che vi fonda le sue scelte antiformalistiche e pluralistiche, persuaso della — allora contestata — giuridicità originaria della Costituzione, più *iustitia formans* che *ius normatum* ⁽¹⁹⁾). In rapporto all'asse centrale del nostro saggio — preme di precisarlo — è nella Costituzione che il civilista trentino trova la giustificazione e legittimazione del suo pluralismo giuridico. In un testo riassuntivo scritto al termine del suo itinerario di ricerca scrive parole di assoluta limpidezza: « La Costituzione rifiuta la riduzione positivista della legittimità (ossia della giustizia) alla legalità, ma converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico ». Ancora: « la positivizzazione non spoglia questi principi del loro statuto ontologico e logico originario, ma li riveste di un nuovo tipo di vigenza costituito dalla validità formale propria del diritto positivo; essi hanno una duplice qualità, l'appartenenza necessaria insieme al diritto e alla morale » ⁽²⁰⁾. Grazie alla Costituzione « è restituita al diritto positivo la fondazione di un ordine oggettivo di valori sostanziali » ⁽²¹⁾. In altre parole, si « converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico [...] mediante l'istituzionalizzazione dei valori morali, che ne costituiscono il referente pre-giuridico » ⁽²²⁾.

⁽¹⁸⁾ Di grande rilievo è il saggio: *Forma giuridica e materia economica* (1963), ora in *Diritto e valori*, cit.

⁽¹⁹⁾ Come Mengoni ama precisare utilizzando il linguaggio del giuspubblicista tedesco Forsthoff (cfr. *Forma giuridica e materia economica*, cit., p. 161).

⁽²⁰⁾ *Il diritto costituzionale come diritto per principii*, in « *Ars Interpretandi* », 1996, pp. 96 e 97.

⁽²¹⁾ *Diritto e tecnica* (2001), ora in *Scritti I*, cit., p. 49.

⁽²²⁾ *L'argomentazione nel diritto costituzionale* (1996), ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 117.

XX.

FERMENTI E INQUIETUDINI DI FINE SECOLO (a proposito del cosiddetto ‘uso alternativo del diritto’)

Nei primi anni Settanta, da parte di alcuni civilisti portatori di una intensa ideologia marxista, si volle accendere un gran fuoco che coinvolgesse l'intera scienza giuridica per demolire le sue tradizionali fondamenta metodologiche. Fu qualificato ‘uso alternativo del diritto’ dal suo principale promotore, il civilista catanese Pietro Barcellona (1936-2013), nato all'interno della scuola santoriana in quanto allievo di un discepolo diretto di Santoro, Renato Scognamiglio. Non fu un incendio, come si sarebbe voluto, ma piuttosto una « fiammata effimera » (1), anche se ebbe una clamorosa epifania in un affollato Convegno organizzato dallo stesso Barcellona a Catania nel maggio del 1972 (2). Oggi, sembra appartenere ad un remoto passato, e ciò soprattutto perché si trattò di estirpare la malerba della ideologia giuridica borghese sostituendovi la panacea « di un diritto alternativo, cioè di un diritto politicizzato al servizio di interessi di classe » (3).

Il programma dei suoi fautori si rivelava, insomma, decisamente antistorico proprio nel suo nucleo progettuale consistente in una netta contrapposizione classista; sì antistorico, perché lo ‘Stato sociale di diritto’ disegnato dai Costituenti quale tappa avanzata nel superamento di una sterile contrapposizione classista, anche se con deplorabili ritardi stava avendo una concreta attuazione precisa-

(1) Così ritenni di contrassegnarla nel libretto del 2002 su: *La cultura del civilista italiano*, cit., p. 161.

(2) I cui ‘Atti’ sono racchiusi in due ampi volumi: *L'uso alternativo del diritto*. I. *Scienza giuridica e analisi marxista*; II. *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma/Bari, Laterza, 1973.

(3) Come lo ha qualificato MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, cit., pp. 80-81.

mente negli anni immediatamente precedenti il Convegno catanese, essendo stato varato nel '70 la grande conquista sociale del cosiddetto 'statuto dei lavoratori'. Assumere, nel '72, la lotta di classe quale strumento di progresso si rivelava un'arma concretamente spuntata perché concretamente superata.

D'altronde, al di là di queste notazioni, non si può nemmeno dire che si trattò di una spallata al monismo giuridico borghese (statalista e legalista), giacché, come osserva, da ultimo, Nicolò Lipari (che, peraltro, lungi dal pronunciare anatemi, fu nel '72 coinvolto nella organizzazione della iniziativa), l'uso alternativo del diritto, così come coniato da Barcellona e compagni, si collocava « pur sempre all'interno di un'ottica di segno positivista asserendo che il diritto non è altro che un ordinamento coattivo » (4).

(4) N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in « Iustitia », 2018, p. 117.

XXI.

FERMENTI E INQUIETUDINI DI FINE SECOLO

(uno squillo sonoro e fecondo: *de-codificazione*, e un èsito inaridente:
la proposta della neo-esegesi)

Lo squillo si deve a Natalino Irti (diretto allievo di Emilio Betti, ritornato alla Facoltà romana per insegnarvi ‘diritto civile’) e si origina nel meritorio sguardo che egli volle rivolgere allo stato del diritto privato in Italia dalla seconda dècade del Novecento in poi, sguardo che nel 1978 prese la forma di una precisa e feconda analisi diagnostica: *de-codificazione* ⁽¹⁾.

Ricordo che, quando ricevetti il libretto dalla premura del vecchio amico e lessi la felice intitolazione, ebbi un sentimento di immediato consenso, pensando a una sua liberazione dal « fascino del metodo concettuale » e da « la fede in una *razionalità a-storica* » ⁽²⁾; consenso che, tuttavia, si attenuò assai con la complessiva lettura. *De-codificazione* era un sostantivo affatto nuovo nella letteratura giuscivilistica e mi era apparso come l’apertura verso un paesaggio giuridico ben più ampio di quello offerto dai due Codici Civili del 1865 e del 1942, egregio soprattutto quest’ultimo per l’elevato tessuto scientifico di cui era imbevuto ma anch’esso sempre più lontano dallo svolgersi e lo svilupparsi dell’esperienza giuridica nella seconda metà del secolo. Fu Irti a raffreddare il mio caloroso accoglimento, parlando di « breccia aperta dalle leggi speciali nel

(1) Sulla genesi ci informa l’autore nella premessa alla prima pubblicazione in volume del 1979 (riportata ora in: *L’età della de-codificazione*, IVa ed., Milano, Giuffrè, 1999, p. 15).

(2) Come preciserà più tardi lo stesso Irti in una franca retrospesione autobiografica. Cfr. *Per un’autobiografia giuridica (dal concettualismo al nichilismo)*, in *Il salvagente della forma*, Roma/Bari, Laterza, 2007, pp. 5 e 6.

sistema delle fonti »⁽³⁾ e della età della de-codificazione come « di una quotidiana e penetrante conquista di territori da parte delle leggi speciali »⁽⁴⁾.

Di apertura, indubbiamente, si trattava⁽⁵⁾, ma senza alcuna considerazione della scienza giuridica, della giurisprudenza pratica giudiziale e notarile, delle consuetudini, ossia di quelle fonti che, prima del panlegalismo moderno in Italia (e sempre, anche fino ad oggi, di là dalla Manica), hanno giocato un ruolo di primo piano. Era, senz'altro, doveroso portare l'attenzione verso il fenomeno italiano dell'ingigantirsi della legislazione speciale particolarmente a partire dagli anni Settanta del Novecento, ma collocare in essa — e soltanto in essa — il nuovo che bolliva nel magma giuridico di un paese di *civil law* come il nostro assumeva ai miei occhi un significato indebitamente limitativo. Di più: mi dimostrava che il valente amico Irti non intendeva in nulla variare un paesaggio giuridico assolutamente monistico, cioè statalistico e legalistico. E mi dimostrava che gli inchini profusi da lui nel saggio all'evento/Costituzione non si scostavano da una pura forma cerimoniale senza conseguenze sostanziali; era, infatti, completamente eluso il pluralismo giuridico, che è, per il giurista italiano, il più sostanzioso apporto della Carta del '48 e soprattutto la svolta più incisiva.

Le conclusioni di una de-codificazione tanto limitata nelle sue proiezioni le trae quattro anni dopo lo stesso Irti varando *La proposta della neo-esegesi*⁽⁶⁾. Egli scrive meritoriamente « scrutando ancora una volta dentro la nostra coscienza e intorno a noi », ma volendo « gettare lo sguardo nel futuro e interrogarci sulle strade del

⁽³⁾ *L'età della de-codificazione*, cit., p. 27.

⁽⁴⁾ *Ivi*, p. 40.

⁽⁵⁾ E meritoria, perché negli anni Settanta si è (sul piano legislativo) innovato profondamente in taluni settori della impalcatura del Codice del '42: accanto allo 'Statuto dei lavoratori' già ricordato, come non evidenziare i cospicui interventi legislativi (e taluni produttivi di ampie novellazioni all'interno del Codice)? *Exempli causa*: la L. del 1970 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio); la L. del 1975 sulla riforma del diritto di famiglia; la L. del 1978 sulla nuova disciplina delle locazioni immobiliari urbane, leggi che rappresentavano spesso l'ingresso di valori costituzionali entro il chiuso recinto della sempre più invecchiata codificazione.

⁽⁶⁾ È il discorso di apertura del volume: *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982, dove compare « a modo di prefazione » (le citazioni saranno qui fatte dalla ristampa all'interno della da noi utilizzata IVa edizione de: *L'età della de-codificazione*).

nostro lavoro » (7), con un intento, dunque, squisitamente progettuale; e lo attesta la requisitoria verso l'immediato passato dominato dalla prevalenza negativa della *interpretazione* e dalla perversa infedeltà verso la legge (8); « si teorizzò o favoleggiò, allora, d'un giurista immerso nella 'realtà sociale', auscultante i fremiti di arcani valori [...] i nostri studi erano invasi da un mutevole irrazionalismo », con un nefasto risultato: « il diritto civile esplora a fatica nuove strade » (9).

I pregi stilistici della pagina descrittiva di un quadro sconcertante e le sue squisite venustà letterarie mi resero (e tuttora mi rendono) ammirato, ma non convinto, anche perché è apodittica la assoluta riserva di razionalità assegnata a contenitori legislativi; e il discorso irrtiano sa di ideologica unilateralità. Il civilista abruzzese è nel giusto quando richiama i suoi compagni di cordata a una maggiore attenzione verso le nuove leggi speciali, e il suo atteggiamento mi ricorda quello — più sopra menzionato — del giovane Carnelutti, che rimproverava nel 1913 ai distaccati giuristi suoi contemporanei di trascurare le nuove leggi sugli infortunii nel lavoro. Non ritengo, però, giustificabile l'esautorazione di ogni approccio autenticamente interpretativo del giurisperito; né mi persuade l'altrettanto apodittico disegno di una neo-esegesi diversa (ma come?) da quella ottocentesca, disegno che preme a Irti di definire, anche perché egli è consapevole che « un tratto negativo e schernevole accompagna l'aggettivo *esegetico* ». Ma lasciamo la parola ad Irti, considerato che il suo messaggio ha il pregio di una cristallina chiarezza: il contatto con questi nuovi e speciali prodotti legislativi dovrà consistere in una « umile lettura [...] umile nel senso che il giurista è chiamato a piegarsi sul testo della norma, in una sorta di nudità storica, privo del confortante ausilio della tradizione interpretativa »; e si plaude alla fondazione (stimolata anche dallo stesso Irti) del nuovo periodico '*Le nuove leggi civili commentate*', lodando « l'esercizio del commentare » (10).

(7) *La proposta della neo-esegesi*, cit., p. 131.

(8) « La lotta contro il sistema [...] si svolse attraverso la breccia dell'interpretazione [...] in nessun tempo fu così schernita la fedeltà alla legge » (ivi, p. 132).

(9) Ivi, p. 133.

(10) Ivi, p. 135.

Al plauso mi unisco, volentieri e senza alcuna esitazione, anch'io, aggiungendo, tuttavia, prontamente e fermamente che il commentare è solo un primo doveroso approccio, che non ci si può arrestare a questa fase liminale e che non ne possono mancare altri e assolutamente necessari perché si abbia il risultato che conta, ossia l'*interpretazione*. Irti vuole, invece, il commentatore/esegeta '*storicamente nudo*', munito solo del sussidio delle sue tecniche ⁽¹¹⁾, giacché « la tecnica del commento [...] non tollera evasioni, reprime impazienze interpretative » ⁽¹²⁾. Io rimango un poco sgomento; la nudità storica rende, infatti, più fragile il commentatore, perché resta conchiuso nella sua soggettività solitaria, lui solo di fronte alla legge ridotta a uno di quei testi cartacei che il vecchio Ascarelli aborrisce. Irti vede in tutto questo « il ritorno al terreno filologico » ⁽¹³⁾, ma non scomoderei la severa scienza filologica, essendo bastevole di fronte a una imposta passività solo il sussidio di una normale intelligenza e di una normale conoscenza della lingua italiana.

La filologia sa di espediente volto a nobilitare un mestiere che — così com'è ingabbiato — non è solo umile per il nuovo civilista ma addirittura umiliante. Umiliante perché significa abdicazione a un compito attivo e costruttivo, significa trarsi da parte e rannicchiarsi (muto o quasi) all'ombra del testo di legge. E sorprende che, in un Convegno dei civilisti italiani, nel 1989, constatati con lucidità nel paesaggio giuridico italiano « una perenne e convulsa fluttuazione, un movimento continuo che non conosce unità né stabilità », invece di investire il civilista di una responsabilità ordinatrice, si compie una scelta rinunciataria, minimalistica: « E potremmo noi, studiosi del diritto civile, costruire su questo terreno erratico e franso la razionalità del sistema? Meglio attendere alla fatica dell'esegesi » ⁽¹⁴⁾. Senza contare che il cogliere nelle leggi speciali dei 'micro-sistemi' (come fa generosamente Irti) ingigantisce oltre misura, sia un legislatore troppo spesso modestissimo, sia i suoi

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 139.

⁽¹²⁾ Ivi, pp. 135-36.

⁽¹³⁾ Ivi, p. 137.

⁽¹⁴⁾ *Una generazione di giuristi*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforma legislativa* (Congresso dei civilisti italiani — Venezia 23/26 giugno 1989), Padova, Cedam, 1991, pp. 981-82.

prodotti legislativi ugualmente disarmanti per la loro particolaristica modestia. Sono, infatti, assai poche le leggi speciali elevabili al rango di ‘micro-sistemi’, configurazione che mi sembra perfettamente congeniale (è doveroso riconoscerlo) alle specificamente sovra-menzionate leggi speciali degli anni Settanta. Ma si tratta di *rarae aves*.

Insomma, l’accanimento a restringere la ‘de-codificazione’ a un proscenio soltanto legislativo e il pari accanimento a consentire soltanto a lettori/esegeti la funzione del commento dei testi mi portano davvero all’indietro, come se il tempo fosse passato invano. Ne trarrei una estrema conclusione: alla fine degli anni Settanta si è ancora — da parte di molti civilisti e dello stesso Irti — eredi del culto illuministico del legislatore, ancora idealizzato come nella penna settecentesca di Muratori e di Beccaria, quasi fosse un novello re Mida che con le sue mani cangia in oro tutto ciò che tocca.

XXII.

FERMENTI E INQUIETUDINI DI FINE SECOLO

(1978: *Le nuove leggi civili commentate*)

Nel 1978 non può essere passata sotto silenzio l'iniziativa di alcuni civilisti, or ora menzionata, per dare vita a una nuova Rivista *Le nuove leggi civili commentate*, destinata a portare avanti le proposte metodologiche avanzate in quegli anni da Natalino Irti, ben note per quel che poco sopra si è detto. È significativa, nel primo fascicolo, la — formalmente anonima — premessa 'Al lettore' per le vistose antinomie di cui è innervata. Lo scopo è segnato nettamente fin dall'inizio (p. 14): si vuol redigere un commentario, si vuol fare 'esegesi' delle più rilevanti leggi civili. Fin qui siamo in un solco vecchio di centosettanta anni, continuo e perenne fin dai primissimi esegeti del *Code* napoleonico; né ci sarebbe molto da ricamarci sopra, se non fossero emergenti, nelle quattro nutrite (e meditate) pagine volute dalla Direzione, alcune percezioni degne di qualche rilievo.

Percezione di ciò che bolle nella pentola di quegli anni Settanta per la civilistica italiana; e si puntualizza, infatti: « la scoperta di altri interessi meritevoli di tutela, l'invenzione di strumenti contrattuali o di figure estranee all'eredità romanistica, l'attuazione dei valori introdotti dalla Carta repubblicana del 1948 hanno posto nuovi problemi alla disciplina ». Percezione lodevolissima, come è lodevole la ulteriore constatazione (che l'accompagna) « del cammino spesso aperto dalla giurisprudenza, con tecniche interpretative a volte dubbie, ma che hanno l'audace franchezza della denuncia e della sollecitazione » (1). Cui si aggiunge un'altra percezione, che mi appare un po' stonata: « la legge ordinaria cerca di raccogliere in

(1) Inconfondibile — se non erro — questo irtianissimo stile!

qualche modo i risultati, o risponde alla domanda di regolamenti con soluzioni direttamente suggerite da scelte politiche o da fedi ideologiche. Nasce così un fitto tessuto di leggi speciali, che si moltiplicano e si susseguono incessantemente, integrandosi e abrogandosi l'una dopo l'altra » (p. 15).

Perché stonata? Perché corrobora la contemplazione di un tempo di transizione e di mutamenti profondi e si tesse l'elogio per l'operosità dei giudici, con la conseguente necessaria presenza massiccia di giuristi (uomini di scienza e di prassi) interpreti e non esegeti nelle vesti strette di un commentario. Tanto più che la 'Premessa' incalza più sotto in questa direzione: « se c'è oggi un'acuta e incalzante esigenza della nostra vita giuridica, essa è appunto quella di riaprire o di intensificare la discussione, il rapporto di vicendevole collaborazione fra dottrina e pratica del diritto ».

Purtroppo, tutta questa apprezzabile consapevolezza, sia della pochezza del legislatore, sia del ruolo interpretativo dei giuristi, scivola nella ferma conclusione, che riprende le parole d'avvio: la nuova Rivista deve consistere in « una prima e immediata lettura, che, seguendo la stessa scansione numerica degli articoli, ne individua il significato e i nessi interni » (p. 16). Nulla più che un commentario, « umile e paziente fatica al servizio dei destinatari della norma »; ohimè! « un compito, che lascerà sullo sfondo i grandi problemi costruttivi e sistematici e che aderirà nel metodo di studio e nello stile agli immediati contenuti del testo di legge ». E per i collaboratori ecco, alla fine, la divisa che loro si offre: quella di essere « studiosi sensibili alla precisa realtà del testo legislativo ». Ripetendo volutamente il richiamo al testo di legge quale unico terreno in cui si muoverà il commentatore, giacché *extra moenia* per lui, continuando nel latinetto, *sunt leones*.

Vi confesso: quando, per la prima volta, lessi un siffatto programma nel fascicolo iniziale della Rivista, con la prospettiva di commentatori posti di fronte a un testo, a un testo che segnava i limiti del loro contemplare e operare (e si precisava pure che l'esame si sarebbe dovuto fare « seguendo la stessa scansione numerica degli articoli »!), mi venne in mente la desolata polemica (peraltro vivacissima) di Raymond Saleilles contemplatore del miope insegnamento del 'diritto civile' nelle Università francesi a fine Ottocento,

dove la pretesa correttezza di un metodo didattico era fatta consistere nell'esame degli articoli del Codice, esaminati uno ad uno e nella loro scansione numerica.

Tiriamo le fila: ho sottolineato le antinomie, perché esse ci mostrano come l'ideologia giuridica legalistica, ancora dommaticamente presente nel 1978, costringe degli eccellenti civilisti a trarre delle conclusioni in contrasto a motivazioni culturalmente apprezzabili.

XXIII.

DUE PRESENZE NUOVE E 'IMPURE': IL MERCATO E IL CONSUMATORE

Di *mercato* si parla fin dai primordii della storia umana, luogo di *permute* presso civiltà primitive esclusivamente agrarie, luogo di *compravendite* presso civiltà maggiormente progredite, segnalando nella lunga durata il persistere di un atomismo di soggetti e di rapporti.

Con l'intensificarsi enorme — nella modernità — della dinamica economica, con la presenza protagonista di entità collettive (le *imprese*) e, in epoca a noi ravvicinata, di *macro-imprese*; in presenza di masse cospicue di *prodotti* e di *consumi*, il *mercato*, non più locale — ma nemmeno più soltanto nazionale e sempre più europeo e, infine, globale — si propone agli occhi del giurista come una struttura somigliante ormai a una sorta di *microcosmo* (spesso di *macrocosmo*) sorretto da regole sue e da finalità sue, il cui cardine portante (volendo semplificare al massimo) può individuarsi in questo principio/guida: produrre quanto più possibile per raggiungere il maggior profitto possibile. È questo un risultato conseguibile se, a nervatura vitalizzante, sono affermate e interamente realizzate le libertà economiche, prima fra le altre quella della concorrenza, libertà tutte — ovviamente — da presidiare con la massima tutela.

È ciò che contempliamo nel mercato comune europeo, nel suo sviluppo da struttura mercantile a Comunità economica e a Unione (tendenzialmente anche politico-giuridica). In Europa, dal suo germinare negli anni Cinquanta e per tutto il suo evolversi, prevale un netto gigantismo della dimensione economica e si afferma la primazia del *mercato*. Forze economiche (di carattere 'naturale' o 'artificiale', come direbbe Irti ⁽¹⁾), munite di una loro intrinseca possente

(1) N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma/Bari, Laterza, 1998, soprattutto p. 11 ss.

imperatività, sono tali da mettere a repentaglio le posizioni dei soggetti estranei alla produzione e soprattutto quelli socialmente ed economicamente più deboli.

È qui, negli anni Settanta, che prende rilievo il personaggio del *consumatore* (al quale, venti anni prima, non aveva mancato di accennare il lungimirante Ascarelli) e che si comincia a disegnare per lui tutele specifiche (2). Si badi: non si pensi a istanze di socialità. Quel personaggio, ignoto alla civilistica tradizionale, contrassegnato rozzamente (mi verrebbe la voglia di dire: impietosamente) come *consumatore*, è figlio legittimo del *mercato*, ad esso connaturale e ad esso strettissimamente correlato, tanto è vero che, delle molte dimensioni nelle quali il soggetto si articola (spirituale, sociale, culturale, etc.), una sola è chiamata a individuarlo: il fatto di *consumare*. Infatti, entro il mercato, ogni soggetto si propone o produttore o consumatore, e di quest'ultimo il mercato ha un bisogno vitale, soprattutto se consuma molto. Le tutele, che — anche in Italia, sulla scia di normative europee presenti e assillanti sin dai primi anni Settanta — vengono a realizzarsi, a questo mirano: creare un clima di fiducia tale da spronare al consumo, dando sicurezza sulla qualità dei prodotti.

Anche in Italia l'orizzonte non è 'inquinato' da impacciati valutazioni di indole etica e sociale e, nell'empito del trionfante liberismo economico, si impongono finalità meramente economiche, che comportano quella *impurità* risaltante nel bel mezzo della intitolazione di questo capitolo (una *impurità* che non cessa nemmeno quando il mercato — per esempio, quello finanziario — si muove a un livello prevalentemente immateriale) e che suscitano nella nostra civilistica reazioni assai variegata. Nel 1998, il già citato libretto di Natalino Irti '*L'ordine giuridico del mercato*' plaude alla tendenza ad assecondare le ragioni del mercato, ma c'è chi, invece,

(2) L'affacciarsi del tema del *consumatore* nel diritto privato italiano è argomento affrontato con dovizia di attenzione nell'ambito della scuola genovese di Rodotà (cfr. M. BESSONE, G. ALPA, F. PRANDI, E. ROPPO, *Disciplina del mercato, controllo sociale dell'impresa e tutela del consumatore. Problemi e prospettive di politica del diritto*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di N. Lipari, Bari, Laterza, 1974) e soprattutto da Guido Alpa in pubblicazioni ricche di feconde problematizzazioni (cfr. G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, Giuffrè, 1975, nonché *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, il Mulino, 1977).

comincia a porsi l'imbarazzante domanda se (e come) sia possibile la armonizzazione della svolta marcatamente liberistica degli anni Ottanta con l'assetto costituzionale disegnato nel 1948 e recante nitida l'impronta di uno 'Stato sociale di diritto'. Domanda che diventa pressante nei civilisti sintonizzati con il *personalismo* (prevalentemente cristiano) accolto dai Padri Costituenti a lievito di tutto il nuovo edificio repubblicano. Entro l'impassibile ingranaggio ⁽³⁾economicistico del mercato, qual è la sorte della *persona*, che la Costituzione ha assunto come colonna portante? E qual è la sorte della sua *dignità* assunta nella nostra Carta a finalità somma di tutto l'ordine giuridico?

Potrebbero, in proposito, menzionarsi diverse iniziative, ma mi limito a puntualizzarne una soltanto, perché ha avuto la finalità (e il merito) di suscitare un dialogo tra civilisti di diversa ispirazione. La si deve, nel 1995, a Giuseppe Vettori, un civilista fiorentino allievo di Giuseppe Benedetti ⁽⁴⁾, organizzatore, all'interno del suo corso di 'Istituzioni di diritto privato' presso la Facoltà giuridica fiorentina, di un 'seminario' culminante in quello che lui ha voluto chiamare 'Il dialogo fra le dottrine' e intitolato '*Persona e mercato*', dove spiccano in serrato colloquio i contributi dei civilisti Benedetti, Irti, Mengoni, Perlingieri, Schlesinger. Significativo che, tra i partecipanti attivi, ci fossero l'allora Presidente della Corte costituzionale Antonio Baldassarre e l'allora giudice costituzionale Luigi Mengoni ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ G. VETTORI, *Premessa, a Persona e mercato. Lezioni*, Padova, Cedam, 1996, p. VII.

⁽⁴⁾ Sul quale si veda il capitolo finale del libro.

⁽⁵⁾ È altrettanto significativo che, da questa iniziativa del '95, sia nata in Vettori l'idea di una pubblicazione periodica vertente sullo stesso amplissimo tema/problema *Persona e mercato* ritenuto meritevole di attenzione per il civilista italiano; e dal 2009 ad oggi, si è potuto, infatti, contare sulla presenza di una Rivista apprezzabile per la sua vivacità. Che affrontasse, sin dal suo sorgere, i più difficili problemi scientifici del diritto civile lo dimostra il primo fascicolo del 2009, che si apre con un saggio del suo Direttore dedicato a *Diritto privato e ordinamento comunitario*; che sia tuttora ben vegeta lo dimostra il primo fascicolo del 2020, che si apre con un saggio — sempre di Vettori — dedicato a un tema oggi incandescente *Persona e mercato al tempo della pandemia*. Del resto, nell'iniziale *abstract* del 2009 l'orientamento della Rivista emergeva limpidamente: « coniugare la positività del diritto con la ricerca delle risposte più adeguate ad ogni problema di vita » (frase, che non mi sembra fedelmente riprodotta nella traduzione inglese).

Significativo l'atteggiamento che sostiene Vettori e che è segnato nel primo rigo della 'Premessa' alla pubblicazione degli 'Atti' dell'Incontro: « Persona e mercato sono parole che esigono una consapevolezza forte, una scelta, in un momento di profonda trasformazione del sistema »; e, poco dopo: « l'aggiornamento delle categorie tradizionali del privatista deve fare i conti con i temi evocati da quelle due parole ». Ancora dopo, nella ampia e pensatissima 'Introduzione', c'è una conclusione che denuncia la posizione consapevolmente critica del civilista, osservatore lucido del movimento e mutamento che si agita di fronte a lui: « il sistema delle fonti [...] deve essere per intero ripensato » (6).

La posizione di Irti appare chiara (e coerente all'assolutismo giuridico/liberismo economico, cui il civilista abruzzese si è ispirato da sempre). Nel 'seminario' fiorentino c'è solo l'anticipazione del messaggio irtiano di tre anni dopo, consegnato alla brillante silloge de *L'ordine giuridico del mercato*. Cerco di sintetizzare brevemente: nel capitolo 8 della seconda parte (dedicata a *Persona e mercato*) il compito del civilista vien fatto consistere nello « elaborare [...] un concetto giuridico del mercato, e porlo al centro del nuovo diritto privato » (7). Ancora: « nella difesa della libertà [di produttori e consumatori] e nella lotta per il mercato, risiede la dignità stessa della persona » (8); « i doveri costituzionali di solidarietà esigono *la mediazione* della legge ordinaria e dell'atto amministrativo [...] il dovere di solidarietà *come enunciato nell'art. 2* è insuscettibile di adempimento [...] *la Costituzione ha bisogno della legge ordinaria* » (9). I corsivi sono nel testo e puntualizzano la loro rilevanza all'interno del messaggio irtiano. È palese il tentativo di de-giuridicizzare i principii costituzionali, incapaci (secondo Irti) di incidere sulla società, a meno che non se ne approprii il legislatore ordinario. Posizione ferreamente legalistica (fra l'altro, lettura legalistica dell'articolo 41 Cost.), riducendo drasticamente quei principii a magnifiche nuvole galleggianti in alto sull'assetto sociale del popolo italiano. Al tempo stesso, piena condivisione verso il primato

(6) VETTORI, *Persona e mercato*, cit., p. 1.

(7) *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 77.

(8) Ivi, p. 79.

(9) Ivi, p. 87.

dell'economia secondo gli schemi europei provenienti da Bruxelles e dal Lussemburgo.

Assolutamente divergenti le posizioni di Mengoni e di Perlingieri, tendenti a valorizzare il personalismo permeante la nostra Carta e a sottrarre la persona dai condizionamenti di un mercato economico insensibile al rispetto della dignità dell'uomo, che è — invece — il fondamento del nostro assetto pluralista e conquista inabdicabile della nostra democrazia. Afferma seccamente Perlingieri in relazione alla lettura *isolante* dell'articolo 41 Cost. operata da Irti: «Noi non possiamo soltanto leggere l'articolo 41 della Costituzione e sostenere che l'iniziativa economica privata è libera. Occorre inserire questo articolo nel sistema costituzionale e nel sistema interno e comunitario in relazione al quale è costruito l'ordinamento vigente»; ancora: «nel nostro ordinamento, o si assume questa opzione di diritto positivo, della prevalenza delle situazioni esistenziali su quelle patrimoniali, oppure si finisce con l'attribuzione al mercato il valore di fondamento del sistema»⁽¹⁰⁾. Fermo è il richiamo di Mengoni — allora giudice costituzionale — all'assetto fondamentale posto a base della Repubblica dai Padri Costituenti. Osservando il senso di un divenire, il civilista trentino non può non fare una elementare constatazione: «assistiamo ad un fenomeno di progressiva autolimitazione dello Stato», aggiungendo prontamente: però c'è «un punto di non ritorno il cui nome è Stato sociale»; infatti «lo Stato sociale è un principio costituzionale. Democrazia pluralistica e Stato sociale formano un binomio inseparabile». Con una conclusione obbligata: «in un ordinamento costituzionale come il nostro, che ha riportato il diritto positivo a un fondamento etico, la riduzione dell'argomentazione giuridica alla analisi economica trasformerebbe l'economia in un criterio morale ultimo, mentre i valori morali incorporati nella Costituzione formale derivano da un'ottica personalistica»⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ P. PERLINGIERI, *Intervento*, in *Persona e mercato. Lezioni*, cit., pp. 106-108.

⁽¹¹⁾ L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e mercato. Lezioni*, cit., pp. 38-39.

XXIV.

IL CIVILISTA E LE SFIDE D'INIZIO MILLENNIO

1. La riscoperta della complessità e la visione dinamica dell'ordine giuridico repubblicano. — 2. La riscoperta della complessità e il rinnovamento degli attrezzi teorici del civilista italiano.

1. *La riscoperta della complessità e la visione dinamica dell'ordine giuridico repubblicano.*

L'intitolazione di questo capitolo, che avvia la parte finale del nostro saggio, è la stessa che Angelo Falzea scelse per la sua 'Relazione introduttiva' al Convegno tenuto in suo onore a Messina nella primavera del 2002, dedicato a *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia* ⁽¹⁾, che vide riunito in una comune riflessione, presso l'Università zanclea, «l'olimpo della cultura civilistica italiana» ⁽²⁾, chiamata a discutere sui molti e gravi problemi suscitati dal movimento/mutamento nelle fondazioni stesse dell'assetto giuridico di un paese di *civil law*, e di queste profondamente turbativo. Il Convegno, a lavoro nel secondo anno del nuovo millennio, ci appare oggi (assai più di quanto era stato fatto nei due precedenti Convegni messinesi, quello dell'81 e quello del '91 ⁽³⁾) come uno schietto ma complesso esame di coscienza, sollecitato — da un lato

⁽¹⁾ I cui 'Atti' sono pubblicati dall'editore Giuffrè: *Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea* (Messina 4-7 giugno 2002), Milano, Giuffrè, 2004.

⁽²⁾ Come ebbe a scrivere, trascinato da un sentimento enfaticamente sincero, Vincenzo Scalisi nella *Presentazione del Convegno*, ivi, p. XVII.

⁽³⁾ Quello del 1981, organizzato dalla Casa editrice Giuffrè, era rivolto alla globalità di 'cinquanta anni di esperienza giuridica italiana' ed ebbe — per il 'diritto civile' — la Relazione (peraltro, un po'frettolosa) di Rosario Nicolò; quello del 15/16 febbraio 1991 si concretizzò in due giornate di studio in onore di Angelo Falzea.

— da una visione spassionata (anzi: lucidissima) dell'ultimo cinquantennio, ma — dall'altro — da una vena autenticamente progettuale per il prossimo futuro; si caratterizza, insomma, agli occhi dello storico come un cippo confinario o, se vogliamo, un prezioso spartiacque di straordinario rilievo culturale.

È efficacemente palese un intero ordinamento giuridico in cammino, dove vecchio e nuovo si azzuffano, talvolta si fondono e, il più delle volte, il nuovo afferma il suo sopravvento. Qui, riservando, per le finalità di questo saggio, una più distesa attenzione alle venature di pluralismo giuridico, accenno inizialmente soltanto ad alcune Relazioni che, per i temi prescelti, mi sembrano più meritevoli di menzione (sicuro, ohimè!, di operare in tal modo alcuni possibili torti): di Giorgio Oppo sul « declino del soggetto e ascesa della persona » (4); di Francesco Busnelli su famiglia e famiglie (5); di Antonio Gambaro in rapporto al nuovo paesaggio giuridico dei diritti reali (e particolarmente della proprietà privata individuale) a seguito delle intense influenze provenienti da un *common law* assai più vicino di prima e anche dall'analisi economica del diritto (6); di Giorgio Cian sulla crisi della « figura generale ed astratta dell'obbligazione » a fronte del « moltiplicarsi dei vari, diversi tipi di rapporto, per la crescente complessità ed articolazione della vita socio-economica » (7); di Adolfo Di Majo sul sistema delle tutele in rapporto all'analisi economica del diritto e dei messaggi provenienti dall'ordinamento comunitario europeo, arrivando alla conclusione che « la tutela è sempre più una componente dell'ordine sostanziale, nella sua effettività » (8).

Accanto a questi accenni sommari, gli 'Atti' congressuali pretendono una sosta più ampia per il significato culturale di alcune Relazioni. A cominciare da quella introduttiva di Falzea.

Il Maestro messinese, malgrado gli ottantacinque anni già suonati e gravanti sulle sue spalle, non cessa di avere uno sguardo felicemente attento sull'ordine giuridico ormai percorso da un som-

(4) *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, cit., p. 320 ss.

(5) Ivi, p. 522.

(6) Ivi, p. 675 ss.

(7) Ivi, p. 726.

(8) Ivi, p. 195.

movimento profondo. Egli coglie, infatti, « la cifra che caratterizza la realtà del presente » nel superamento dei particolaristici confini politici, nella diffusione di una tecnica (e di una tecnologia) avvaloranti quel superamento, nell'espandersi « della fenomenologia reale dell'immaterialità », dominante in un *mercato* ormai globale nei suoi motori più efficienti ⁽⁹⁾. Ma Falzea segna anche una domanda, con la quale vuole investire ogni giurista ma soprattutto quel civilista italiano, che si è rannicchiato beatamente (ma inconsapevolmente) all'ombra augusta di una sorpassata tradizione romanistica. È per lui urgente chiedersi « se l'ingresso delle nuove tecnologie e della nuova economia [...] nella realtà sociale e giuridica consente di utilizzare ancora le categorie dogmatiche della storia del pensiero giuridico e gli istituti che si sono andati formando ed evolvendo nel tempo » ⁽¹⁰⁾. Domanda cui il civilista vegliardo risponde richiamando quella che è stata ed è la sua essenziale bussola metodologica: una visione fermamente assiologica dell'ordinamento giuridico, davvero liberante per togliersi di dosso la cappa pesantissima, sempre più pesante negli anni di inizio millennio, dello statalismo e del legalismo ad ogni costo ⁽¹¹⁾.

La Relazione di Pietro Rescigno, dedicata a *Il sistema. Le fonti*, consente al suo autore di confermare — rinforzandola — la vocazione pluralista dimostrata cinquant'anni prima in testimonianze allora antesignane: si ribadisce l'intollerabilità culturale dell'articolo 12 delle Preleggi, perché si tratta di « una formula tutta intrisa e dominata dalla positività e statualità del diritto vissuta e considerata come un dogma insuperabile »; e si coglie una precisa connotazione del tempo presente nella « scoperta di fonti da inquadrare in un ampio fenomeno di extra-statualità del diritto e in particolare del diritto civile » ⁽¹²⁾.

All'interno del tema *Fonti e sistema* anche Francesco Galgano sviluppa in modo altamente significativo la sua Relazione. Il civilista bolognese, che ha — da tempo — dimostrato una spiccata sensibilità per la incidenza dei nuovi fatti economici sul tessuto giuridico,

⁽⁹⁾ *Il civilista e le sfide d'inizio millennio*, ivi, p. 9.

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 29.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 41.

⁽¹²⁾ *Il sistema. Le fonti*, ivi, pp. 50 e 51.

coglie la centralità del mercato finanziario entro la attuale « società della ricchezza de-materializzata » e, al suo interno, un ruolo nuovo per i *contratti*, diventati ormai « il principale strumento della innovazione giuridica » avendo assunto il ruolo di vere fonti normative. Con un avvertimento molto sottolineato: « se continuiamo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo » (13). Ed emerge forte uno strumento ritenuto inabdicabile per un civilista che voglia essere protagonista nell'attualità: la *comprensione*, strumento storicistico per eccellenza, che consente una adeguata collocazione di uomini cose idee nel loro naturale contesto. Proprio nel tracciato di un itinerario di comprensione Galgano amplia la sua prospezione a un paesaggio globale accentuatamente sovranazionale; e noi lo seguiremo con attenzione in un prossimo capitolo del nostro cammino specificamente dedicato alla 'globalizzazione giuridica'. Ora, conviene sottolineare uno stadio metodologicamente rilevante cui egli è pervenuto; ed è la affrancazione da ogni rigurgito statalista, inteso come impedimento a raggiungere piena comprensione di un oggi segnato da novità caratterizzanti. Diàmogli la parola: « volge al tramonto il principio di statualità del diritto »; « tutto questo può non piacere [...] a chi [...] è stato educato all'idea della statualità del diritto, all'equazione diritto uguale legge »; « sta di fatto che è con questa realtà che il giurista del nostro tempo deve misurarsi. Egli è chiamato ad assumere compiti nuovi » (14). Galgano sembra qui essere arrivato alla conquista di una matura consapevolezza, e appare un tempo assai lontano quel 1977, quando egli negava recisamente la possibilità di una pluralità di ordinamenti giuridici (15).

Non posso chiudere la rilettura degli 'Atti' messinesi del 2002 senza dare rilievo alla Relazione di Angelo Luminoso su *L'interpretazione del diritto privato comunitario (Regole e tecniche)*, poiché il civilista cagliaritano si fa portatore di un problema che ha già cominciato ad assillare il civilista italiano con tutto il suo patrimonio

(13) *Fonti e sistema*, ivi, pp. 66-67.

(14) Ivi, rispettivamente pp. 71, 72, 73.

(15) Cfr. più sopra, alla p. 75.

di categorie ordinanti, di sapere tecnico, di tradizione culturale: la frizione fra questo patrimonio e la *novità* della produzione giuridica comunitaria (e dal 1992 eurounitaria); problema che Luminoso, sulla scorta soprattutto delle ripetute riflessioni di Lipari (e citandolo espressamente), condensa in questa asciutta ma ferma conclusione: « l'innesto nel tessuto del diritto nazionale di normative di fonte comunitaria [...] impone di 'rivedere la teoria delle fonti e le tecniche di interpretazione' » (16). Se ne parlerà nel prossimo capitolo.

2. *La riscoperta della complessità e il rinnovamento degli attrezzi teorici del civilista italiano.*

Il confortante fervore offerto dal Convegno messinese si inserisce, tuttavia, in una accesa dinamica culturale, di cui la riflessione civilistica italiana si mostra in questi anni straordinariamente fertile.

Lo stesso Falzea tende ora a concludere il suo grosso impegno, disteso in tanti decenni e teso sempre a dare fondazioni epistemologiche sicure alla scienza giuridica, con un discorso riassuntivo che si espande anche in un dialogo fitto con altri itinerari scientifici. Intendo riferirmi alla 'voce' *Complessità giuridica*, che egli pubblica sul primo volume dei neo-nati *Annali* della giuffreana *Enciclopedia del diritto* e in cui l'analisi giuridica si arricchisce anche di intensi e fertili colloqui *extra moenia*, quasi all'opposto di quei passati (e ormai lontani) esercizi isolazionistici, auto-referenziali perché convintamente auto-poietici, ma condannati a uno sterile esilio culturale. Ed è la definitivamente acquisita riscoperta della *complessità del diritto* a pretendere un osservatorio nuovo per il giurista (soprattutto per il civilista) insieme a strumenti nuovi di osservazione, tali da cogliere in tutti i suoi tratti il paesaggio che si dispiega di fronte. Insegna e ammonisce il Maestro messinese: « la materia del diritto [...] trova in essa [cioè nella complessità] l'indirizzo per la soluzione dei suoi molteplici e multiformi problemi, a cominciare da quello

(16) *L'interpretazione del diritto privato comunitario*, cit., p. 276.

delle fonti e fino a quello dell'interpretazione e dell'applicazione delle regole giuridiche » (17).

Fonti, tipicità e pluralità di fonti, ruolo della interpretazione/applicazione: sono i principali temi delle più innovative discussioni novecentesche; su di essi si può ora — anno 2007 — finalmente riflettere con quella serena pacatezza che è il frutto delle acquisite conquiste scientifiche. Come afferma, con pungente sarcasmo, Pietro Sirena, l'acuto civilista organizzatore delle onoranze senesi per Falzea del 2006 e che ha voluto, significativamente, intitolare il libretto raccoglitore degli atti *Oltre il positivismo giuridico*, si sta pugnalandolo a morte « la puerile volontà di potenza del positivismo giuridico » (18).

In questo stesso contesto temporale è doveroso segnare qui anche una testimonianza di intensa vivacità proprio per la tensione a incrinare le chiusure dogmatiche, un tempo ritenute virtù massima e tutela efficace del sapere civilistico. Nasce in una sede universitaria giovane e popolata di giovani energie, aperte a una collaborazione finalmente demolitiva, o, almeno, attenuativa delle frontiere tra i raggruppamenti disciplinari voluti dalla visione burocratica del legislatore e della Amministrazione. Nasce nella Facoltà di Giurisprudenza della Università di Foggia grazie alla sintonia culturale tra uno storico del diritto, Marco Miletti, e un civilista, Francesco Macario, quest'ultimo educato nella Scuola barese che aveva avuto il suo primo stimolatore in Nicolò Lipari; ambedue sono gli organizzatori, nel 2003, di un vasto Incontro, dove sono stati chiamati a confrontarsi storici e filosofi del diritto, comparatisti e civilisti, per discutere su una tematica generale che, così com'è volutamente combinata, si propone implicitamente sollecitatoria di problematizzazioni e, quindi, di posizioni dialettiche. Sollecitatoria perfino l'intitolazione: *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, per la congiunzione che vi si fa fra *tradizione, sistema, complessità*.

(17) A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Annali della Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 217.

(18) P. SIRENA, *Prefazione*, in *Oltre il "positivismo giuridico". In onore di Angelo Falzea*, Napoli, ESI, 2011, p. VIII. È da notarsi che Falzea adotta a tema della sua *Lectio Magistralis* per il Dottorato senese la *Complessità giuridica*, sulla quale sta lavorando per gli *Annali della Enciclopedia del diritto*.

Il nerbo del dialogo è tra personaggi che « non hanno perso il gusto di studiare e di interrogarsi sulle origini e sulle prospettive della cultura giuridica contemporanea »⁽¹⁹⁾, con uno sguardo che impone la congiunzione (che vuole evitare insane e sterili separazioni) fra passato e presente in vista — questo sì — della costruzione solida del futuro. Colpisce (positivamente) l'atteggiamento critico che gli organizzatori Macario e Miletta si propongono e con cui, per esempio, intendono analizzare con occhi nuovi il concetto di sistema: « più che in passato, perennemente *in fieri*, tanto da richiedere un costante sforzo — anche metagiuridico — di ridefinizione, a cominciare proprio dalle strutture portanti ». O quello di 'tradizione', anch'essa colta in una prospettiva critica: non si può infatti — affermano Macario e Miletta — « ignorare che la *continuità*, intesa come autorità d'un patrimonio tramandato, è suscettibile di apprezzamento in termini di costi/benefici »⁽²⁰⁾. Insomma, diremmo noi: voglia di aperture, voglia di dialoghi, voglia di confronti. Sembra, in questo Incontro di primo millennio tenuto a Foggia nel 2003, accentuarsi la ventata di aria nuova, che, da un po', circola nella civilistica italiana⁽²¹⁾

⁽¹⁹⁾ F. MACARIO, M.N. MILETTA, *Presentazione. Le ragioni di un incontro: per un dialogo tra storici del diritto e civilisti*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milano, Giuffrè, 2006, p. VII.

⁽²⁰⁾ *Ivi*, pp. VIII e IX.

⁽²¹⁾ Il che è pienamente dimostrato anche dagli 'atti' di un Convegno di qualche anno dopo: *Il diritto civile, e gli altri* — Atti del Convegno Roma, 2-3 settembre 2011, a cura di V. Roppo e P. Sirena, Milano, Giuffrè, 2013.

XXV.

IL DOGMATISMO LEGALISTICO DEL CIVILISTA ITALIANO ALLA RESA DEI CONTI (con il diritto privato europeo)

Non v'è dubbio che la prima — e la più poderosa — resa dei conti del dogmatismo legalistico del civilista italiano sia avvenuta quando, sul sentiero storico del diritto posmoderno, si è presentato l'inevitabile incontro con una Costituzione come la nostra del 1948, non alate parole, bensì il breviario giuridico del cittadino comune. Tuttavia, un incontro non meno turbativo di riposate consolidazioni il civilista l'ha avuto, sia con l'approccio al formando *diritto privato europeo* (in seno all'Europa ordinata dapprima in 'mercato comune', poi in 'Comunità', infine in 'Unione'); sia con la sempre più diffusa (e penetrante) *globalizzazione giuridica*; sia con il crescente spostamento dell'asse portante dell'ordine giuridico dal primato della legge al primato dei 'principii'.

Poco fa, trattando del 'mercato', avevo segnato la netta conclusione proposta da Vettori: « il sistema delle fonti [...] deve essere per intero ripensato » (1). Conclusione assolutamente veridica, che ora riprendo per motivarla adeguatamente. L'operatore giuridico italiano resta, infatti, ancora abituato a un sistema di fonti per lungo tempo gerarchicamente combinato, soddisfatto della certezza pianamente derivante dalla indiscussa monocrazia legale; ma nel diritto privato europeo mutano drasticamente i *formanti* (per usare la nomenclatura adottata da Sacco), giacché « quelli che si indicano come i formanti giurisprudenziali e dottrinali assumono un ruolo determinante nella finale formazione della regola » (2).

(1) Cfr. più sopra.

(2) N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LIV (2000), p. 20. Anch'io ho ritenuto di sottolineare questo

Il dogmatismo legalistico, ohimè, ancora presente (dopo più di settant'anni di vita costituzionale) nel più profondo della coscienza giuridica di troppi italiani, ne è scosso e turbato « per la rivoluzione che l'euro-diritto determina nei tradizionali modelli culturali dei giuristi » (3). E giustamente, da parte dei civilisti più disponibili a registrare il nuovo dei tempi nuovi, si parla con insistenza della urgenza di un rinnovamento nell'armamentario loro proprio ed usuale. Attrezzati unicamente del mestiere tecnico-esegetico atto a spiegare un testo normativo, si sarebbe assolutamente incapaci per la comprensione di un diritto in prevalenza giurisprudenziale (4).

tipizzante carattere nel discorso inaugurale del *Symposium* organizzato a Frankfurt am Main, il 2 settembre 2013, dal 'Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte': *Europäische Normativität. Globalhistorische Perspektiven*. Il tema del discorso era: *Die Botschaft des europäischen Rechts und ihre Vitalität: gestern, heute, morgen*.

(3) Ivi, p. 25.

(4) Mi sembra doveroso menzionare almeno due civilisti che al rapporto 'diritto privato italiano/diritto privato europeo' hanno dedicato lungimiranti attenzioni; innanzi tutto Nicolò Lipari, del quale, oltre al saggio utilizzato poco sopra e dedicato precisamente al tema/problema che ora ci interessa, sono da leggersi: la densa *Introduzione* al volume *Diritto privato europeo*, I, Padova, Cedam, 1997, nonché *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, ESI, 1998; il secondo civilista è Giuseppe Vettori, con particolare riferimento al suo *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit.

XXVI.

IL DOGMATISMO LEGALISTICO DEL CIVILISTA ITALIANO ALLA RESA DEI CONTI

(con la globalizzazione giuridica)

È ben noto che, ormai da parecchi decenni, nella comunità dei giuristi si parla di *globalizzazione giuridica*, dapprima con un'attenzione prevalente da parte di sociologi del diritto ⁽¹⁾, successivamente da parte dell'intera scienza giuridica ⁽²⁾. Ed è ben noto che, con quel sintagma, si intende riferirsi a un complesso sempre maggiore di regole e istituti, che il capitalismo maturo, entro la realtà del mercato globale, ha spontaneamente *inventato* per disciplinare aspetti vitali della prassi economica ignoti a Codici, leggi, convenzioni transnazionali e internazionali. È un disciplinamento, come oggi si suol dire, *soft*, del tutto scollegato dai poteri politici, pertanto non imposto da forze munite di coercizione, ma osservato spontaneamente dai protagonisti del mercato globale; un disciplinamento che può contare quali fonti non atti potestativi, bensì consuetudini via via formatesi, decisioni di arbitri (talune delle quali possono costituire dei precedenti tecnicamente autorevoli) e una sorta di nascente — e sempre più ampio ed autorevole — *Corpus iuris*.

⁽¹⁾ Fra i quali primeggia Maria Rosaria Ferrarese, con numerose pubblicazioni tutte di altissimo livello, le prime delle quali hanno indicato la giusta direzione da battere e appropriati strumenti metodologici.

⁽²⁾ Ricordo che dovetti occuparmene anch'io in seno alla 'Accademia Nazionale dei Lincei', su mandato espresso di Angelo Falzea, il quale, in quel lontano 7 marzo 2002, ritenne che dovesse essere proprio lo storico del diritto a parlare di un processo, allora in formazione, davanti alla 'Assemblea delle Classi riunite' desiderose di saperne di più (cfr. P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in Accademia Nazionale dei Lincei — Classe di Scienze Morali — *Rendiconti*, s. IX, vol. XIII, anno CCCIC (2002). La conferenza lineca fu pubblicata, su sollecitazione di Andrea Protopisani, anche in « Il Foro Italiano », anno CXXVII, vol. CXXV (2002).

Anche con questa realtà, abbastanza informe ed incerta ma sorretta dalla fiducia e dall'osservanza del mondo della *business community*, di impronta *lato sensu* giurisprudenziale, oggi il civilista deve fare i conti.

Due nostri primattori se ne sono espressamente occupati, Irti e Galgano, con atteggiamenti perfettamente opposti.

Irti se ne occupa con una attenzione diretta a confermare il suo indefettibile statalismo. Identificate le tesi affermanti un ordinamento giuridico della globalizzazione come dei vuoti vagheggiamenti perché risolvèntisi (almeno secondo il Nostro) « in una serie di *rifiuti* e di *estraneità* nei confronti di politica Stato autorità e, dunque, dei principi fondativi degli stessi regimi democratici » ⁽³⁾, l'orizzonte irtiano non va oltre la muraglia — invalicabile per il civilista — formata dallo Stato, dalle norme, dalla possibilità di coercizione. La conclusione è tale, nella sua imperatività, da evitare ogni possibile discussione: « insomma, *dagli Stati si parte ed agli Stati si torna* [il corsivo è nel testo]; e fuori dalla logica di essi il mondo non sa ancora trarsi [...] perché non si vedono altri soggetti, altre formazioni politico-giuridiche, atti a prenderne il luogo » ⁽⁴⁾. Da parte mia, nessun commento, giacché me lo impedisce la convinzione dell'Autore che avverto impassibile.

Assai diverso è l'approccio di Francesco Galgano, alieno dai purismi statalistici e avvezzo, invece, anche per la sua lunga militanza commercialistica, alla familiarità con i fatti economici. È un approccio che segnala delle perplessità sino alla fine degli anni Ottanta, trasformatesi in sicurezza almeno a far data dalla terza edizione, del 1993, della sua 'Storia del diritto commerciale'; in realtà si è qui di fronte, più che a una edizione con modifiche, a un sostanzioso ripensamento reclamato, come confessa nella Prefazione l'Autore, dalla constatazione che « molte chiavi di lettura della vicenda storica sono profondamente cambiate » ⁽⁵⁾. Il cambiamento è reso palese dall'ultimo capitolo intitolato *La rinascita della 'lex mercatoria'*,

⁽³⁾ N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in « Rivista di diritto civile », anno 2002, p. 630.

⁽⁴⁾ Ivi, p. 633.

⁽⁵⁾ F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, terza edizione, Bologna, il Mulino, 1993, p. 5.

dove, tenendo dietro a una sentenza della Cassazione del 1982, non si èsita a qualificare il fenomeno della globalizzazione giuridica come « un ordinamento giuridico, separato dagli ordinamenti statuali, espressione della ‘societas’ mercantile »; e « gli usi del commercio internazionale vengono assunti quali veri e propri usi normativi, vere e proprie fonti di diritto oggettivo; ma di un diritto oggettivo non statale, bensì sovranazionale: di un diritto oggettivo della *societas mercatorum* » (6). La scelta pluralistica è compiuta, superando appieno passate perplessità. Addirittura nell’ultimo Galgano, affrontando direttamente e organicamente questo nuovo assestarsi giuridico a livello globale (7), si conferma il suo carattere di « diritto uniforme spontaneo » realizzante un ordinamento originario al pari di quelli statuali, dove fonti primarie sono un articolatissimo tessuto consuetudinario e un altrettanto articolato tessuto giudiziale (cioè di giudici privati operanti al suo interno) (8).

(6) Ivi, pp. 218-219.

(7) Lo si fa con una pubblicazione autonoma dedicata a: *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, il Mulino, 2005, *passim*, ma soprattutto p. 60 ss.

(8) *Ibidem*, particolarmente il capitolo settimo intitolato ‘Globalizzazione e legittimità’.

XXVII.

IL DOGMATISMO LEGALISTICO DEL CIVILISTA ITALIANO ALLA RESA DEI CONTI

(con lo spostamento dell'asse portante dell'ordine giuridico
dal primato della legge al primato dei 'principii')

1. Mi è capitato più volte, in quest'ultimo ma anche in altri saggi, di mettere in rilievo la prolusione maceratese di Stefano Rodotà, che, nel dicembre del 1966, fu per molti giuristi (e soprattutto per i giovani) una sorta di pungente richiamo atto a scuotere la generale pigrizia e additare un sentiero percorribile (anzi: da percorrere). L'indicazione forte per le 'clausole generali' fu, allora, un gesto di coraggio, perché apriva parecchie finestre (l'immagine è del civilista tedesco Josef Esser) per un pecorame civilistico ancora intento alla venerazione delle santoriane 'Dottrine generali' promananti dal chiuso recinto di un Codice (sia pure di eccellente fattura).

Allora, sembrò a Rodotà (e a non molti, per verità) l'unica strada da battere: era — come più tardi lo stesso Rodotà lo avrebbe chiamato — 'il tempo delle clausole generali'. Poi — sempre più apertamente, pur se lentamente — si manifestò anche tra i civilisti la precisa coscienza della carica *rivoluzionaria* del costituzionalismo pluralistico, che si sposava perfettamente con un'esperienza giuridica percorsa, negli stessi paesi di *civil law*, da una dinamica tanto coinvolgente da alterare l'identità dell'ordinamento scosso da mutamenti strutturali. E si cominciò a parlare, come abbiamo colto nelle pagine precedenti, di 'principii, di un 'tempo di principii' ⁽¹⁾, dove — per 'principii' — non si intendevano (né si intendono) delle alate ma nuvolesche proposi-

⁽¹⁾ Ho cercato di identificare questo svolgimento in alcuni volumi rappresentanti lo sviluppo della mia ricerca storico-giuridica: *Introduzione al Novecento giuridico*, cit.; *Ritorno al diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2015; *L'invenzione del diritto*, cit.; *Oltre la legalità*, Roma/Bari, Laterza, 2020.

zioni filosofiche; si intendeva (e si intende) piuttosto una filosofia politica e sociale che, grazie alla Costituzione del '48, è diventata una serie di principii individuati dai Padri Costituenti nei valori radicali della società civile italiana, ma già in essa *ab origine* giuridici; tanto è vero che potevano essere fondativi di una gamma preziosa di diritti fondamentali, molti dei quali già formanti la parte essenziale del testo costituzionale varato dalla Assemblea Costituente

Questi principii sono, in parte, scritti e, in parte, non scritti, ma presenti nella dimensione costituzionale della Repubblica; di essi possono essere interpreti la Corte costituzionale, il *doctor iuris*, il giudice ordinario e, ovviamente, lo stesso legislatore. L'unico rischio — da evitare in questo momento di evidente quanto intensa transizione — è di reputare l'ordinamento giuridico una realtà statica, fissabile in regole invariabili come cristalli di rocca. Purtroppo, ancor oggi, si parla tanto e da tutti di questa transizione, ma siamo ancora disponibili a credere in un ordine giuridico 'codificabile', ossia immobilizzabile in un sistema chiuso. L'invito (elementare e scontato, ma, a mio avviso, urgente), che, invece, io vorrei rivolgere soprattutto ai civilisti, è di aprire le finestre del loro studio e guardare con attenzione al di fuori, dedicando un po' di tempo a una osservazione preziosa della realtà socio-giuridica vivente nel circostante contesto. È quanto ha fatto, in modo egregio, particolarmente in questi ultimi anni, soprattutto la magistratura, che, trovandosi a render giustizia nell'estrema trincea dell'esperienza, ha dovuto *inventare* regole e assetti organizzativi sconosciuti al diritto legale, facendo in tal modo opera fertile maieutica in ordine a un necessario incremento della positività giuridica formale. Consentire alla odierna complessità del diritto di esprimersi e di manifestarsi pienamente non è un gesto di arroganza, né tanto meno di sviamento di potere; è, piuttosto, l'assunzione di una responsabilità sociale che il divenire storico ha messo nelle mani della scienza giuridica, dell'ordine giudiziario, della prassi notarile. Di questa responsabilità abbiamo vive testimonianze, sia — prevalentemente — da parte dei giudici, sia da parte di vigili uomini di scienza, sia di notai, questi ultimi intensamente coscienti di un più ampio ruolo sulle loro spalle ⁽²⁾.

(2) Ciò è opportunamente messo in rilievo da un cattedratico di 'diritto civile' (oggi, salito ai fastigi del Governo della Repubblica); cfr. G. CONTE, *Presentazione, in Crisi della legge e produzione privata del diritto*, Milano, Giuffrè, 2018 (dove un paragrafo

2. Il problema dei ‘principii’, quali fonti del nuovo diritto privato, ha suscitato discussioni obiezioni adesioni e, proprio negli ultimi anni, una lodevole attenzione è segnalata da diversi ‘Incontri’ appositamente organizzati, ‘incontri’ che hanno dato, in seguito, l’occasione a cospicue raccolte di contributi scientifici. Ho qui sul tavolo: *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico* ⁽³⁾; *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare* ⁽⁴⁾; *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione* (Convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi) ⁽⁵⁾, tutti e tre del 2017; *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto* del 2018 ⁽⁶⁾, con una messe providenziale di riflessioni. Vorrei riferirmi soprattutto ai primi due per la posizione culturalmente pluralistica dei due curatori, Emanuela Navarretta e Giovanni D’Amico.

Emanuela Navarretta, oggi giudice della Corte costituzionale, brillante allieva della Scuola civilistica pisana (che, attraverso il suo originario Maestro, il messinese Ugo Natoli, si rifà direttamente a Pugliatti), si è segnalata, ormai da parecchi anni, per una specifica attenzione rivolta al tema incalzante dei rapporti fra diritto civile e diritto costituzionale ⁽⁷⁾; coinvolta in questo impegno, non è soltanto la curatrice del Convegno pisano ora ricordato, ma è l’autrice di un assai consistente volume espressamente rivolto al nodo problematico riguardante il ruolo dei ‘*principii*’ e soprattutto dei ‘*principii costitu-*

ha questa significativa intitolazione: *Sul contributo offerto dai notai all’invenzione del diritto*; da un magistrato or ora salito alla cattedra universitaria (cfr. F. DI MARZIO, *Sulla prassi notarile*, in *Giustiziacivile.com* del 24 febbraio 2017); da un notaio asceso da tempo alla cattedra universitaria (cfr. R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, in *Salvatore Romano*, a cura di G. Furgiuele, Napoli, ESI, 2015); da un notaio fornito di raffinata cultura storico-giuridica e civilistica (cfr. M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, Giuffrè, 2017). Io stesso l’ho sottolineato vestendo proprio i panni dello storico del diritto: cfr. P. GROSSI, *Sull’esperienza giuridica posmoderna (riflessioni sull’odierno ruolo del notaio)*, in «Quaderni fiorentini», 47 (2018).

⁽³⁾ A cura di Giovanni D’Amico, Milano, Giuffrè, 2017.

⁽⁴⁾ A cura di Emanuela Navarretta, Torino, Giappichelli, 2017.

⁽⁵⁾ Milano, Giuffrè, 2017.

⁽⁶⁾ A cura di Francesco Ricci, Milano, Giuffrè, 2018.

⁽⁷⁾ Fu proprio questo (*Diritto civile e diritto costituzionale*) il tema della sua Relazione al sopra citato Convegno del 2011 su *Il diritto civile, e gli altri*, p. 235 ss.

zionali' entro il nòvero delle fonti del diritto privato e in un panorama non soltanto italiano ma europeo: *Europa e diritto privato — Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica* ⁽⁸⁾.

Si tratta di una ricerca basata su una documentazione ammirevole, nella quale l'Autrice ha il grande merito di porgere un'uguale attenzione, sia ai 'monisti', sia ai 'pluralisti'; è apprezzabile, poi, che non si semplifichi artificialmente l'attuale paesaggio giuridico ma si prenda atto frontalmente della attuale *complessità* (del cui ripensamento è traccia fin nel titolo del volume) con un approccio orientato dalla « realistica consapevolezza che la complessità del contesto attuale non si può sottrarre ad una verifica sulla possibilità, sui limiti e sulle caratteristiche di un eventuale potere giudiziario decostruttivo e ricostruttivo di norme nell'ambito del diritto di competenza nazionale ». Discorso fin qui pienamente condivisibile, che però ha una continuazione precisatrice: « l'attenzione deve focalizzarsi [...] sulle condizioni e sulle modalità che possono rendere un diritto giudiziale compatibile con i *fondamenti della giuridicità moderna* » ⁽⁹⁾ [il corsivo è mio]. Il dissenso sorge sulla invocata spada di Damocle di quei *fondamenti*, ed è un dissenso che ha motivazioni squisitamente storico-giuridiche. Infatti, non si può far finta che siano scorsi lisci e piani i duecento anni, che ci separano da quel Settecento quando la borghese 'modernità giuridica' assunse con abile strategia di tutela cetuale un assolutismo giuridico fondato sulla mitizzazione della legge e del legislatore. Troppe e troppo rilevanti sono le novità (e che novità!) che interrompono la continuità di quel sentiero bisecolare particolarmente durante il divenire di quel secolo posmoderno che è il Novecento. Oggi si ha il dovere, da parte di un giurista che voglia vivere appieno la attuale posmodernità, di rifiutare le mitologie settecentesche di marca illuministico-giacobina strutturate fino a ieri come dogmi da accettare supinamente. Oggi, quei pretesi dogmi, quei *fondamenti*, vanno discussi e ripensati, perché si tratta di vestimenti troppo stretti per la presente società civile.

Questo accenno alla società mi offre il destro di discutere con la esimia Autrice di un Suo atteggiamento di diffidenza che mi appare

⁽⁸⁾ Torino, Giappichelli, 2017.

⁽⁹⁾ Ivi, p. 158.

affiorare più volte. La romaniana visione ordinamentale del diritto, che a me è sempre parsa una felice diagnosi della natura e funzione della giuridicità, spostando nelle radici del 'sociale' la genesi del diritto e sottraendola agli investiti del potere supremo, genera sgomento e disegna un paesaggio caotico, perniciosissimo per la civile convivenza, per il rispetto delle libertà sacrosante del cittadino, ed è anche per Emanuela Navarretta lo spettro della « società che si autoregola »⁽¹⁰⁾. Poiché sono stato io a parlarne, più di una volta, colgo l'occasione per dare un contenuto più preciso a questo *auto-ordinarsi*: che non consiste in una prona passività rispetto al cumulo di fatti e interessi emergenti — magari con violenza — nel diffuso disordine. Al contrario, *auto-ordinarsi* significa che la società opera una filtrazione isolando tra la folla dei fatti ed interessi solo quelli meritevoli di essere tutelati e promossi, ossia solo quelli che si propongono come *valori* della comunità. Secondo me è quello che hanno egregiamente fatto i nostri Padri Costituenti: hanno letto attentamente le radici della libera e rigenerata società italiana, hanno individuato *isolandoli* i valori fondativi, su quelli hanno disegnato *principii* e, da questi, diritti e doveri per il cittadino.

Culturalmente pluralistica anche la posizione di Giovanni D'A-mico, prestigioso docente di 'diritto civile' nella Università di Reggio Calabria. Egli, quale provetto allievo della Scuola messinese, unisce al pieno possesso del sapere tecnico una profonda e sentita dimensione culturale; lui, che nutre non poche perplessità sui capovolgimenti nel settore vitale delle fonti, in coerenza con un autentico pluralismo culturale ha lodevolmente voluto che si desse spazio a Relatori portatori di atteggiamenti ben diversificati⁽¹¹⁾. Nel segno di questa sua apertura ha voluto chiedere a me, che non ho mai nascosto la mia opzione per un ruolo centrale dei 'principii', di scrivere la *Presentazione* del volume raccoglitore degli 'atti' congressuali. Di questo gli sono grato, più che per l'indubbio onore verso la mia persona, per la dimostrazione del suo fondamentale rispetto verso posizioni non collimanti con la sua ma ritenute meritevoli di ascolto. E in seno a quegli 'atti', se v'è un dato positivo, assoluta-

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 176.

⁽¹¹⁾ Ciò emerge nitidamente soprattutto nelle tre Relazioni affidate a tre magistrati muniti di forti fondazioni culturali: Luigi Rovelli, Fabrizio Di Marzio, Enrico Scoditti.

mente positivo, da riscontrare, è il tessuto dialogico, è la dinamica dialettica che è — sempre e comunque — il sentiero aspro e difficile (ma appagante) della vera ricerca scientifica.

Come è leggibile anche nella summenzionata *Presentazione* (pp. XIII-XIV), io non potevo non ammettere la serietà delle preoccupazioni di Giovanni D'Amico per il passaggio da un regime giuridico governato dalla sola 'legge', collocata peraltro al culmine di una strutturazione rigidamente gerarchica delle fonti, a un regime dove i 'principii' assicurano — sì — l'elasticità necessaria a ordinare il movimento/mutamento sociale, rendendo però il paesaggio giuridico assai più incerto. Scrivevo tre anni fa e scrivo ora qui di seguito che, con i principii, si era tuttavia conseguito il recupero di una *certezza sostanziale*. Tento di spiegare meglio. Il problema, centrale nel Congresso di Reggio Calabria (residenza, luogo d'insegnamento e luogo del Convegno organizzato da D'Amico), era specificamente rivolto alla applicazione diretta dei principii costituzionali, principii non dalla genesi sconosciuta o mal-conosciuta, bensì emanazione di un ben identificato tessuto valoriale, quello stesso tessuto che era riuscito a dare vita alle prime due (ed essenziali) parti della Carta del 1948. Quei principii nascono dai valori, che la comunità ha vissuto come orientazioni della vita associata e ha, in tal modo, *isolato* dal fascio innumere dei semplici fatti. Ripetiamo pure quanto ho detto in replica alla amica Navarretta, perché è qui il punto focale: nascono dai *valori* e non da un disordinato e rischioso magma socio-economico, ossia dal risultato di un prezioso processo di auto-decantazione da parte della società stessa.

Si dice, però, da parte di D'Amico che si può incorrere in un altro rischio, e grave: il soggettivismo esasperato dei *doctores* e soprattutto dei giudici, quel soggettivismo — incarnato particolarmente nel soggetto investito di poteri giudiziali, nello *arbitrium iudicis* — che aveva, nel secolo XVIII, suscitato la ripugnanza degli illuministi, primo fra tutti il grande Beccaria ⁽¹²⁾. Tento di ribattere.

⁽¹²⁾ Il riferimento è a quel capitolo del suo — affrancatorio e giustamente ammirato — libello 'Dei delitti e delle pene', dove si tratta della 'interpretazione delle leggi' e dove Beccaria concepisce l'opera del giudice come la constatazione di una premessa maggiore contenuta nella legge e di una premessa minore costituita dal fatto, alle quali non può che conseguire una soluzione obbligata. È palese l'intento di ridurre

Anche se la nostra storia giuridica moderna, a causa della serrata illuministico-giacobina di fine Settecento, conosce due secoli di pan-legalismo teso a ridurre nella legge l'unica fonte generativa di diritto e pertanto a operare un totale controllo di questo da parte del potere politico e a espropriare completamente la *iurisprudencia* in tutte le sue diverse espressioni; anche se, ovviamente, un risultato negativo è stato la prona passività di dottori giudici notai ridotti a meri esegeti e non si è potuto avere in Italia — dal 1861, anno di nascita del Regno unitario — una psicologia coesiva del ceto dottrinale giudiziale notarile (che ha caratterizzato, almeno per quanto concerne i giudici, il pianeta di *common law* tipizzandolo e salvandone l'originalità); anche se tutto questo è vero, è giunta l'ora — io credo — di cessar di ripetere all'infinito l'esecrazione muratoriana « dei difetti della giurisprudenza », come se la storia, dal 1742 ⁽¹³⁾ ad oggi, non avesse nutrito in sé parecchi ed essenziali cambiamenti a livello sociale politico giuridico. Tanto più che oggi la alterazione partitocratica della nostra democrazia parlamentare ci offre ormai la figura di un legislatore spesso assente, spesso sordo, spesso impotente, spesso addirittura cosciente di dover abdicare alle vecchie pretese totalizzanti ⁽¹⁴⁾.

3. Accanto alla ritrovata consapevolezza de-mitizzatoria per tutto il castello settecentesco di espedienti filo-legislativi, non si può negare che la *iurisprudencia* si imponga attualmente ai nostri occhi come presenza di straordinario rilievo.

il giudice quasi a un automa all'interno di un condizionante ragionamento deduttivo di marca sillogistica. A fronte di questa smaccata riduzione, si contrapponeva la totale consegna della produzione del diritto nelle mani di un Principe legislatore, idealizzato e gigantizzato oltre misura, secondo le visioni illuministiche.

⁽¹³⁾ Data di pubblicazione della pesante requisitoria di Ludovico Antonio Muratori.

⁽¹⁴⁾ Ho ritenuto di dover affrontare questo aspetto in una mia precedente riflessione, dove ho anche analizzato uno dei più significativi esempi di questa legislazione qualificabile come auto-abdicativa, il cosiddetto 'Codice del processo amministrativo' del 2010. Una consolidazione che poco ha a vedere con i Codici cui ci ha abituato la storia giuridica della modernità, perché si concretizza soprattutto nella fissazione di un'ampia cornice di principii, lasciando all'interprete e particolarmente al giudice uno spazio aperto. Per maggiori chiarimenti cfr. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 93 ss.

Da un lato, si impone una riflessione civilistica, che ha fatto suo il compito assegnato — già nel lontano 1937 — da Giuseppe Capograssi alla scienza giuridica, a suo dire l'unica tra le fonti capace di fungere da guida nel ricomporre a unità (unità spirituale e culturale) l'attuale pluralismo ⁽¹⁵⁾. E spero che il lettore, lungi dal ritenere encomiastico e vacuo questo riconoscimento, abbia trovato nel percorso delle pagine precedenti molte buone oggettive motivazioni.

Dall'altro lato, si impone quello che mi sembra un autentico risveglio della prassi giudiziale e notarile e che si concretizza nella sempre più diffusa consapevolezza, tutta nuova e vivacissima, di un rinnovato ruolo attivo nella dinamica dell'ordine giuridico: nella riscoperta della sua complessità, nell'ampliarsi della pluralità delle fonti del diritto, giudice e notaio sono chiamati a colmare il vuoto esiziale lasciato da un legislatore assente o incapace di corrispondere alle richieste del mutamento. Ho qui di fronte, sul mio tavolo, alcune pubblicazioni recentissime che comprovano questa benefica consapevolezza.

L'una — appena di quest'anno — ha un titolo eloquente: *Il mestiere del giudice* ⁽¹⁶⁾, e si inserisce come primo volume della collana 'Dialoghi' di una Rivista d'avanguardia « Giustizia insieme » promossa e diretta da due magistrati della Cassazione, Roberto Giovanni Conti e Paola Filippi. Il volume vuole essere — nella felice tessitura contenente una serie di interviste fatte a magistrati e docenti universitarii — la lucida analisi di un itinerario in atto per il diritto italiano e delle forze su cui contare per costruire un futuro coerente con le esigenze affioranti. È una sorta di osservatorio aperto verso il passato e verso il futuro con la precisa finalità di deporre dogmatizzazioni e mitizzazioni provenienti da lontano ma ancora munite di una loro carica virulenta, registrando senza edulcorazioni e senza ripugnanze una civiltà giuridica in cammino, faticoso senza dubbio e colmo di inciampi ma costruttivo. Si ha anche il coraggio di guardarvi non con gli occhiali deformanti risalenti alla serrata illuministico-giacobina di duecento anni fa, ma con occhiali nuovi

⁽¹⁵⁾ Il riferimento è al notissimo saggio capograssiano, pubblicato appunto nel '37, *Il problema della scienza del diritto*.

⁽¹⁶⁾ A cura di R.G. Conti, Padova, Cedam, 2020.

ideali a porre in risalto l'attuale paesaggio giuridico e le sue esigenze. *Il mestiere del giudice* non può non risaltare con la sua centralità nella rapida transizione che ci troviamo a vivere. Magistrati e 'dottori', i protagonisti del volume, chiamati ad esprimere una voce serenamente critica, prendono atto che la Costituzione, come testo e come sostrato valoriale, ha permesso di ritrovare più estesi confini dell'universo giuridico, ritrovando anche quella sua intrinseca complessità che il riduzionismo moderno aveva (per strategie proprie alla civiltà giuridica borghese) artificiosamente amputato. E si è giunti ai recuperi preziosi delle posizioni del giudice, del 'dottore' e del notaio entro un ordinamento percepito non nella sua improbabile statica, bensì nella sua vitalità dinamica; recuperi di ruoli, ma anche di responsabilità, soprattutto di responsabilità.

Pari — e parimente vivace — è il risveglio che colgo vistoso nella comunità notarile italiana. Come i giudici, anche i notai si sono trovati in quella estrema trincea della vita quotidiana nel nostro tempo di transizione costituita dalla prassi degli affari sempre più bisognosa di nuove *invenzioni* giuridiche atte a ordinare i nuovi e novissimi fatti sociali ed economici. Gli attuali notai sono chiamati a rivestire i panni del vecchio notaio medievale, che, nell'Europa dei secoli XII e XIII, nella metamorfosi della vita economica da agraria a commerciale, con traffici ormai coinvolgenti l'intera parte occidentale del continente, furono prodighi di *invenzioni* destinate a durare, e invenzioni preziose per quel personaggio intraprendente che era allora il nuovo mercante professionista. E fu proprio allora che, nella prassi dei mercati più vivaci dal Baltico al Mediterraneo, nacquero i 'titoli di credito', strumenti immuni da ipoteche romanistiche, ma forti dell'originario conio pratico-economico. Anche la constatazione di questo risveglio, lungi dal voler essere encomiastica, ha la sua oggettiva conferma in alcune pubblicazioni che tengo qui sotto mano. Pubblicazioni — è il caso di sottolinearlo — non frutto di esperienze singole, ma di un progetto varato dalla organizzazione apicale del notariato italiano (corroborata sul piano culturale dalla 'Fondazione italiana del notariato'). Sono stati numerosi, negli ultimi anni, incontri e pubblicazioni, tutti incentrati sul ruolo profondamente svecchiato dell'odierno notaio in un paese di *civil law*. Mi limito qui a segnare con inchiostro forte tre grosse iniziative con-

gressuali quali espressione di una piena consapevolezza della collocazione del notaio nell'odierno nòvero delle fonti di produzione del diritto: un Convegno fiorentino del 2015 su *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali* ⁽¹⁷⁾, uno romano del 2017 su *Crisi della legge e produzione privata del diritto* ⁽¹⁸⁾, uno fiorentino del 2019 su *Autonomia privata e fonti del diritto* ⁽¹⁹⁾. È proprio leggendo spassionatamente questi ricchi 'atti' congressuali che emerge il « contributo offerto dai notai all'*inventio* del diritto », come scrive uno dei curatori del Convegno del 2017 ricordato più sopra, il civilista Giuseppe Conte ⁽²⁰⁾, o come ribadisce l'altro curatore degli stessi 'atti', il notaio Massimo Palazzo, allora Presidente della 'Fondazione italiana del notariato', il « contributo del notaio al rimodellamento dell'ordinamento giuridico contemporaneo » ⁽²¹⁾.

Chiudendo questo capitolo destinato a puntualizzare i caratteri del nostro 'tempo di principii' e dell'indiscutibile ruolo odierno della intiera *iurisprudencia*, tengo ad aggiungere una considerazione finale per sottolineare al lettore la dimensione *corale* con cui essa, il più delle volte, si esprime. Ed è la *coralità* che riesce a spengere quei soggettivismi turbativi della visione di Giovanni D'Amico.

⁽¹⁷⁾ Milano, Gruppo24ore, 2015.

⁽¹⁸⁾ Milano, Giuffrè, 2018.

⁽¹⁹⁾ Milano, Giuffrè, 2019.

⁽²⁰⁾ G. CONTE, *L'evoluzione dell'ars notaria nel quadro dell'attuale ordinamento giuridico*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, cit., p. 13. Giuseppe Conte era allora (come lo è formalmente tuttora) Professore Ordinario di Diritto Civile nell'Università di Firenze.

⁽²¹⁾ M. PALAZZO, *La funzione notarile oggi e domani*, ivi, p. 29.

XXVIII.

ITINERARI — MALGRADO TUTTO — MONISTICI (il nichilismo giuridico di Natalino Irti)

Dell'itinerario scientifico di Irti sappiamo molto: che, dal concettualismo a-storico degli anni Sessanta era approdato alla decodificazione degli anni Settanta, concepita quale apertura a un paesaggio legislativo costellato da una folta presenza di leggi speciali e, conseguentemente, a un rinnovato culto della legge positiva (meritevole — questa — unicamente di una passiva esegesi da parte della giurisprudenza teorica e pratica).

È con l'inizio del nuovo millennio che il civilista abruzzese comincia a parlare di *nichilismo giuridico* con sempre maggiore insistenza. Nella 'Prefazione' a una raccolta di saggi del 2011, egli, guardando a ritroso, individua una *trilogia* di momenti riflessivi, ossia tre raccolte incentrate soprattutto su quel modulo interpretativo: la prima, intitolata proprio *Nichilismo giuridico* del 2004; la seconda *Il salvagente della forma* del 2007; l'ultima *Diritto senza verità*, dalla cui 'Prefazione' abbiamo ricavato la scansione ora precisata ⁽¹⁾. L'invenzione, tuttavia, e il messaggio metodologico ad essa sotteso erano ritenuti da Irti di tale importanza da voler riservare a tema della sua Relazione, nel grande Convegno messinese dei civilisti italiani del 2002, esattamente *Nichilismo e metodo giuridico*, attribuendo quindi sin da allora alla sua visione nichilistica una valenza squisitamente metodologica.

La sollecitazione prima nasce da una impietosa ma franca osservazione del diritto civile positivo (diritto per Irti rigorosamente legislativo), che genera una corrosiva insoddisfazione: « ora non restano che incessante produzione e consumo di norme » (in una

⁽¹⁾ *Diritto senza verità*, Roma/Bari, Laterza, 2011, p. IX.

desolante assimilazione di queste a trivialissime merci), mentre « è perduta l'identità degli uomini, considerati semplici funzionari del mercato », mentre « l'immagine della scienza giuridica come di una 'sopra-elevazione', indifferente al terreno sottostante, non appaga più », con la conseguenza di un totale « abbandono alla contingenza », nella convinzione che « una nuda accettazione delle cose, del loro accadere e della loro diveniente casualità, ci pone al riparo, cura i rimpianti, esonera dalle profezie » (2).

Il paesaggio viene a consistere — rubando l'immagine a Eliot — in una *Waste Land*, in un presente inaridito affidato all'atomismo degli accadimenti senza la ricchezza del passato e le speranze del futuro. La Relazione messinese del 2002 è la necessaria premessa per la comprensione dell'immediatamente successivo martellio nichilistico; dove, se c'è un sostantivo affermato e ripetuto più volte per il suo valore identitario, è *solitudine* (3).

Ed è obbligata la riduzione del civilista a un *tecnico*, possessore di un sapere *tecnico* (4) « che non serve più a conoscere la verità [...] ma a garantire la razionalità della produzione », « giacché le norme sono 'prodotte' al pari di ogni merce, offerte ai consumatori, usate, logorate, sostituite » (5). Ed è obbligato l'approdo: in considerazione di queste *merci* « l'indifferenza contenutistica sospinge verso il culto delle forme » (6) e « il suo senso più proprio e più stabile è nella funzionalità delle procedure » (7), perché il diritto legale « trova ordine nelle forme del procedere » (8) e « non c'è salvezza se non

(2) *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, cit., pp. 83, 85, 87, 88, 89.

(3) « Il diritto positivo [...] è ripiegato in sé e da sé non può uscire. La razionalità del diritto è la razionalità di questa assoluta solitudine » (*Un libro ancora da scrivere*, in *Nichilismo giuridico*, Roma/Bari, Laterza, 2004, p. V); « questa smarrita solitudine, questa perdita di ogni centro, che non sia l'energia della volontà apre le porte del diritto al più sinistro fra tutti gli ospiti, il nichilismo » (*Nichilismo e formalismo nella modernità giuridica*, in *Nichilismo giuridico*, cit., p. 29. Addirittura, il secondo saggio del volume *Il salvagente della forma*, cit., si intitola *Solitudine del diritto*).

(4) Cfr. N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma/Bari, Laterza, 2001.

(5) *Un libro ancora da scrivere*, cit., p. VI.

(6) *Nichilismo e formalismo nella modernità giuridica*, cit., p. 26.

(7) *Un libro ancora da scrivere*, cit., p. VI.

(8) *Per un'autobiografia giuridica*, cit., p. 8.

nelle forme, nei congegni procedurali »⁽⁹⁾. E tutto il diritto si risolve nella correttezza dei meccanismi procedurali, mentre le leggi si presentano come dei vasi vuoti suscettibili di ogni contenuto (aggiungo io: anche il più aberrante, come fece il legislatore fascista nel 1938 affermando uno sfrontato, tragico razzismo).

Mi permetto una domanda a Natalino Irti: perché questa discesa nell'inferno del nichilismo? Gli sarebbe bastato di aprire le finestre del suo studio e guardare fuori quel che succede nell'esperienza di ogni giorno. Sarebbe emersa con evidenza la socialità del diritto, il suo consistere in un salvataggio della società dal caos, il suo essere intrinsecamente un ordinamento del 'sociale' (e ciò senza fare professioni di fede a Hauriou, Santi Romano, Capograssi). Del resto, perché questo demolente scetticismo sul *volere* dell'uomo, che Irti pone a fondamento di tutto l'edificio giuridico? Perché non cogliere nelle trame del *volere* quelle nervature di responsabilità e di solidarietà, che non sono artificiose falsazioni, che ci sono e che avrebbero offerto un solido salvataggio?

Al vecchio e caro amico, perdurando fra noi il dialogo (fatto anche di parecchi dissensi) che da tanti decenni ci stimola, vorrei rinnovare l'invito or ora fatto ad aprire le finestre e guardare a fondo nell'esperienza, vincendo la sua diffidenza verso la dimensione esperienziale del diritto. Lì vedrebbe vivere quel pluralismo giuridico, pluralismo di fonti, argine robusto per ogni tentazione nichilistica.

⁽⁹⁾ Ivi, p. 10.

XXIX.

ITINERARI — MALGRADO TUTTO — MONISTICI

(*Eclissi del diritto civile* di Carlo Castronovo)

L'itinerario di Natalino Irti è stato, per così dire, sempre di una assoluta sincerità: le sue scelte legalistiche tecnicistiche formalistiche, convintamente confermate (e, pertanto, senza sviamenti), lo hanno portato ad approdi nichilistici. Diverso, proprio perché si risolve non in un itinerario ma nella recitazione di un *credo*, è il decalogo offerto da un allievo di Mengoni (ma assai distante dalle aperture culturali del Maestro), Carlo Castronovo, con il suo saggio *Eclissi del diritto civile* pubblicato nel 2015.

Al pari di Irti, anche a Castronovo non manca la virtù della sincerità. Infatti, sin dal 'Prologo' egli intende fare i conti con il lettore, disvelando interamente il suo messaggio ispirato ad un ferreo monismo giuridico: perché *eclissi*? Perché « eclissi significa oscuramento ». E perché il diritto civile è oggi (2015) « vittima di oscuramento » (1)? E quali ne sono le cause? È presto detto: « la disarticolazione, che deriva da una pluralità di fonti irriducibili a una chiara e netta gerarchia » (2). Ancora: « il prevalere dell'atteggiamento ermeneutico su quello dogmatico » (3); il che provoca incertezze e ambiguità non essendo più « alla stregua del diritto positivo tradizionalmente inteso come diritto legislativo » (4).

Un commento minimo si impone: dunque, identificazione fra 'positivo' e 'legale'; dunque, irriducibile legalismo statalista; dunque, fonti assolutamente tipiche e collocate entro una rigidissima gerarchia. Ancora: il difetto essenziale dell'odierno diritto italiano consi-

(1) *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 1.

(2) Ivi, p. 3.

(3) *Ibidem*.

(4) Ivi, p. 4.

ste nell'essere « un ordinamento che si riconosce in una Carta fondamentale che di questa variegatura di valori [ne ha parlato prima] è espressione »; « in questa prospettiva valori come solidarietà, eguaglianza in senso sostanziale, funzione sociale, tutela della persona si rivelano veri e propri specchi deformanti degli istituti sobri, e quasi ingenui nella loro pretesa coerenza, del diritto civile » (5). Un commento minimo si impone: la Costituzione italiana del '48 identificata, dunque, in un pernicioso vaso di Pandora, pernicioso per il progredire del diritto in Italia.

Fatte queste premesse — anche se, per lo storico del diritto, è sconcertante il sostanziale rimpianto del civilista milanese per il pandettistico 'diritto romano attuale' quale segno della perfetta continuità civilistica da Gaio al Codice del 1942 (6) — si capisce che è proprio la *novità* dell'evento/Constituzione a raccogliere alcune precise rampogne. È, infatti, la qualità della nostra Carta, non più nuvolesca 'dichiarazione dei diritti' ma breviario giuridico del cittadino e, quindi, « allogazione degli istituti fondamentali del diritto privato » (7), ad apparirgli come uno snaturamento. Allontanandosi dalla « esclusiva funzione di orientamento del legislatore », « il tramite mediante il quale la Costituzione è filtrata nelle fibre dell'ordinamento non è stato però solo il legislatore [...] ma la giurisprudenza », provocando « una mutazione genetica della giurisdizione, la quale non si limita più a interpretare la legge ordinaria [...] ma si mette in presa diretta con la Costituzione, con questo automaticamente guadagnando una posizione pariordinata a quella del legislatore » (8).

Castronovo tiene a manifestare sonoramente il suo disagio. I guasti provocati dall'ingresso di una Costituzione (come la nostra) nell'ordine giuridico italiano vengono còlti nella intrinseca ambivalenza che ne deriva: l'abbandono del carattere della *programmaticità* (che a lui pare l'unico ad essa congeniale) (9) per indossare un

(5) Ivi, p. 8.

(6) Ivi, p. 21.

(7) Ivi, p. 28.

(8) Ivi, p. 29.

(9) Il discrimine fra regola costituzionale e legge ordinaria era, durante il primo costituzionalismo, coerente con le esigenze di una società borghese, fondato sulla mera

vestimento precettivo ha provocato la ‘crisi della fattispecie’. I motivi sono chiari: perché « non c’è più bisogno di fattispecie normativa o di stampelle sussuntive e sillogistiche: l’argomentazione giuridica batte ormai altre strade », come si esprime sempre sul tema della ‘crisi della fattispecie’, con la consueta lucidità, Natalino Irti ⁽¹⁰⁾. Se, però, raffronto la pagina di Irti con questa di Castronovo, è avvertibile un divario: mentre il primo prende atto di una svolta storica e la comprende ⁽¹¹⁾, il secondo, in un atteggiamento totalmente carente di storicismo, resta avvinto ai suoi modelli monistici, si fa *laudator temporis acti* e amaro contemplatore di guasti.

La battaglia ha un obbiettivo assolutamente prevalente, ed è l’utilizzo diretto del testo costituzionale da parte della giurisprudenza; il che è per Castronovo addirittura « sconvolgente », come lui afferma a proposito di una sentenza della Cassazione del 2009, nella quale si arriva ad un certo risultato « in virtù di una interpretazione basata sulla pluralità delle fonti, e, nel caso in esame, sulla clausola generale della centralità della persona » ⁽¹²⁾. Lasciamo al nostro civilista la parola: l’applicazione diretta « indica uno spostamento dal piano al quale si intende riferita originariamente la Costituzione, e nel quale destinatario delle norme costituzionali, anche di quelle riguardanti i diritti fondamentali, è lo Stato e in particolare il legislatore »; « l’idea di fondo è quella di un adattamento della norma costituzionale a un ambito applicativo che non le è proprio.

programmaticità della prima; e lo si deve caldamente rimpiangere, giacché — secondo il Nostro — il nuovo e fermissimo ripensamento della scienza costituzionalistica e della intera scienza giuridica sulla natura delle regole costituzionali ha avuto conseguenze negative anche per i civilisti. Infatti, la metamorfosi delle regole costituzionali « insieme alla graduale negazione di esse come norme programmatiche e all’affermazione della loro natura precettiva [...] ha costituito il modello dal quale è scaturita l’obliterazione della fattispecie anche nella legge ordinaria » (ivi, p. 30).

⁽¹⁰⁾ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in « Rivista di diritto processuale », I (2014), p. 42.

⁽¹¹⁾ Vale la pena di riportare il testo di Irti per cogliere appieno la diversità dei due approcci: « non c’è più bisogno di fattispecie normativa [...] l’argomentazione giuridica batte ormai altre strade [...] il valore [...] non ha bisogno di fattispecie ». È penoso per Irti « spogliarsi di un vecchio utensile che ci era caro per educazione mentale e tradizione di studi », ma si tratta di una « necessità storica » (ivi, pp. 41-42).

⁽¹²⁾ Si tratta della sentenza n. 10741 dell’11 maggio 2009 (le parole virgolettate sono del testo decisorio riportato da Castronovo).

Le norme costituzionali, infatti, sono regolative di poteri, non conformative di atti e di rapporti come invece quelle di diritto privato » (13).

Qui si fa un enorme passo indietro e si pensa a un ordinamento giuridico stabilizzato in modelli non suscettibili di duttilità, quasi che il divenire di questi ultimi settanta anni si presentasse piatto e liscio, senza quei movimenti e mutamenti che, al contrario, lo hanno profondamente solcato lasciando tracce vistosissime (almeno per chi vuol tenere gli occhi ben aperti). E quando si parla di 'mutazione genetica' della *iurisprudencia*, vien voglia di invitare l'autore di questo libro a riflettere che, nella storia più che bimillenaria del diritto in Occidente, statalismo e legalismo sono una scelta risalente appena a fine Settecento, scelta legata ai progetti di una civiltà borghese, scelta cui la riscoperta novecentesca della complessità del diritto si mostra sempre più insofferente. Il monismo giuridico sa oggi di stantio, di assoluta inadeguatezza a reggere il confronto con le mutazioni del tempo di transizione che stiamo vivendo.

L'ultimo capitolo del libro verte sul 'Diritto civile europeo'. Attenzione meritoria, se non fosse per la totale incomprendione verso un diritto che si caratterizza per la sua giurisprudenzialità (14). Qui lo strenuo legalismo avrebbe potuto ragionevolmente attenuarsi: infatti, poiché si tratta di un diritto *in fieri*, tuttora *in fieri*, è abbastanza naturale l'affidamento a un organo che, in quanto giurisdizionale, possa trarre dalla prassi, ossia dalla concretezza dei casi, le pietre fondative di una progrediente costruzione; ma non è così. Purtroppo, il carattere, che emerge e che informa tutto il libro, è la totale carenza nel suo autore di quella che Giuseppe Benedetti ha chiamato 'la contemporaneità del civilista', « intesa come comprensione critica del proprio tempo » (15), che traduce in ascolto l'osservazione attenta del divenire sociale e, soprattutto, in disponibilità a capirlo senza offuscanti modelli prefabbricati in testa.

(13) *Eclissi del diritto civile*, cit., rispettivamente alle pp. 37 e 38.

(14) « Nella grande lacuna, quantitativa e qualitativa, del diritto positivo da colmare la Corte europea ha potuto tramutare la sua natura originaria di organo del *ius dicere* in quello di superlegislatore, un organo mediante il quale quelle che in un ordinamento classico potrebbero essere sollecitazioni interpretative di *ius condendum* sono diventate diritto vigente » (ivi, p. 228).

(15) G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, cit., p. 1283.

XXX.

ITINERARI PLURALISTICI

(Nicolò Lipari, Vincenzo Scalisi, Giuseppe Benedetti)

1. Sicuramente, tra i civilisti italiani, il più insofferente ai riduzionismi illuministici in tema di fonti e il più convinto ad aprirsi a un coraggioso pluralismo giuridico, è Nicolò Lipari, con un atteggiamento di assoluta coerenza per tutto l'itinerario della sua ricerca scientifica, dalla 'prolusione' barese — più sopra menzionata — del 1968 e dai suoi innovativi esperimenti didattici (sempre baresi) degli anni Settanta, quando fu lungimirante nel pretendere che il primo a fare i conti con i valori/principii costituzionali dovesse essere proprio il cultore del diritto civile, gettando ai rovi i mantelli — insieme, il legalistico e il puristico — ai quali impassibilmente teneva uno dei suoi Maestri romani, Santoro Passarelli ⁽¹⁾.

È agevole capire questa coerenza del civilista Lipari, individuando la sua identità culturale e, quindi, i suoi tratti tipizzanti costantemente confermati sino ad oggi; tra questi, il personalismo cristiano è la sua ispirazione di fondo e, dunque, il tratto suo più tipizzante. I Padri Costituenti, al lavoro nel lontano secondo dopoguerra, riscuotono il suo completo plauso nel loro impegno di liberare il paesaggio giuridico da un 'individuo' solipsistico, astratto, affatto metastorico, e di fondare un nuovo ordine socio-giuridico sulla 'persona', intesa come creatura all'interno della società e di un folto tessuto relazionale di diritti e di doveri; una persona, alla cui tutela il costruendo ordine democratico non può non essere interamente proteso. Da questa imponente dignità di fondo discendono per Lipari alcune certezze strettamente consequenziali: la storicità

⁽¹⁾ *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, Laterza, 1974, a cura di N. Lipari.

perenne del diritto, il suo essere sempre e comunque storia, con il rifiuto di pretese purezze e astrattezze che ne alterano la natura e la funzione; la socialità perenne del diritto, che si esprime appieno in una salvante nervatura solidaristica; storicità e socialità, che il gigantismo moderno e posmoderno del ‘mercato’ non deve mettere a rischio con le sue forzature economicistiche.

Lo infastidiscono, pertanto, la riduzione tutta moderna della società a piattaforma inerte e, ben al di sopra di essa, una concezione prevalentemente potestativa (e autoritaria) del diritto risolvèntesi in comandi sanzioni coercizioni. Più che nel vecchio ‘Stato diritto’ di marca liberal/borghese Lipari ama riconoscersi nello ‘Stato sociale di diritto’ nettamente disegnato nella trama del testo costituzionale, perché è in esso che si valorizza la vocazione esperienziale del diritto con la fertile riscoperta di tutta la sua complessità. Se si può ammettere come suoi mentori il civilista Mengoni, il costituzionalista Gustavo Zagrebelsky ⁽²⁾ e il filosofo Giuseppe Zaccaria ⁽³⁾, il fecondo ispiratore è da sempre (e resta) Giuseppe Capograssi con la sua sollecitante nozione di ‘esperienza giuridica’; una nozione che, in grazia della sua latitudine, restituisce al diritto il suo spessore plurale ed ha la forza di identificare il normativismo positivista tra gli efficaci espedienti di una visione grezzamente ideologica, relegandola — per ciò stesso — nel nòvero delle caducità legate alla contingenza.

In questi ultimi venti anni Lipari non ha fatto altro che raccogliere, sviluppare, meglio definire intuizioni e linee progettuali dei

⁽²⁾ Il suo manifesto metodologico può reperirsi nel saggio: *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, dove, facendo capo alla Costituzione italiana quale esperimento schiettamente pluralistico, si disegna pluralisticamente l’ordine giuridico della nuova Repubblica.

⁽³⁾ Giuseppe Zaccaria, filosofo del diritto appartenente alla feconda scuola patavina di Enrico Opocher, ha, a mio avviso, molti meriti per un ispessimento della consapevolezza culturale della scienza giuridica in Italia, ma, per un civilista come Lipari, il merito maggiore sta nell’aver contribuito in maniera determinante alla diffusione presso di noi del messaggio epistemologico del civilista tedesco Josef Esser, sia traducendo (insieme a Salvatore Patti) il fondamentale testo esseriano « Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung » del 1972 (leggibile nelle ‘Traduzioni della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino’: Napoli, ESI, 1983), sia redigendo una ammirevole monografia sul messaggio ermeneutico di Esser: G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984.

suoi anni più giovanili in alcune autentiche tappe di maturazione nel corso di un itinerario dalla ammirevole continuità: nel 2008 il volume su ‘Le fonti del diritto’, tutto teso nella percezione dello spostamento attuale del perno portante dell’ordinamento dalla legge ai giuristi (e soprattutto ai giudici); nel 2012 quello su ‘Il diritto civile tra legge e giudizio’, dove è senza perplessità affrontato il tema/problema dell’attuale ruolo centrale della giurisdizione; nel 2013 quello su ‘Le categorie del diritto civile’ mirante alla revisione e al rinnovamento delle tradizionali categorie del civilista italiano, molte delle quali ancora risalenti all’armamentario pandettistico e, pertanto, inadatte a ordinare il nuovo paesaggio sempre più influenzato dai formandi diritto europeo e diritto globale; infine, quello del 2019 su ‘Il diritto civile e ragione’, che ha il suo nucleo centrale nel rifiuto di un rischioso volontarismo giuridico.

2. Sicuramente, tra i non molti civilisti storicisti italiani, quello che, più d’ogni altro, ha affidato alla dialettica moderno/posmoderno di segnare lo svolgimento del diritto in Italia durante il Novecento, è Vincenzo Scalisi ⁽⁴⁾, il civilista che, all’interno della nutrita scuola messinese, intensifica e metodologicamente corrobora lo storicismo pugliattiano. Nel 2012, al colmo di un lungo e sentito itinerario di ricerca, egli riesce a fissare, in una preziosa raccolta di saggi ⁽⁵⁾, una sorta di breviario, cui terrà fede sino alla morte avvenuta prematuramente nel 2018. Il suo spiccato storicismo lo porta, come Lipari, alla riscoperta della complessità del sociale, saldo basamento per la interconnessa complessità del diritto. E l’acceso normativismo moderno si scioglie, davanti ai suoi occhi vigili, come nebbia al sole; e sa di artificio tutta la costruzione moderna dal carattere essenzialmente potestativo, proiettata dall’alto verso il basso, dove la piattaforma sociale è chiamata unicamente all’obbedienza.

Il semplicissimo paesaggio giuridico moderno, ridotto monisticamente allo Stato e alla sua volontà suprema, diventato complesso grazie a parecchie presenze ieri mute o soffocate e oggi emergenti

⁽⁴⁾ Di Scalisi è esemplare: *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno* (2005).

⁽⁵⁾ È il già citato: *Fonti-Teoria-Metodo*.

con la loro forza ordinante, questo paesaggio si fa plurale per la ripresa vitale di nascosti assetti consuetudinarii e di un folto numero di interpreti diversamente operanti in seno alla società (dottori, giudici, avvocati, notai). Sul palcoscenico della storia appaiono personaggi non solo condannati al silenzio ma soprattutto scherniti come cause primarie del caos giuridico posmedievale. Scrive Scalisi nella succosa 'Prefazione' alla sua raccolta del 2012, avendo chiaramente a destinataria la comunità dei giureconsulti, alla quale vuole indicare un difficile sentiero e, insieme, infondere il coraggio di percorrerlo: « Non solo il giurista, ma ogni operatore del diritto è chiamato a proporsi come nuovo Diogene che, avvalendosi della 'lanterna magica' di un ritrovato pensiero forte metodologicamente e assiologicamente orientato ⁽⁶⁾, ma al tempo stesso muovendo dalla profonda 'bassura' dell'esperienza di vita dei consociati, continuamente torni ad esplorare e a interrogare, ai diversi livelli e gradi, le varie e molteplici fonti di produzione giuridica » ⁽⁷⁾. Qui è fissato bene il distacco dal 'purismo' di molti civilisti italiani, dalla loro pretesa di librarsi alti in un'aria astrattamente rarefatta. Al contrario, c'è la precisa consapevolezza che la riscoperta complessità propone un orizzonte vasto, poggiante soprattutto in quella 'bassura' dove sono le radici della società, dove allignano interessi diffusi e dove, al loro interno, la comunità provvede a isolare i valori, a viverli, a tutelarli. Qui c'è un eco del grande insegnamento del Pugliatti studioso della proprietà, che arriva alla percezione delle profondamente varie e diverse forme di proprietà soltanto guardando in basso, osservando le cose nei loro diversi caratteri strutturali e costruendo, in base a questi, assetti proprietari diversi perché coerenti ai dati fenomenici o storici.

Sia consentito un ultimo rilievo: anche per Scalisi la rivoluzione nell'atteggiamento culturale dei civilisti ha una matrice prima nell'evento costituzionale del 1948: infatti « la prima a confrontarsi con

⁽⁶⁾ Con il richiamo qui fatto a « un pensiero forte metodologicamente e assiologicamente orientato » Scalisi sembra ribadire la sua appartenenza alla coinè culturale messinese, dove lui ebbe la fortuna di familiarizzare non solo con Pugliatti e Falzea, ma anche con i filosofi del diritto Enrico Paresce e Rodolfo De Stefano, pronti a fornire ai giuristi l'*humus* delle loro convinzioni assiologiche.

⁽⁷⁾ SCALISI, *Fonti-Teoria-Metodo*, cit., p. XIV.

la complessità dei rapporti anche di diritto privato è stata la fonte costituzionale » (8).

3. A differenza di Lipari e di Scalisi, la vicenda intellettuale di Giuseppe Benedetti (1930-2019) non si immedesima in un itinerario che si sviluppa in continuità; anzi, anche se l'approdo risulta affatto simile, è — questa sua — una vicenda segnata da un momento che potremmo non indebitamente qualificare di autentica *conversione* culturale, come è con lucidità identificato dall'allievo fiorentino Giuseppe Vettori, che ha voluto opportunamente intitolare un suo saggio biografico del Maestro *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti* (9). Una *conversione*, che ha la sua sonora epifania nei primi anni duemila (10), ma che ha la sua lenta maturazione durante gli anni Novanta nella percezione dei sommovimenti, ben visibili agli occhi di un osservatore attento, entro l'ordine giuridico di un paese di *civil law*.

Per tentare una soddisfacente comprensione, credo che si debba cominciare da un punto fermo: l'itinerario di Benedetti è profondamente influenzato dal magistero di tre protagonisti della scienza civilistica del Novecento italiano, sui quali abbiamo largamente discusso più sopra: Filippo Vassalli, uno strano 'legislatore', che ha familiarizzato per tutta la sua vita con Codici e leggi, ma che è portatore di una decisa insofferenza verso le angustie della dimensione giuridica confinata entro uno spazio meramente legislativo; Emilio Betti, assertore della necessità per il giurista di farsi costruttore di categorie ordinanti, però non astratte dalla storia e, anzi, destinate a fare sempre i conti con il 'sociale', che esse sottraggono al caos (11); Francesco Santoro Passarelli, disegnatore di schemi civilistici connotati da indefettibile purezza perché incontaminabili

(8) Ivi, p. 10 ss.

(9) In « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LXXIII (2019).

(10) E precisamente nel saggio *La contemporaneità del civilista*, che ha, all'inizio, come sappiamo, la forma di una Relazione in seno al Convegno messinese del 2002 in onore di Angelo Falzea (ora, nella raccolta postuma curata dagli allievi: G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, il Mulino, 2020).

(11) Esempio, come abbiamo già visto, la sua teorizzazione del 'negozio giuridico', socialmente assai impegnata a fronte della modellazione individualistica di Giuseppe Stolfi.

dalla fangosità empirica dei fatti. Tre approcci metodologici diversi, che non possono non lasciare traccia su un discepolo assai consapevole e, pertanto, alla ricerca di se stesso.

La lunga familiarità universitaria dell'«assistente» Benedetti con Santoro, autorevole maestro accademico e soprattutto convinto, incrollabilmente convinto, nelle sue posizioni metodologiche⁽¹²⁾, fa breccia su di lui, anche perché Vassalli scompare assai presto nel '55, mentre Betti rivolge tutta la sua operosità in seno alla Facoltà romana nell'erigendo «Istituto di teoria dell'interpretazione». E si può constatare, come rileva lo stesso Vettori⁽¹³⁾, un acquietamento di Benedetti nel riposo che sempre offrono (o sembrano offrire) le scelte *dogmatiche*. Ho accennato più sopra all'ultimo decennio del passato secolo come a un tempo di riflessione e di ripensamenti. Ce lo conferma lo stesso Benedetti nella Relazione del 2002. Egli, che ha seguito con attenzione il gran dibattito fra i giuristi sul tema nodale delle fonti del diritto, è rimasto colpito ma anche esacerbato e sgomento dai proclami nichilistici diffusi da Irti con i più risonanti squilli di tromba e li ha messi a confronto con le repliche, pacate e serene ma decise, di Mengoni. La reazione immediata è il netto rifiuto dell'«acognitivismo etico», che predica l'impossibilità di una percezione dei *valori* e riduce «la pretesa veritativa del diritto alla pura validità procedurale»⁽¹⁴⁾. Allo stesso tempo, egli afferra la mano che gli viene tesa dal collega civilista Esser, che, a sua volta, ha trovato il salvataggio culturale nel messaggio ermeneutico del filosofo Gadamer⁽¹⁵⁾.

È qui che nasce il ripensamento, è qui che si origina la conversione ermeneutica di Benedetti. Aggiungo che gli deve aver giovato molto il ricordo, l'ammirazione, la costante condivisione per il magistero di Filippo Vassalli e di Betti, per il richiamo vassalliano

(12) Così si auto-qualifica lo stesso Santoro in occasione dei festeggiamenti per i quaranta anni delle «Dottrine generali» nel 1985 (cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *I quarant'anni delle «Dottrine» di Francesco Santoro Passarelli*, ora in Id., *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, ESI, 1988, p. 9).

(13) Laddove registra nei primi scritti sulla remissione e sul contratto «esempi di un raffinato metodo dogmatico nell'analisi degli istituti fondamentali dell'autonomia privata» (VETTORI, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica*, cit., p. 1203).

(14) BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., p. 28.

(15) Significativa la citazione di Esser che egli fa ivi, p. 34.

all'esigenza di fondare nella storia le proprie costruzioni teoretiche, al richiamo di Betti per la inabdicabile socialità di ogni costruzione teoretica dei giuristi, al convincimento dell'uno e dell'altro sulla funzione dinamica ed effettivante della interpretazione/applicazione. Aggiungo, infine, che, essendo in Benedetti assai intensa una vocazione filosofica, il suo approdo al pluralismo giuridico trova nelle sue pagine una fondazione anche filosofica di straordinaria ricchezza.

Ricchezza fruttuosa perché gremita di fecondità, come mi dimostra il dono natalizio di un libro che ho terminato di leggere proprio in questi giorni. È di un allievo di Benedetti, Giuseppe Vettori ⁽¹⁶⁾, il cui nome è stato fatto parecchie volte nelle pagine precedenti e che, come ben rileva Antonio Punzi, nella brillante *Prefazione* ⁽¹⁷⁾, sviluppa e completa le intuizioni del Maestro. È un libro che attua quell'ammonimento/invito rivolto da Benedetti al civilista odierno: essere *contemporaneo* al proprio tempo, con l'essenziale significato di non eludere le responsabilità che in esso sono scritte e che vanno raccolte. Già il titolo, dove sono collegati *effettività*, *legge* e *diritto* indica una puntuale coscienza della complessità del 'giuridico' odierno con un contrappunto dialettico fra *legge* e *diritto* che è proprio il segno tipizzante di questi anni, con l'arricchimento provocato dalla dimensione dell'*effettività*, che tende a colmare con la sua *carnalità* la inadeguatezza delle due troppo rigide dimensioni della *validità* e della *irrilevanza*, protagoniste nella nostra tradizione scientifica occidentale.

Credo che, a chiusura di queste nostre pagine, la migliore scelta sia di dare a Vettori la parola, citando alcune righe ben espressive della sua *contemporaneità*, ben consapevoli della transizione intensa e rapida che stiamo vivendo e della esigenza di un *cambio di mentalità* da parte del civilista e di un rinnovamento del suo armamentario (un armamentario che, secondo l'insegnamento di Benedetti, non può limitarsi agli strumenti tecnici ma che deve soprattutto riguardare le premesse epistemologiche necessarie per la correttezza dell'approccio conoscitivo): « non è dubbio che il diritto ha oggi una flessibilità sconosciuta in passato. In questo contesto occorre prestare molta atten-

⁽¹⁶⁾ Cfr. G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, Giuffrè, 2020.

⁽¹⁷⁾ Ivi, p. XII.

zione al valore della certezza e della prevedibilità [...] ma questi fondamenti essenziali vanno storicizzati e non sono più assicurati solo dalla legge»; « insomma, l'uso corretto del principio di effettività è sempre più necessario, ma richiede uno sforzo nuovo di conoscenza e *un cambio di mentalità* da parte di tutti gli attori e operatori del diritto»; « i principii costituzionali sono direttamente applicabili. L'assetto costituzionale pone sempre più in posizione di parità legge e giurisprudenza. Compito del giurista è dare attuazione a un sistema di fonti ove coesistono Regole e Principii » (18).

(18) Ivi, pp. 16, 17, 22.

INDICE DEI NOMI DI PERSONA

- ALLARA, Mario: 57
ALLORIO, Enrico: 54
ALPA, Guido: 7, 120
ASCARELLI, Tullio: 43, 44, 45, 94, 99, 103, 112, 120
ASCOLI, Alfredo: 36, 37
ASQUINI, Alberto: 99
- BACCELLI, Guido: 36
BALDASSARRE, Antonio: 121
BALLOT BEAUPRÉ, Alexis: 14
BARASSI, Ludovico: 99
BARBERO, Domenico: 99
BARCELLONA, Pietro: 107
BECCARIA, Cesare: 113, 144
BENEDETTI, Giuseppe: 121, 156, 161, 162, 163
BERGSON, Henry: 88
BESSONE, Mario: 120
BETTI, Emilio: 53, 54, 55, 56, 63, 82, 89, 100, 103, 109, 161, 162
BIGIAMI, Walter: 74
BIN, Marino: 74
BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: 96
BOLLA, Giangastone: 52
BRECCIA, Umberto: 28, 87
BUSNELLI, Francesco: 126
- CALAMANDREI, Piero: 65
CAMMARATA, Angelo Ermanno: 63, 64
CAPOGRASSI, Giuseppe: 65, 103, 104, 146, 151, 158
CAPPELLINI, Paolo: XI, 9
CAPRIOLI, Severino: 26
CARNELUTTI, Francesco: 26, 27, 28, 48, 77, 92, 111
CASTRONOVO, Carlo: 153, 154, 155
- CAZZETTA, Giovanni: VII, VIII, XI, 22
CHIRONI, Giampietro: 30
CIAN, Giorgio: 77, 126
CILIBERTO, Michele: 37
CIMBALI, Enrico: 16, 17, 18
COASE, Ronald: 85
COCCO ORTU, Francesco: 36
COMTE, Auguste: 15
CONTE, Giuseppe: 140, 148
CONTI, Roberto Giovanni: 146
CROCE, Benedetto: 88
- D'AGUESSEAU, Henry François: 2
D'AMICO, Giovanni: 141, 143, 144, 148
DARWIN, Charles: 15
DE STEFANO, Rodolfo: 66, 160
DI MAJO, Adolfo: 126
DI MARZIO, Fabrizio: 141, 143
- ELIOT, Thomas Stearns: 150
ESSER, Josef: 139, 162
- FALZEA, Angelo: X, 61, 66, 67, 88, 125, 126, 127, 130, 135, 160, 161
FERLAZZO NATOLI, Luigi: 62
FERRARA, Francesco: 28, 29
FERRARESE, Maria Rosaria: 135
FERRI, Enrico: 22
FERRI, Giovanni Battista: 48
FILIPPI, Paola: 146
FILIPPO IL BELLO: 1
FINZI, Enrico: 23, 40, 51, 52, 53
FORSTHOFF, Ernst: 105
FURGIUELE, Giovanni: 141
- GABBA, Carlo Francesco: 18
GADAMER, Hans Georg: 103, 162

- GAIO: 37, 154
 GALGANO, Francesco: 74, 75, 127, 128, 136, 137
 GAMBARO, Antonio: 57, 126
 GARCÍA PÉREZ, Rafael: 8
 GASPARRI, Pietro: 40
 GENY, François: 14
 GIANTURCO, Emanuele: 17, 19, 25
 GIORGIANNI, Michele: 72, 84, 85
 GIUGNI, Gino: 91, 94, 95, 96, 97
 GORLA, Gino: 54, 57, 58, 59, 60, 101
 GRAMSCI, Antonio: 37
 GRECO, Paolo: 40
 GROSSI, Paolo: VIII, 1, 2, 4, 8, 9, 14, 15, 22, 28, 36, 40, 53, 65, 97, 135, 141, 145
- HAURIOU, Maurice: 151
 HEDEMANN, Justus Wilhelm: 38
 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich: 100
 HEIDEGGER, Martin: 103
 HUSSERL, Edmund: 102
- ICHINO, Pietro: 92, 99
 IRTI, Natalino: 49, 54, 103, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 119, 120, 121, 122, 136, 149, 150, 151, 153, 155
- KELSEN, Hans: 54, 63
- LA PIRA, Giorgio: 54, 63
 LENER, Angelo: 49
 LENZI, Raffaele: 141
 LIPARI, Nicolò: 49, 85, 86, 87, 88, 89, 99, 108, 120, 129, 130, 133, 134, 157, 158, 161
 LUIGI XVI: 1
 LUMINOSO, Angelo: 128
- MACARIO, Francesco: 90, 130, 131
 MAROI, Fulvio: 53
 MARX, Karl: 88
 MAZZARELLA, Ferdinando: 38, 40
 MENGONI, Luigi: 43, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 107, 121, 123, 153, 158, 162
 MERCADANTE, Francesco: 38, 63
 MESSINA, Giuseppe: 37, 92
- MESSINEO, Francesco: 99
 MILETTI, Marco Nicola: 130, 131
 MILIGI, Giuseppe: 62
 MONTEMARTINI, Giovanni: 92
 MORTATI, Costantino: 64, 71, 77
 MORELLI, Mario: 74
 MOSSA, Lorenzo: 40
 MURATORI, Ludovico Antonio: 113, 145
- NAPOLEONE BONAPARTE: 7
 NATOLI, Ugo: 73, 74, 82, 141
 NAVARRETTA, Emanuela: 74, 141, 143, 144
 NENCIONI, Giovanni: 64, 65
 NICOLÒ, Rosario: 40, 42, 82, 83, 85, 125
 NIVARRA, Luca: 90
- OPOCHER, Enrico: 158
 OPPO, Giorgio: 126
- PALAZZO, Massimo: 141, 148
 PARESCHE, Enrico: 88, 160
 PATTI, Salvatore: 158
 PERASSI, Tomaso: 64
 PERLINGIERI, Pietro: 26, 85, 86, 88, 99, 121, 123
 POLACCO, Vittorio: 19, 87
 PUGLIATTI, Salvatore: X, 53, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 73, 82, 84, 88, 101, 141, 160
 PUNZI, Antonio: 163
- RAVÀ, Adolfo: 77
 REDENTI, Enrico: 26, 92
 REGNOLI, Oreste: 22
 RESCIGNO, Pietro: 69, 70, 71, 72, 73, 75, 77, 82, 84, 85, 88, 127
 RESTA, Giorgio: 69
 RICCI, Francesco: 141
 RIPEPE, Eugenio: 36
 ROCCO, Alfredo: 99
 RODOTÀ, Stefano: 42, 54, 81, 82, 83, 86, 88, 89, 90, 99, 120, 139
 ROMANO, Alberto: 36
 ROMANO, Santi: 36, 45, 64, 65, 67, 96, 151
 ROPPO, Vincenzo: 120, 131
 ROSSI, Pellegrino: 11, 12
 ROSSI, Pietro: 72

- ROTONDI, Mario: 99
 ROVELLI, Luigi: 143

 SABBIONETI, Marco: 14
 SACCO, Rodolfo: 57, 59, 133
 SALEILLES, Raymond: 13, 14, 116
 SANTORO PASSARELLI, Francesco: 40, 41, 42,
 48, 54, 69, 92, 93, 94, 95, 107, 157,
 161, 162
 SATTA, Salvatore: 62, 71
 SCADUTO, Giocchino: 62
 SCALISI, Vincenzo: X, 66, 67, 125, 141, 159,
 160, 161
 SCHLESINGER, Piero: 121
 SCIALOJA, Vittorio: 36
 SCODITTI, Enrico: 143
 SCOGNAMIGLIO, Renato: 107
 SEGRÈ, Gino: 53
 SERAFINI, Filippo: 36
 SEVERINO, Emanuele: 150
 SIMONCELLI, Vincenzo: 18
 SINZHEIMER, Hugo: 94
 SIRENA, Pietro: 130, 131

 SORDI, Bernardo: 40
 SPENCER, Herbert: 15
 STOLFI, Giuseppe: 55, 82, 161

 TARELLO, Giovanni: 96
 TARTUFARI, Luigi: 26, 92
 TOCQUEVILLE, Alexis de: 57, 58
 TONDO, Salvatore: 54
 TRABUCCHI, Alberto: 49, 77, 78, 79, 80
 TRIMARCHI, Pietro: 85, 86

 VASSALLI, Filippo: 28, 29, 30, 31, 32, 33,
 35, 53, 161, 162
 VENEZIAN, Giacomo: 21, 22, 48, 51, 58
 VETTORI, Giuseppe: 121, 122, 133, 161,
 162, 163
 VIEHWEG, Theodor: 102
 VIVANTE, Cesare: 27, 43

 WIEACKER, Franz: 52, 53

 ZACCARIA, Giuseppe: 158
 ZAGREBELSKY, Gustavo: 158
 ZOPPINI, Andrea: 69

INDICE SOMMARIO

<i>Prefazione</i>	VII
I. Il diritto civile premoderno e le sue radici consuetudinarie	1
II. Un'antinomia basilare della modernità giuridica (fondazioni 'giusnaturalistiche' del positivismo giuridico moderno)	3
III. Il 'Codice Civile' e il riduzionismo monistico moderno	7
IV. Il riduzionismo giuridico moderno alle prese con le trasformazioni economiche e sociali del secolo XIX	11
V. La civilistica francese e l'accrescersi, a fine Ottocento, degli sguardi <i>extra Codicem</i>	13
VI. La civilistica neoterica italiana di fine Ottocento e la riscoperta della complessità del diritto	15
VII. Il pluralismo culturale di un singolare civilista: Giacomo Venezian . .	21
VIII. Prime vicende posmoderne: innovazioni legislative e percezioni dottrinali	25
IX. Filippo Vassalli e la 'estra-statalità' del diritto civile	31
X. Affioramenti posmoderni nel primo Novecento (La riscoperta della dimensione <i>collettiva</i> nei suoi aspetti: <i>a</i>) sociale; <i>b</i>) economico)	35
XI. Tullio Ascarelli (la congiunzione aporetica tra un salvante storicismo pluralista e persistenti fedeltà statalistiche)	43
XII. La civilistica italiana prima e dopo la seconda guerra mondiale (persistenze 'puristiche')	47
XIII. La civilistica italiana prima e dopo la seconda guerra mondiale (Di alcuni percorsi oltre il soggettivismo individualistico moderno: <i>a</i>) Enrico Finzi e la 'officina delle cose'; <i>b</i>) Emilio Betti e il carattere 'sociale' del negozio giuridico e dell'obbligazione; <i>c</i>) Gino Gorla e la affrancazione del civilista da falsanti ipoteche giusnaturalistiche)	51
XIV. Salvatore Pugliatti: un civilista inquieto (il suo lungo itinerario scientifico, il suo approdo storicistico)	61
XV. Anni Cinquanta: i messaggi pluralisti di Pietro Rescigno (e la riscoperta della dimensione anche <i>collettiva</i> del diritto civile)	69
XVI. Alberto Trabucchi (il messaggio pluralista di 'un civilista nella crisi del positivismo')	77
XVII. I fertili anni Sessanta	81

XVIII.	Ancora sui fertili anni Sessanta (le felici aporie di Gino Giugni nella costruzione di un nuovo ‘diritto del lavoro’ fuori delle strette civilistiche)	91
XIX.	Luigi Mengoni e le responsabilità culturali di un civilista posmoderno.	99
XX.	Fermenti e inquietudini di fine secolo (a proposito del cosiddetto ‘ <i>uso alternativo del diritto</i> ’)	107
XXI.	Fermenti e inquietudini di fine secolo (uno squillo sonoro e fecondo: <i>de-codificazione</i> , e un èsito inaridente: <i>la proposta della neo-esegesi</i>) . .	109
XXII.	Fermenti e inquietudini di fine secolo (1978: <i>Le nuove leggi civili commentate</i>)	115
XXIII.	Due presenze nuove e ‘impure’: il mercato e il consumatore	119
XXIV.	Il civilista e le sfide d’inizio millennio	125
XXV.	Il dogmatismo legalistico del civilista italiano alla resa dei conti (con il diritto privato europeo)	133
XXVI.	Il dogmatismo legalistico del civilista italiano alla resa dei conti (con la globalizzazione giuridica)	135
XXVII.	Il dogmatismo legalistico del civilista italiano alla resa dei conti (con lo spostamento dell’asse portante dell’ordine giuridico dal primato della legge al primato dei ‘principii’)	139
XXVIII.	Itinerari — malgrado tutto — monistici (il nichilismo giuridico di Natalino Irti)	149
XXIX.	Itinerari — malgrado tutto — monistici (<i>l’Eclissi del diritto civile</i> di Carlo Castronovo)	153
XXX.	Itinerari pluralistici (Nicolò Lipari, Vincenzo Scalisi, Giuseppe Benedetti)	157
	<i>Indice dei nomi di persona</i>	165

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

- Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174
- Vol. 41 (2012), 8°, p. 940
- Vol. 42 (2013), 8°, p. 804
- Vol. 43 (2014) - Autonomia - Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144
- Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262
- Vol. 45 (2016), 8°, p. 778
- Vol. 46 (2017) - Giuristi e Stato sociale, due tomi in 8°, p. 1060
- Vol. 47 (2018), 8°, p. 816
- Vol. 48 (2019), 8°, p. 840
- Vol. 49 (2020), 8°, p. 914

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, **GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE**
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, **LO STATO IMMAGINARIO**
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 **STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO**
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, **STILE FIORENTINO**
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536

- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO
DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474

- 53 Giovanni Cazzetta, *PRÆSUMITUR SEDUCTA*
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, *POTENZA E RAGIONE*
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, *LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO*
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, *LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO*
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, *LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO*
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, *IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO*
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 *CODICI*
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, *IURISDICTIONE*
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, *TRA LEGGE E CONTRATTO*
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, *LETTERE A MARIO FALCO*
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, *NEL SEGNO DEI TEMPI*
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, *PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)*
(2006), 8°, p. XII-374

- 68 Franco Cipriani, *SCRITTI IN ONORE DEI PATRES*
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, *INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO*
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, *SOCIETÀ, DIRITTO, STATO*
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, *L'ORDINE CORPORATIVO*
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, *RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE*
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)*
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, *SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI*
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, *IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"*
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, *CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA*
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, *ANTES LEYES QUE REYES*
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, *DIRITTO D'OLTREMARE*
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, *STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA*
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, *NOBILTÀ DEL DIRITTO*
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, *LA RAGIONE DEL DIRITTO*
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, *GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007*
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268

- 83 Paolo Grossi, **TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE**
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, **COSTRUIRE LO STATO**
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 **DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, **LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO**
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, **UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I**
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisori fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, **STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA**
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE**
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342

- 97 Rodrigo Míguez Núñez, TERRA DI SCONTRI
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 DALLA COSTITUZIONE "INATTUATA" ALLA COSTITUZIONE "INATTUALE"?
Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, LE INCHIESTE PARLAMENTARI
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328
- 108 GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, «UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»
Riforme e codificazione nell'India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312

- 110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284
- 111 Ferdinando Mazzarella, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346
- 112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334
- 113 Maria Sole Testuzza, "*IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI*"
Il tractatus de potestate in se ipsum di Baltasar Gómez de Amescúa
(2016), 8°, p. IV-370
- 114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento
(2017), 8°, p. XVIII-278
- 115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL
DIRITTO COMUNE CLASSICO
(2017), 8°, p. VI-192
- 116 Federigo Bambi, SCRIVERE IN LATINO, LEGGERE IN VOLTARE
Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento
(2018), 8°, p. IV-370
- 117 Valerio Torreggiani, STATO E CULTURE CORPORATIVE NEL REGNO UNITO
Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese della
prima metà del XX secolo
(2018), 8°, p. IV-282
- 118 Maurizio Fioravanti, LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo
(2018), 8°, p. VIII-494
- 119 Francesco Saverio Nisio, LUCIEN LÉVY-BRUHL
Filosofia, scienze sociali, giustizia
(2019), 8°, p. VIII-796
- 120 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE DI WEIMAR
Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti
(2019), 8°, p. XXII-110
- 121 SINDACATI E DIRITTO DEL LAVORO TRA DITTATURE E DEMOCRAZIE
NELL'EUROPA MEDITERRANEA E LATINA DEL XX SECOLO
a cura di Irene Stolzi
(2019), 8°, p. VI-312
- 122 Paolo Passaniti, IL DIRITTO CANGIANTE
Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano
(2019), 8°, p. XVI-246
- 123 Philipp Lotmar, LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI
a cura di Iole Fagnoli e Luca Nogler
(2020), 8°, p. XXII-358
- 124 Paolo Grossi, IL DIRITTO CIVILE IN ITALIA FRA MODERNO E POSMODERNO
Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico
(2021), 8°, p. XII-170

€ 20,00

024212646

ISBN 978-88-28-83117-4



9 788828 831174