

# JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



**1-2017**

*gennaio-febbraio*



**G. Giappichelli Editore**

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche. Soltanto in casi eccezionali, i curatori assumono la responsabilità diretta della pubblicazione con adeguata motivazione.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.



## INDICE

	<i>pag.</i>
<b>Articoli e Saggi</b>	
La costruzione retorica della sentenza * di <i>Luigi Pellecchi</i>	1
Antichi e moderni a confronto. Una storia del diritto civile a Genova ** di <i>Alberto Maria Benedetti</i>	18
Il diritto civile a Palermo: eccezione o paradigma? ** di <i>Luca Nivarra</i>	33
La Scuola Bolognese ** di <i>Massimo Franzoni</i>	38
La giurisprudenza come fonte del diritto privato * di <i>Giuseppe Vettori</i>	46

---

\* Contributo sottoposto a revisione.

\*\* I curatori, valutati il prestigio dell'Autore e la conseguente rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



LUIGI PELLECCHI

Professore associato di Istituzioni di diritto romano – Università di Pavia

## LA COSTRUZIONE RETORICA DELLA SENTENZA\*

1. Mi scuso innanzitutto se leggerò per ampi tratti il mio intervento. Temo però che non vi sia giudice più insidioso di un pubblico di giudici, e lascerò perciò che a proteggermi sia quella precisione delle parole che soltanto un testo scritto può assicurare. C'è poi da mettere in conto anche una questione di tempi. Il tema che mi si chiede di svolgere comprende non pochi punti, tutti piuttosto complessi, visto che li affronterò in una prospettiva storica. E dunque la lettura è la sola garanzia di riuscire a dire tutto, in modo conciso, entro i termini che mi sono stati assegnati.

A complicare la questione dei tempi concorre poi un terzo problema, che impedisce di centrare con poche battute il tema di questa nostra conversazione. Per mettere a fuoco il punto, basta considerare che a cercare su un qualsiasi motore di ricerca l'espressione *costruzione retorica della sentenza*, non si viene rimandati ad alcun risultato. Questo naturalmente non vuol dire che tra me e gli organizzatori si sia riusciti a escogitare addirittura un neologismo. Pur censendo molto, fortunatamente Google e gli altri i motori di ricerca non censiscono tutto. Ma se quello che è ormai diventato l'archivio principale della conoscenza umana mostra di non conoscere il costrutto scelto come titolo di questo intervento, dovremo quantomeno concedere che il concetto corrispondente non risulti proprio di comune dominio. E in casi come questi, quel che innanzitutto s'impone a un relatore è di spiegare al pubblico quale sarà il perimetro del suo intervento.

Per quale motivo, dunque, parlare dunque di *costruzione retorica della sentenza*? E prima ancora, quale valore assegnare a questa espressione? Sarebbe inutile chiosare che il titolo dell'intervento muove dall'assunto che la sentenza del giudice va considerata come un "prodotto retorico". Inutile, perché nemmeno questa affermazione permette di fare un vero progresso, se prima non si chiarisce il valore dell'aggettivo *retorico*. Il vero punto di partenza del nostro discorso sarà perciò questo: che cosa sia la retorica.

Se si apre un qualsiasi vocabolario della lingua italiana, si constaterà che nel parlato attuale si associano al termine due significati di fondo, uno positivo e l'altro negativo. Il primo significato si ricollega alla concezione antica del termine, per cui si dice che la retorica consiste

---

\* Relazione tenuta dall'Autore presso la Scuola Superiore della Magistratura, nell'ambito del Corso *Il linguaggio della giurisdizione* (Firenze, Accademia della Crusca, 20 giugno 2016).

# JUS CIVILE



«nell'arte del parlare e dello scrivere in modo appropriato ed efficace»<sup>1</sup>. Un secondo significato – in tutto e per tutto moderno – colora invece il termine di una sfumatura decisamente negativa, per cui la retorica si presenta come «un modo di scrivere e di parlare ampolloso e risonante, enfatico e sostanzialmente vuoto». Una parabola culturale molto complessa (e alla quale non vale la pena di accennare in questa sede) ha fatto insomma sì che alla parola 'retorica' finisse per essere associato il significato di una forma espressiva inutilmente ricercata, destinata a coprire con virtuosismi stilistici una sostanza del discorso spesso insufficiente.

Ciò detto, sarà forse opportuno precisare subito che quando parliamo di *costruzione retorica della sentenza* è al primo significato del termine 'retorica' che ci riferiamo, quello derivato dall'antico. Il tema della relazione non è perciò lo *stile negativo* delle sentenze. Non che questo non si sarebbe potuto fare, e con profitto, visto che i testi dei giudici non si presentano sempre come dei modelli di stile<sup>2</sup>. È però evidente che se parlassimo di *costruzione retorica della sentenza* secondo l'accezione negativa del termine, intenderemmo che lo scritto e il parlato dei giudici si caratterizzano costitutivamente per la risonanza, l'enfasi eccessiva e l'ampollosità del discorso. Il che sarebbe certamente fuorviante e sbagliato. Diamo dunque per assodato che il nostro titolo muove dal presupposto che la sentenza consiste in un prodotto retorico, nel senso antico (e positivo!) del termine, e proseguiamo per cercare di precisare meglio a che cosa vogliamo alludere con l'immagine di una *costruzione retorica*.

Per farlo, dobbiamo tornare ancora un istante sulla definizione antica. I vocabolari che descrivono la retorica come «l'arte del parlare e dello scrivere in modo appropriato ed efficace», propongono una definizione accettabile a condizione d'inquadrare esattamente la portata dei due aggettivi: *appropriato* ed *efficace*. Per gli antichi la retorica non era infatti l'arte di costruire un discorso qualunque, ma un discorso persuasivo. Sicché un discorso retoricamente appropriato ed efficace era, dal punto di vista dei Greci e dei Romani (dato che è della loro antichità che parliamo), quel discorso con il quale l'autore si fosse dimostrato capace di convincere l'uditorio delle tesi propugnat<sup>3</sup>.

Se questo è lo sfondo, si spiega tutto sommato facilmente per quale motivo l'etichetta di 'prodotto retorico' si attagli anche alla sentenza del giudice. La costituzione vuole che la sentenza, così come in genere ogni provvedimento giurisdizionale, sia motivato. Quando perciò decide con sentenza una o più questioni, il giudice si fa autore di un discorso che non è soltanto regolativo o dispositivo, ma nelle sue premesse anche argomentativo<sup>4</sup>. E se il discorso è argo-

---

<sup>1</sup> Per questa citazione, e la seguente, vd. la voce 'Retorica' del *Vocabolario Treccani della Lingua Italiana*, consultabile on line all'indirizzo: <http://www.treccani.it/vocabolario/retorica/>.

<sup>2</sup> Vd. ora per tutti G. Carofiglio, *Con parole precise. Breviario di scrittura civile*, Roma – Bari 2015.

<sup>3</sup> Semplifico volutamente un quadro definitorio che agli antichi stessi si presentava in realtà ben più articolato: per un quadro generale delle definizioni greco-latine della retorica (anche in contrapposizione alle definizioni moderne), vd. J. Martin, *Antike Rhetorik. Technik und Methode*, München 1974, p. 1 ss.

<sup>4</sup> Sul valore dei tre generi testuali *regolativo*, *narrativo* e *argomentativo*, nonché sulla loro compresenza nella sentenza, vd. per tutti M.V. Dell'Anna, *In nome del popolo italiano. Linguaggio giuridico e lingua della sentenza in Italia*, Roma 2013, p. 30 ss.

# JUS CIVILE



mentativo, significa che il pubblico del giudice (per quanto ampio o ristretto sia) non si accontenterà di conoscere il contenuto della decisione, ma andrà persuaso anche delle ragioni su cui si fonda il provvedimento. E questo è sufficiente per giudicare lo scritto del giudice come un ‘prodotto retorico’, secondo il significato antico del termine<sup>5</sup>.

Sulla definizione antica dobbiamo però soffermiamoci un ultimo istante. Essa – lo abbiamo visto – parla della retorica come di «un’arte del parlare e dello scrivere». In questo contesto il termine *arte* non ha nessuna valenza estetica. Esso indica piuttosto un metodo; lo sottolineo perché *metodo* sarà un po’ la parola chiave di volta di tutto il mio discorso.

Per iniziare a mettere a fuoco come si possa parlare della retorica come di un metodo, basta considerare quale fosse il vocabolo che i Greci usavano come corrispondente del latino *ars rhetorica*. I Greci parlavano di *techné rhetoriké*; e lo facevano proprio perché concepivano la retorica innanzitutto come una tecnica, e stimavano che la persuasione dell’uditorio si potesse raggiungere tanto più facilmente quanto più l’oratore si fosse avvalso di un metodo apposito, fatto di abilità che potevano essere apprese attraverso uno specifico addestramento<sup>6</sup>.

Se questo è vero, ne deriva che il concetto di ‘prodotto retorico’ si può applicare al ‘prodotto sentenza’ non da uno, ma da due punti di vista. Voglio dire che la sentenza non va presa come un ‘prodotto retorico’ per la sola ragione che ci siamo appena detti (e cioè per il fatto che il discorso condotto attraverso la motivazione è di tipo argomentativo – persuasivo). Oltre a questo, e forse più ancora di questo, la sentenza si presenta come un ‘prodotto retorico’ per il fatto che la sua stesura risponde a tecniche di redazione, studiate appositamente per potenziare l’effetto persuasivo della comunicazione.

Per concludere questo mio esordio troppo lungo, diremo allora che il titolo *costruzione retorica della sentenza* vuole alludere a questa dimensione metodologica. Diremo anzi che gli assunti fondamentali che la relazione si propone di svolgere sono tre: [a] che la scrittura della sentenza è retta da un metodo; [b] che il metodo in questione affonda le sue radici nella precettistica retorica greco-romana; [c] che la sua fruizione riuscirebbe tanto più proficua quanto più si avesse consapevolezza di questa eredità, e dunque quanto più si riuscisse ad avviare un percorso di recupero della retorica fin dalle aule universitarie, dove si formano i futuri magistrati.

2. Per dare conto dei tre assunti indicati, dividerò idealmente i vari passaggi del mio intervento in due parti: dapprima una brevissima sintesi dell’armamentario di base della retorica

---

<sup>5</sup> In questo senso vale perciò anche per il discorso del giudice quel che Aristotele predicava per il discorso persuasivo in generale: «persuadiamo attraverso il discorso, quando mostriamo il vero o ciò che appare tale, a partire da ciò che è persuasivo in relazione a ciascun caso» (*rhet.* 1356a 19-20). È peraltro appena il caso di notare che l’assunto che lo scritto del giudice sia un prodotto retorico non deve tradursi in un appiattimento che nasconda le obiettive differenze tra la retorica del giudice e quella dell’avvocato: sul punto, vd. per tutti A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, p. 475 ss.

<sup>6</sup> B. Mortara Garavelli, *Manuale di retorica*<sup>2</sup>, Milano 1988, p. 17 ss.

# JUS CIVILE



classica (cioè delle regole che presiedevano alla corretta costruzione del discorso); quindi una dimostrazione – *per exempla* – di come questo armamentario andasse concretamente declinato nella strutturazione del discorso giudiziario. A scanso di equivoci, preciso subito che questa rassegna non è animata da alcuna velleità nostalgica. Certo, gli esempi sono tratti dai manuali latini di retorica, e dunque si riferiscono a problemi nati sul terreno del diritto romano. Ma l'obiettivo di fondo è di mostrare che quanto si richiede oggi al giudice per strutturare le proprie sentenze, continua ad avere molto in comune con quanto si richiedeva a un oratore antico, per strutturare il proprio discorso forense.

3. Per entrare nel merito iniziamo allora dalle nozioni retoriche fondamentali.. Come si fa ad allestire un testo efficace? I manuali antichi insegnavano che occorrono tre capacità basilari. Uno scritto dev'essere inventato, organizzato e formalizzato. Le abilità corrispondenti erano comprese dai Romani sotto le tre etichette di *Inventio*, *Dispositio* ed *Elocutio*<sup>7</sup>.

L'*Inventio* coincide con il momento di selezione degli argomenti utili a sostenere la propria tesi. La fase inventiva è perciò quella in cui l'autore del testo studia quali idee si prestino meglio a difendere la propria tesi.

Non possiamo però ignorare – né gli antichi ignoravano – che il processo normalmente impone al giudice di affrontare una serie complessa di questioni; sicché la fase inventiva serve a portare nelle aule di tribunale non tanto l'argomento decisivo per decidere della ragione e del torto, quanto piuttosto una vera e propria trama argomentativa, fatta dalla concatenazione di più argomenti. È per questa ragione che all'*Inventio* segue la *Dispositio*. Se dalla capacità inventiva scaturisce normalmente una pluralità di argomenti, per forza di cose il passo successivo dovrà essere quello di disporre gli argomenti individuati in una sequenza che risulti la più efficace possibile.

Il terzo passaggio – quello dell'*Elocutio* – consiste nel trasporre le idee in una forma linguistica, che sia la più chiara, precisa e concisa. È questo il versante stilistico della retorica, sul quale ci siamo già detti che non ci fermeremo, tanto più che altre relazioni hanno toccato o immagino che toccheranno incidentalmente il problema.

Secondo la rappresentazione molto didascalica che ne ho dato, *Inventio*, *Dispositio* ed *Elocutio* si presentano come tre attività facilmente isolabili dal punto di vista concettuale. Va detto però che da un punto di vista pragmatico la distinzione delle tre fasi non è così netta. È proprio nel momento della scrittura (e dunque dell'*Elocutio*) che l'autore si accorge se le idee che ha selezionato e se la scaletta che ha escogitato, per organizzarle, tengano davvero; sicché tra i tre momenti e le tre abilità si dà in realtà un riflusso continuo.

Per di più, occorre tenere conto del fatto che un testo scritto s'inserisce normalmente in un processo cognitivo complesso, nel quale il lettore deve essere sollecitato per gradi. Chiunque di

---

<sup>7</sup> Sulle tre abilità retoriche vd. in gen. Mortara Garavelli, *op. cit.*, p. 59 ss.

# JUS CIVILE



noi avrà sperimentato come lettore, se non direttamente come autore, che un qualsiasi testo di saggistica, se supera una dimensione minima, è bene che preveda un'introduzione e una conclusione. Ma se questo è vero, va da sé che le idee da trovare, disporre ed esprimere nell'introduzione, saranno diverse dalle idee da trovare, disporre ed esprimere in una conclusione. Esistono insomma un'inventiva e un'organizzazione proprie dell'introduzione, e un'inventiva e un'organizzazione proprie della conclusione.

Da questo punto di vista, va detto anzi che categorie come quelle di *introduzione* e *conclusione* non sono in realtà altro che la trasposizione moderna di partizioni antichissime del discorso, elaborate ancora una volta dai maestri greco-latini. Essi infatti insegnavano che un discorso retorico (e dunque – lo dico di nuovo – un discorso fatto di un certo numero di tesi sulle quali chiediamo l'approvazione di chi ascolta) per prima cosa va introdotto, in modo da circoscrivere il perimetro esterno del tema e attirare sul tema l'attenzione del pubblico. All'autore è poi richiesto d'illustrare il tema nei dettagli. Il che va fatto presentando il tema innanzitutto nei suoi termini fattuali, e dunque secondo gli eventi da cui è insorta la questione su cui si deve deliberare. Terminata l'esposizione dei fatti, sarà la volta dell'argomentazione. Qui finalmente l'autore presenterà e giustificherà le proprie tesi, eventualmente confutando gli argomenti che si potrebbero spendere in senso contrario. E all'argomentazione egli farà seguire una ricapitolazione conclusiva, per tirare le fila del discorso e richiamare in breve chi ascolta al punto e alle tesi fondamentali.

Gli antichi chiamavano le quattro parti del discorso che abbiamo enumerato: Proemio, Narrazione, Argomentazione ed Epilogo<sup>8</sup>. Va detto che questa partizione era stata concepita come supporto dell'oratoria giudiziaria, e dunque in funzione dei discorsi che gli avvocati erano chiamati a svolgere per persuadere i giudici. Tuttavia la fortuna del modello è stata straordinaria. E non si sbaglia nel dire che la retorica antica ha finito per esercitare in questo modo un fortissimo imprinting su tutta la tradizione occidentale dello scrivere<sup>9</sup>.

L'imprinting in questione vale anche per i giudici? Certamente sì. Ecco il primo, banalissimo punto di contatto tra il metodo retorico e la tecnica di redazione delle sentenze. Sia pure con nomi diversi, un Proemio, una Narrazione, un'Argomentazione e un Epilogo si possono infatti rintracciare anche all'interno delle sentenze. Non è forse vero che i giudici, uniformandosi in parte a quelle che sono le prescrizioni dei codici di rito e in parte a una consolidata tradizione del ceto, dividono normalmente il testo dei loro provvedimenti in Epigrafe, Motivazione e Di-

---

<sup>8</sup> Sulla partizione canonica del discorso retorico, vd. per tutti M. Rivoltella, *Aegomenrazione, parola e immagine. Retorica e forme della comunicazione*, Milano 2013, p. 117 ss.

<sup>9</sup> È a questa profonda (e spesso dimenticata) influenza che si deve il fatto che una serie cospicua di aspetti qualificanti della tecnica greco-latina continua ad essere parte integrante di molti manuali di scrittura argomentativa: cfr. e.g. M. Santambrogio, *Manuale di scrittura (non creativa)*, Roma – Bari 2006, *passim*; S. Ballerio, *Manuale di scrittura. Metodi e strumenti per una comunicazione efficace ed efficiente*, Milano 2009, p. 98-100, 151-153; D. Corno, *Scrivere e comunicare. Teoria e pratica della scrittura in lingua italiana*, Milano 2012, p. 33 ss., 198 ss.; M.F. Mangano, *Manuale di comunicazione della ricerca scientifica*<sup>2</sup>, Trento 2013, p. 38 ss.

# JUS CIVILE



spositivo? E non è forse vero che la parte motiva dei provvedimenti, a sua volta, si suddivide di solito in una esposizione delle ragioni prima di fatto e poi di diritto? L'epigrafe (della sentenza) sta dunque al Proemio (retorico), la motivazione in fatto alla *Narratio*; quella in diritto all'*Argumentatio*; e il dispositivo all'Epilogo.

Questa comparazione va presa naturalmente con un doppio scrupolo: da un lato mutando quel che c'è da mutare; dall'altro evitando di limitarsi a un raffronto che sia soltanto di superficie. Il confronto va preso *mutatis mutandis*, perché il Dispositivo (che è una parte regolativa del testo della sentenza) ha natura molto diversa dall'Epilogo retorico (che invece rimane una parte persuasiva del discorso, nella quale per di più si concedeva ampio, spazio alla commozione<sup>10</sup>). Dall'altro lato, il confronto non può essere soltanto di superficie, proprio perché le differenze tra l'arringa forense e la sentenza sono così profonde (a partire dalla figura e dalla funzione dell'autore del testo), che le analogie di struttura che abbiamo richiamato finirebbero per apparire soltanto esornative.

Per cercare di rendere appena più vivido il confronto, mi avvalgo perciò di un esempio che prendo dal processo civile e che non ha altra ambizione se non quella d'iniziare a mostrare in che misura il lavoro di un magistrato perfettamente rispettoso di tutte le regole dettate dai codici di rito possa trarre vantaggio da una maggior consapevolezza retorica.

4. Ci siamo appena detti che una sentenza presenterà una tripartizione di base in Epigrafe, Motivazione e Dispositivo. Se si tratta di una sentenza in materia civile, possiamo aspettarci che l'epigrafe conterrà le indicazioni prescritte ai primi tre numeri dall'art. 132, 1° comma del Codice di procedura. Ciò significa che al di là dell'intestazione *Repubblica italiana* e dell'indicazione che la pronuncia avviene *In nome del popolo italiano*, chi si appropria alla lettura di una sentenza viene messo in condizione di sapere dall'Epigrafe quali sono i protagonisti del processo (*giudice, parti e difensori*) e quali *conclusioni* sono state avanzate in corso di causa o all'esito dell'istruttoria.

Ciò che giustifica il parallelismo tra l'Epigrafe della Sentenza e il Proemio Retorico è proprio quest'ultimo elemento. Dal momento che il processo civile è retto dal principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, sono le conclusioni delle parti a definire il perimetro del Dispositivo e dunque, indirettamente, l'oggetto della Motivazione. Il che è come dire che dalla lettura delle conclusioni il lettore ricaverà immediatamente di che cosa il giudice si appresta a parlare.

Funzione analoga aveva il Proemio retorico. Secondo i dettami classici, esso doveva preparare l'uditorio, e catturare la sua attenzione e la sua disponibilità<sup>11</sup>. Se si trattava di un proemio

---

<sup>10</sup> *Rhet ad Herenn*, 2.47: «Le conclusioni, che dai Greci si chiamano epiloghi, constano di tre parti: constano infatti della ricapitolazione, dell'amplificazione e del suscitare la commozione».

<sup>11</sup> Cfr. per tutti *Rhet. ad Herenn*. 1.4: «Si ha il proemio quando rendiamo l'animo dell'ascoltatore subito pronto a seguirci; il che si ottiene se possiamo avere gli ascoltatori docili, benevoli e attenti».

# JUS CIVILE



giudiziario, e dunque dell'esordio del discorso affidato a un avvocato, tra i vari accorgimenti raccomandati dai maestri di oratoria, c'era quello di delineare brevemente l'oggetto del processo. «Spingeremo il giudice ad ascoltarci» – insegnava in particolare Quintiliano – «se indicheremo sinteticamente e in modo chiaro la struttura della questione sulla quale egli deve istruire il processo»<sup>12</sup>.

Questa raccomandazione nasceva da una conoscenza profonda delle leggi della comunicazione, e in particolare dalla consapevolezza che un tema complesso va introdotto per gradi. Tant'è che quando si dava il caso che il giudice fosse già sufficientemente informato dei termini della causa, l'insegnamento andava nel verso opposto: ossia si raccomandava all'avvocato di rinunciare al Proemio, per non appesantire il discorso<sup>13</sup>.

Ciò detto, proviamo a coordinare questa legge retorica con quanto prescritto dal Codice di procedura civile. Sta bene infatti che la sentenza esponga le conclusioni delle parti, insieme alle altre indicazioni richieste dall'art. 132, 1° comma. Ma il Codice non impone né di servirsi a questo scopo dell'Epigrafe né di rispettare la regola comunicativa impartita da Quintiliano, e cioè – lo ripeto – che questo riportare a mo' d'introduzione l'oggetto del processo avvenga in forma sintetica e chiara. Dal che si pone il problema di come regolarsi, quando l'Epigrafe riporti in modo erroneo le conclusioni delle parti, oppure le ometta del tutto.

Si sa che la Corte di Cassazione si preoccupa in casi come questi di salvare la sostanza dell'atto. Essa evita perciò d'invalidare la sentenza, a condizione che le effettive conclusioni di attore e convenuto si possano ricavare dalla Motivazione e dal Dispositivo, o direttamente o addirittura per deduzione (come avviene il più delle volte in questo genere di situazioni)<sup>14</sup>.

Naturalmente non sarò certo io a biasimare questo indirizzo giurisprudenziale, sulla cui ragionevolezza non è nemmeno il caso di insistere. Bisogna essere però consapevoli che sul piano del percorso informativo complessivo tutto questo ha un costo. Stralciare dall'Epigrafe e nascondere in altre parti della sentenza quelle indicazioni che i lettori normalmente si attendono in apertura dell'atto, potrà anche provocare un semplice vizio di forma. Ma rimane il fatto che questo modo di procedere tradisce le attese del lettore e si traduce in un aggravio del suo processo cognitivo. Se dunque le norme del Codice si leggessero in simbiosi con le leggi retoriche della buona comunicazione, questo risultato si potrebbe evitare in partenza, con un indubbio beneficio generale.

**5.** Forti di questo primo esempio, proviamo a procedere con rinnovata fiducia lungo la partizione retorica del discorso, per vedere se si possano instaurare altri paralleli istruttivi tra il metodo antico e le tecniche odierne di redazione della sentenza.

---

<sup>12</sup> Quint. 4.1.35.

<sup>13</sup> Cfr. Quint. 4.1.72: «Queste sono le regole che riguardano l'esordio e che varranno ogni volta che lo si dovrà impiegare, e cioè non sempre: a volte infatti (l'esordio) risulta fuori luogo: ad esempio se anche senza di esso il giudice sia stato adeguatamente preparato o se la causa non richieda una preparazione».

<sup>14</sup> Cfr. e.g. Cass. civ. nrr. 6110/1985, 6329/1996, 4240/1999, 4016/2004, 12991/2006, 12864/2015.

# JUS CIVILE



Sappiamo che dopo l'Epigrafe viene la Motivazione, a sua volta organizzata secondo una concisa esposizione delle ragioni prima di fatto e poi di diritto che supportano la decisione. Così prescrivono le leggi<sup>15</sup>, le quali presentano in sostanza la motivazione come il complesso degli enunciati che sorreggono la decisione. Ma in concreto, come va *costruito* questo complesso di enunciati?

Gli addetti ai lavori rispondono che nella stesura della motivazione occorre come prima cosa individuare i quesiti in cui si scompone la controversia<sup>16</sup>. Lo stesso insegnava la retorica classica. Sicché, tanto per gli antichi, quanto per i moderni, la prima, vera domanda che si pone, a chi è coinvolto in un processo, sta a monte, e consiste in questo: in che modo si riconosce una "questione"?

I processualisti moderni rispondono che è questione tutto ciò che può costituire oggetto di una pronuncia del giudice, su cui le parti abbiano avuto modo di intervenire in contraddittorio<sup>17</sup>. La questione è perciò un punto controverso, che spetta al giudice sciogliere.

Lo stesso era per gli antichi. «Per *questio*» – spiegava ancora una volta Quintiliano – «si intende tutto ciò a proposito del quale si possono esporre due o più opinioni plausibili». Questo però in generale. In senso stretto – e nei contesti giudiziari – la parola *quaestio* era usata da Quintiliano e dagli altri maestri di retorica per indicare il punto fondamentale sul quale verte la causa<sup>18</sup>.

Né avevano difficoltà gli antichi a riconoscere che il punto fondamentale della causa poteva essere tale solo in quanto si trattasse di un punto controverso. Ma aggiungevano che un punto in tanto poteva dirsi controverso in quanto una delle parti in causa avesse fatto un'affermazione alla quale l'avversario non aderiva. Leggo ancora da Quintiliano: «non vi è contenzioso se colui contro il quale si agisce non risponde»<sup>19</sup>.

Rispetto al processo civile odierno questa affermazione va certamente aggiornata, tenendo conto del fatto che l'esistenza di un punto controverso può comunque registrarsi anche nel silenzio della controparte, quando a intervenire al suo posto è il giudice d'ufficio. I processualisti notano però che una volta che «la questione sia stata esternata dal giudice, la stessa diventa suscettibile di un esame in contraddittorio ai fini della decisione»<sup>20</sup>. In questo modo essi non fanno perciò che ribadire indirettamente (e in genere – immagino – inconsapevolmente) il persistente valore della regola codificata da Quintiliano.

---

<sup>15</sup> Ossia, in particolare, l'art. 132, comma 1, nr. 4 del Codice di procedura civile, e l'art. 546, comma 1, lett. e del Codice di procedura penale.

<sup>16</sup> Cfr. D. Turrone, *La motivazione della sentenza civile di primo grado. Rapporto con l'istruttoria svolta, Ragionamento probatorio, Forme abbreviate* (testo provvisorio della relazione presentata a Roma, il 7 luglio 2008, nell'ambito dell'incontro di studi organizzato dal C.S.M. sul tema *La motivazione dei provvedimenti civili*, consultabile all'indirizzo <https://www.academia.edu/1426473>), p. 6.

<sup>17</sup> Cfr. D. Dalfino, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino 2009, p. 29 s.

<sup>18</sup> Quint. 3.11.1-2: «Per *quaestio* si intende in senso lato tutto ciò a proposito del quale si possono esporre due o più opinioni plausibili. Nei contesti giudiziari la parola *quaestio* va assunta in due modi: il primo, nel quale diciamo che una controversia contiene molte questioni e che le abbraccia tutte, anche quelle di minore importanza; il secondo nel quale vogliamo dire che la questione fondamentale è quella sulla quale verte la causa».

<sup>19</sup> Quint. 3.6.14.

<sup>20</sup> Così ancora Dalfino, *Questioni di diritto e giudicato* cit., p. 30.

# JUS CIVILE



La regola in questione era poi talmente centrale, che i maestri antichi di retorica ne derivavano un secondo *fondamentale elemento di struttura* del discorso giudiziario. Parlo di *elemento fondamentale* perché in effetti il sistema elaborato dalla retorica classica per affrontare in termini razionali la massa di questioni che si affastellano nelle aule dei tribunali ha fatto anch'esso scuola, e che lo si voglia o meno continua ad essere alla base del modo con cui ci aspettiamo che i giudici affrontino oggi il groviglio delle questioni processuali.

Per dipanare questa matassa, gli antichi procedevano attraverso una *divisio* di partenza che distingueva le questioni a seconda che le parti fossero in disaccordo sulla ricostruzione del fatto, piuttosto che sulla norma giuridica da applicare al fatto in questione. Come si vede, la partizione assomiglia alla distinzione odierna tra giudizi di fatto e giudizi di diritto, per quanto fosse già perfettamente chiaro ai retori che i contorni della distinzione sono in realtà fluidi, dal momento che nella ricostruzione storica di una vicenda non si può del tutto prescindere da una certa quota di valutazioni giuridiche<sup>21</sup>.

Come che sia, per organizzare quelle che essi stessi presentavano come *questioni di fatto*, gli antichi infittivano lo schema divisorio di partenza e si producevano in una suddivisione ulteriore. Supponendo un'affermazione di partenza del tipo “*hai commesso il fatto X*”, i retori immaginavano tre diverse possibilità di contraddittorio. La prima era che l'avversario contestasse le circostanze materiali del fatto. La seconda che egli ammettesse il fatto nella sua materialità, ma contestasse la qualificazione giuridica proposta dalla controparte. La terza che l'ammissione coprisse tanto il fatto nella sua materialità quanto la sua qualificazione, ma fosse invocata una causa di giustificazione.

Se negava le circostanze materiali del fatto, il convenuto apriva una *questione congetturale*. I retori la chiamavano in questo modo perché l'attribuzione di un fatto a un soggetto di solito non si presenta nei termini di una evidenza, ma vien fatta discendere da una pluralità di elementi, di indizi, di presunzioni e deduzioni, riunite insieme in forma di congettura<sup>22</sup>. Non contestando la materialità del fatto in sé, quanto piuttosto la sua qualificazione giuridica, il convenuto apriva invece una *questione definitoria*. Questa seconda ipotesi Quintiliano la spiegava così.

«Chi non può affermare di non aver fatto nulla, avrà come alternativa immediata quella di dire di non avere fatto quanto gli viene contestato. In tal modo ci si viene a trovare in una situazione giuridicamente molto simile a quella della congettura, mutato solo il genere della difesa. (...) In effetti come diciamo, “non ho commesso furto, non ho ricevuto il deposito”, così ora diremo: “questo non è un furto, questo non è un deposito che io rifiuti di riconoscere”»<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. in gen. G. Pugliese, *La prova nel processo romano classico*, in *Ius* 11 n.s. (1960), p. 406 s.

<sup>22</sup> Il sostantivo lat. *coniectura* deriva infatti dal verbo *conicio*, che appunto significa ‘raccolgere insieme’. Sulle ulteriori suddivisioni della topica della *coniectura* – ‘*ex causa, persona, facto ipso*’ – si può rinviare a G. Sposito, *Il luogo dell'oratore, argomentazione topica e retorica in Cicerone*, Napoli 2001, p. 38 ss.

<sup>23</sup> Quint. 7.3.1.

# JUS CIVILE



Se il convenuto non negava il fatto, se accettava la sua qualificazione e se non adduceva alcuna causa di giustificazione esterna (secondo la terza classe della *quaestio facti*, di cui diremo con qualche maggiore dettaglio fra poco), allora voleva dire che il fatto non era contestato da nessun punto di vista. Perché il processo non si concludesse con la vittoria dell'attore, occorreva perciò spostare la difesa sul terreno segnato dall'altro ramo della *divisio*, quello cioè deputato alle *questioni di diritto*<sup>24</sup>. Pacifico il fatto, la discussione andava insomma spostata al tipo di norma giuridica con cui regolarlo. Ed anche qui si procedeva per sottotipi. Per esempio: “al fatto in questione tu dici che la legge *alfa* commina una pena di cento; ma per lo stesso fatto la legge *beta* commina una pena di dieci”. Oppure: “per il fatto in questione la legge dice che ai responsabili va comminata una pena di cento; non sono io l'unico responsabile; per cui non puoi pretendere che sia io a pagare cento”. O ancora: “dici che al fatto in questione va applicata per analogia la legge *alfa*; ma io rispondo che tra questo fatto e quello considerato dalla legge non si danno sufficienti elementi comuni”.

Analogia, dunque, e nei due esempi che precedono Antinomia e Ambiguità. Come si vede, anche le *questioni di diritto* presentavano dei contorni logici che variavano secondo il variare di quel che replicava l'avversario. Anch'esse potevano perciò essere classificate per tipi e sottotipi, esattamente come le questioni di fatto, di ieri, ma aggiungeremo: di oggi, perché gli stati dell'Analogia, dell'Antinomia e dell'Ambiguità non si presentano diversamente nel dibattito forense contemporaneo<sup>25</sup>.

Al di là del mettere in discussione il fatto o il diritto, al convenuto restava poi la possibilità di contestare la giustezza del processo in sé, nel dove e nel quando, se così si può dire. Lascio che a spiegare la cosa siano direttamente gli antichi, anche perché non c'è modo di tradurre efficacemente in italiano l'etichetta che i retori attribuivano a questo tipo di questione.

Cito dunque da un manualetto di retorica d'età repubblicana, per lunghissimo tempo attribuito all'ingegno di Cicerone:

«una controversia nasce dalla *translatio* quando il convenuto sostiene per esempio che si deve differire il termine [...] oppure che si devono cambiare i giudici»<sup>26</sup>

S'intuisce da questa presentazione che con questo genere di difesa – che va al di là del diritto e del fatto – il convenuto cerca di evitare una pronuncia nel merito, invocando uno spostamento del processo. Il che spiega il nome retorico di questo tipo di operazione, poiché *translatio* appunto questo significa: ‘trasferimento’. Tuttavia i due esempi che abbiamo appena ascoltato assorbono un numero veramente ampio di questioni: Chiedere un cambio dei giudici, significherebbe oggi contestare la giurisdizione o la competenza del tribunale, se non addirittura ricusare

<sup>24</sup> Cfr. Quint. 7.5.1 e per la partizione che segue nel testo Quint. 7.5.5.

<sup>25</sup> Cfr. per tutti R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano 2011, p. 40 s. (*ambiguità*), p. 105 ss. (*antinomia*), p. 276 ss. (*analogia*).

<sup>26</sup> *Rhet. ad Herenn.* 1.22.

## JUS CIVILE



la singola persona del giudice. Invece, una contestazione sui tempi del processo oggi abbraccerebbe ipotesi che vanno dal rito al merito: dal rito, quando, per esempio, ci si difende in un giudizio cautelare, eccependo la mancata decorrenza del termine fissato per la notifica del reclamo<sup>27</sup>; nel merito quando per esempio si oppone un'eccezione di prescrizione o anche quando s'invoca il mancato decorso di un termine iniziale.

La *transaltio* assorbiva insomma un nutrito numero di questioni che attualmente non sarebbero definite soltanto pregiudiziali, ma anche preliminari di merito o addirittura di “merito centrale”, secondo una partizione fino a non molto tempo fa piuttosto cara ai cultori del diritto processuale<sup>28</sup>. Tra un attimo vi torneremo.

6. Quel che ora preme sottolineare è che se è vero che la retorica antica finì per inventariare minuziosamente le varie questioni di fatto e di diritto, se è vero che essa produsse cataloghi del tipo di quello che abbiamo scorso rapidamente, dove le questioni si presentavano rigorosamente anatomizzate e distinte l'una dall'altra, secondo il coefficiente logico di ciascuna, comunque tutto questo non deve far credere che gli antichi fossero poi così ingenui da pensare che nella pratica giudiziaria tutto si riducesse alla scelta della singola *quaestio*, quasi che il processo potesse venire a dipendere da un'unica affermazione.

Il processo antico presentava pieghe altrettanto complesse di quello moderno sia per il fatto che una questione poteva a sua volta scomporsi in una sequenza di sottoquestioni di statuto diverso, sia per il fatto che nulla impediva al convenuto di difendersi con una replica articolata, grazie alla quale si ponevano al giudice più questioni, logicamente indipendenti l'una dall'altra. Da qui la necessità di impostare metodologicamente un terzo problema, che possiamo riassumere intorno a una domanda banale. Quando il processo richiede di affrontare più questioni, secondo quale ordine le si dovrà esaminare? Incrociamo così un terzo problema di ordine strutturale, la cui importanza continua a essere ben nota a chiunque abbia esperienza di sentenze e motivazioni da stilare<sup>29</sup>.

Per impostare il problema gli antichi partivano come al solito da una suddivisione e naturalmente guardando al problema dal punto di vista non tanto del giudice, quanto dell'avvocato. Per costruire la parte dell'arringa deputata all'Argomentazione, essi raccomandavano di seguire l'ordine naturale, salvo che esigenze particolari non raccomandassero di adottare un ordine artificiale. L'*ordine naturale* era quello determinato dalla concatenazione logica dei fatti e delle questioni che il giudice avrebbe dovuto affrontare. Deviazioni giustificate da ragioni pragmati-

---

<sup>27</sup> Cfr. A. Celeste, *Il nuovo procedimento cautelare civile*<sup>2</sup>, Milano 2010, p. 672.

<sup>28</sup> Cfr. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*<sup>6</sup>, II, Milano 2011, p. 57 ss. e p. 178 s.

<sup>29</sup> Cfr. per tutti P. Biavati, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *RTDPC* 63 (2009), p. 1302 ss.; G. Fanelli, *Sull'ordine di esame delle questioni nel processo*, in *Giust. Proc. Civ.* 5 (2010), p. 889 ss.

## JUS CIVILE



che, che permettessero un approccio più efficace alla causa, davano invece luogo a un *ordine artificiale*<sup>30</sup>.

Presento rapidamente due esempi dell'uno e dell'altro modo di procedere, tratti ancora una volta da Quintiliano; e poi concluderò altrettanto rapidamente, cercando di tirare le fila del discorso.

Per illustrare il meccanismo dell'ordine naturale – e dunque dell'ordine determinato dalla concatenazione logica tra questioni di primo e di secondo livello – Quintiliano ricorreva all'esempio della difesa elaborata da Cicerone per il processo in cui assisteva Milone. L'antefatto della causa è abbastanza noto. Nel clima di violenze che segnarono gli ultimi decenni della Repubblica, era accaduto che il seguito di Milone fosse venuto in contatto con quello di Clodio lungo la via Appia. Dato che i due uomini erano nemici implacabili, ne era nato uno scontro tra i due gruppi, in cui Clodio aveva avuto la peggio<sup>31</sup>. Di qui l'accusa che Milone lo avesse assassinato. Quali questioni si potessero aprire di fronte a un'accusa del genere. Quintiliano lo spiegava così.

«Milone viene accusato di aver ucciso Clodio. O l'ha fatto, o non l'ha fatto. La cosa migliore sarebbe dire che non l'ha fatto, ma non si può; quindi lo ha ucciso. Il punto è allora se l'ha ucciso giustamente o ingiustamente». Vuoi dire che l'ha ucciso per necessità? «Allora si deve sostenere che lo scontro (tra i due gruppi di armati) è stato improvviso [...] che uno dei due ha attirato l'altro in un tranello. Quale dei due? (quello di) Clodio evidentemente»<sup>32</sup>.

Se all'accusa si replica nel modo esposto da Quintiliano, lo stato di causa che si viene a creare è quello della *causa di giustificazione*. Se ricordate si tratta della terza questione di fatto di cui prima abbiamo parlato. L'accusato non nega il fatto di aver provocato la morte (e dunque non pone una *questione congetturale*), non contesta che il fatto vada qualificato come omicidio (e dunque non pone una *questione definitoria*), ma si difende invocando la necessità di difendersi. Questa che è la questione di primo livello, viene tuttavia a dipendere da una questione subordinata. È vero o non è vero che Clodio, con i suoi uomini, tese un'imboscata al corteo di Milone? Questa seconda questione risponde a uno statuto del tutto diverso. Innanzitutto perché la domanda non cade sul fatto dell'*uccisione*, ma sul fatto dell'*imboscata*, e in secondo luogo perché si tratta di un fatto che sarà da verificare per l'*an*. La questione risponde perciò allo stato della congettura. Ascoltiamo sempre Quintiliano:

«Nella causa di Milone non è forse vero che è la *congettura* stessa a determinare la *giustificazione*? Se infatti Clodio ha teso un'imboscata, ne consegue che la sua uccisione è stata legittima»<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Sui due modelli ordinanti, vd. in generale Mortara Garavelli, *Manuale di retorica* cit., p. 104.

<sup>31</sup> Per maggiori dettagli sull'episodio, vd. L. Fezzi, *Il tribuno Clodio*, Roma – Bari 2008, p. 104 ss. e p. 125 s.

<sup>32</sup> Quint. 7.1.34-35.

<sup>33</sup> Quint. 3.13.7.

## JUS CIVILE



Sarà dunque questa concatenazione a determinare l'ordine delle questioni: prima si verificherà il fatto dell'imboscata, e solo dopo si passerà a eventuali altri aspetti dell'azione di Milone che possono incidere sulla valutazione della legittima difesa (a partire dalla questione se, nella situazione data, fosse stato inevitabile uccidere Clodio).

Se questo è l'ordine logico o naturale, vediamo allora un esempio di ordine pragmatico o artificiale. Come avevamo accennato, il problema è determinato in questo caso dal fatto che il convenuto si affida a una replica ampia, da cui nasce una serie cospicua di questioni logicamente indipendenti l'una dalle altre. Prendendo a prestito le categorie della grammatica, potremmo perciò dire che se il caso della difesa di Milone poneva un problema di costruzione ipotattica della causa e della sentenza, ora il problema diventa quello di una costruzione paratattica. Ma vediamo innanzitutto in che cosa consiste l'esempio portato da Quintiliano.

Cito:

«Il procuratore di un tale rivendica una somma di denaro sulla base di un prestito a interessi oggetto di una eredità; la questione che ne può derivare è se sia lecito a costui di esercitare quella procura. Immagina che noi, dopo aver discusso il punto, lo mettiamo da parte [...] La questione sarà ora se colui [...] in nome del quale si contende, è l'erede del mutuante, e poi se ne sia l'erede universale. E messi da parte pure questi due punti, la questione sarà se il debito esiste»<sup>34</sup>.

È chiaro a tutti che il discorso si riferisce alla pratica del processo civile. Però la prosa è incalzante, il linguaggio denso e il caso scelto anche un po' complesso. Vediamo allora di chiarirne i termini essenziali.

Nel merito il processo verte su un mutuo di denaro, che secondo l'attore il convenuto non avrebbe rimborsato. L'attore non è però né il preteso mutuante (che viene dato come defunto), né il suo erede, ma un tale che si presenta come procuratore dell'erede. Di fronte a una citazione del genere – dice Quintiliano – si danno almeno quattro difese. Si può immaginare che il convenuto contesti la validità della procura esibita dall'attore. Poi che contesti la legittimazione attiva del rappresentato (qualora metta in discussione che il rappresentato sia l'erede del mutuante). In terzo luogo potrebbe poi essere contestato l'importo stesso del *petitum* (nel senso che se il rappresentato non fosse l'erede universale, ma soltanto un coerede del mutuante, le regole del processo romano avrebbero imposto al procuratore di chiedere una quota del credito commisurata alla quota di eredità del *dominus litis*)<sup>35</sup>. Dopodiché resterebbe il punto centrale del merito, ovvero se davvero esista un debito da mutuo a carico di chi si difende.

Se torniamo con la mente alla tassonomia delle *quaestiones* retoriche che poco fa abbiamo

---

<sup>34</sup> Quint. 7.1.19-21.

<sup>35</sup> Per questa regola del processo civile romano e per i relativi inconvenienti, cui si cercava di ovviare attraverso il meccanismo della *interrogatio in iure*, rinvio a L. Pellicchi, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003, p. 456 ss.

## JUS CIVILE



passato in rassegna, ci accorgeremo facilmente che le prime tre repliche danno luogo a una *translatio*. Le obiezioni che Quintiliano mette in bocca al convenuto non toccano infatti la questione del mutuo e della sua restituzione. Esse servono piuttosto a contestare l'instaurarsi del procedimento, sia pure facendo leva su aspetti ed elementi che attengono al diritto sostanziale. Ed è così ancora oggi. Se oggi si contestasse la procura, si contesterebbe un presupposto del processo<sup>36</sup>; se si contestasse la legittimazione attiva, si contesterebbe una delle condizioni dell'azione<sup>37</sup>; se si contestasse il titolo di erede universale, lo si farebbe per contestare in via introduttiva la determinazione del *petitum*.

Nel vago Quintiliano lascia invece i contorni dell'ultima difesa, quella da dedicare alla vicenda centrale, rappresentata dal mutuo e dalla sua restituzione. Non sappiamo cioè se la prospettiva dell'attore andasse contestata in fatto o in diritto. Quintiliano non lo dice, ma non per dimenticanza. Semplicemente, perché quel che gli preme in questo passaggio del manuale è di spiegare al lettore come ci si deve comportare quando la materia della causa sia tale da offrire più linee difensive, logicamente indipendenti l'una dall'altra.

Prima di dire quale fosse la regola retorica, sarà opportuno ribadire ancora una volta che i maestri di oratoria non scrivevano direttamente per i giudici, bensì piuttosto per gli avvocati. Perciò, si può indovinare facilmente dove il suggerimento andasse a parare. «Nessuno» – osservava Quintiliano – «sarà tanto folle da abbandonare l'argomento che ritiene il più valido e passare (con leggerezza) ad argomentazioni più fragili<sup>38</sup>». Il che è come dire che nella costruzione del discorso difensivo l'attenzione maggiore, ma anche la maggiore enfasi, dovranno andare alla difesa che presenta sul piano della prova le maggiori probabilità di successo.

Ma che cosa accade se l'argomentazione più solida si riferisce a una questione da declinare secondo il genere della *translatio*? (com'era nel nostro esempio, con le prime tre difese opposte dal convenuto?). In questo caso, i proutuari di retorica erano netti, e la loro raccomandazione valeva tanto per l'oratore quanto per il giudice che dovesse poi ritirarsi a deliberare: «Quando la discussione dipende da un'eccezione (declinatoria)» – scriveva sempre Quintiliano – non è necessario indagare il fatto in sé<sup>39</sup>; il che vuol dire che la fondatezza dell'eccezione permetteva di tralasciare il merito della causa.

Ora, si provi a coordinare questo precetto retorico al caso che stavamo commentando. Si provi cioè a immaginare che il convenuto – citato in giudizio da un tale che si presenta come procuratore dell'erede del creditore – faccia valere il difetto di procura e ottenga di convincere il giudice sul punto. Avrebbe senso dilungarsi oltre? Per i retori no. Lo stesso, se il difensore puntasse con successo sulla mancanza di legittimazione attiva o se pretendesse che il *petitum* fosse riformulato in ragione del fatto che all'attore spetta una quota soltanto del credito ereditario. Se-

---

<sup>36</sup> Cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino 2014, p. 345 ss.

<sup>37</sup> Consolo, *op. cit.*, p. 533 ss.

<sup>38</sup> Quint. 7.1.21.

<sup>39</sup> Quint. 7.5.3.

# JUS CIVILE



condo le regole del diritto e del processo romano, obiezioni come queste avrebbero chiuso immediatamente il processo e fatto calare il sipario<sup>40</sup>.

Naturalmente non mi sfugge che la maggior parte di queste regole non si potrebbe riproporre alla lettera per il diritto e il processo vigente. Oggigiorno è ormai maggioritaria l'opinione di coloro che negano che il credito ereditario debba farsi valere necessariamente *pro quota*<sup>41</sup>; così come si può benissimo immaginare che al difetto di procura si rimedi in corso di causa<sup>42</sup>.

La cosa fondamentale è però la logica di fondo dell'approccio retorico. Non si può non vedere che essa è la stessa che sta al fondo del nostro Codice di procedura civile. Penso soprattutto al secondo e al terzo comma dell'art. 187<sup>43</sup>. È vero o non è vero che se il giudice ritenesse di accogliere non solo un'obiezione pregiudiziale, ma anche un'obiezione di merito avente carattere preliminare, dovrebbe procedere con una decisione di rigetto, senza bisogno d'istruire ulteriormente la causa? E se questo è vero, non è vero anche che quelle del difetto di procura e della mancanza di legittimazione attiva sono questioni sostanziali di carattere preliminare? Una volta messe da parte le peculiarità tanto del diritto romano quanto del diritto odierno, la conclusione si presenta perciò da sé: tra quanto stabilisce l'art. 187 del nostro Codice e quanto i maestri di retorica raccomandavano ai loro allievi corre una perfetta corrispondenza di fondo.

Aggiungerei però che il ponte che si può gettare tra antico e moderno va ben oltre l'art. 187. Vi accenno molto rapidamente, solo per ricordarvi che per i retori la *translatio* non ricorreva solo quando il convenuto sosteneva che il processo si celebrava tra soggetti sbagliati o davanti ai giudici sbagliati, ma anche secondo tempi sbagliati; Il che accadeva in sostanza, quando ci si lamentava che l'attore aveva instaurato il processo o troppo tardi o troppo presto.

Eccependo la prescrizione, il convenuto sollevava perciò un'eccezione declinatoria; e lo stesso faceva quando eccepiva il mancato decorso del termine iniziale. Va perciò da sé che se sull'elemento del decorso del tempo si fosse potuta isolare e raggiungere facilmente la prova, il giudice avrebbe dovuto chiudere subito l'esame della causa, tralasciando tutti gli altri punti del merito. Questo nel processo antico. Ma è lecito chiedersi se ci si riferisca oggi a qualcosa di molto diverso, quando si raccomanda al giudice di ricorrere al meccanismo *della ragione più liquida*. Non è forse vero che quando oggi ci si interroga sulle virtù (oltre che talvolta sui vizi)

---

<sup>40</sup> Per il secondo caso, valga il rinvio indicato *supra* alla nt. 35; per il primo caso – quello del difetto di rappresentanza – va tenuto conto del fatto che il carattere dilatorio delle *exceptiones procuratoriae* e *cognitoriae* significava soltanto che al *dominus litis* non sarebbe stato precluso di tornare ad agire o in prima persona o per il tramite di un idoneo rappresentante: cfr. Gai 4.124.

<sup>41</sup> Sui termini del dibattito vd. la ricca rassegna approntata in M. Sesta (a c. di), *Codice delle successioni e donazioni*, I, Milano 2011, p. 1675 ss.

<sup>42</sup> Avvalendosi della sanatoria prevista dall'art. 182, comma 2 del Codice di procedura civile.

<sup>43</sup> «Può rimettere le parti al collegio (*scil.* il giudice istruttore) affinché sia decisa separatamente una questione di merito avente carattere preliminare, solo quando la decisione di essa può definire il giudizio. Il giudice provvede analogamente se sorgono questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza o ad altre pregiudiziali, ma può anche disporre che siano decise unitamente al merito».

# JUS CIVILE



di questa scorciatoia processuale, l'esempio da manuale è proprio quello dell'eccezione di prescrizione?<sup>44</sup>

7. Con questa domanda retorica, mi avvio a concludere. E manco a dirlo lo farò nel modo che sempre la retorica prescrive, ossia con una ricapitolazione, fatta di qualche interrogativo e qualche conclusione.

Inizio dal titolo stesso di questa nostra conversazione: la sentenza del giudice porta i segni di una costruzione retorica? Non c'è dubbio. Lo abbiamo visto grazie a numerosi elementi. Ad alcuni sono riuscito appena ad accennare. Altri li ho potuti presentare un poco più diffusamente. Ma vorrei rimanesse la consapevolezza che si è trattato soltanto di una selezione, perché gli elementi di contatto tra retorica e scrittura giudiziaria sono in realtà molto più numerosi.

Secondo punto. Se tra retorica e scrittura giudiziaria si danno elementi di contatto così numerosi, dovremo forse dire che tutto quello che serve al giudice sta nella retorica, o addirittura che *tutto è retorica*? Ovviamente no. Quello che dobbiamo dire è che la retorica offre molto come tecnica ragionata di costruzione del discorso. Il metodo che la retorica offre innanzitutto abitua a mettere a fuoco i punti controversi e a selezionare gli argomenti più efficaci a risolverli. Quindi, costringe a dare un ordine razionale al discorso, sempre nella prospettiva di renderlo il più efficace possibile. E infine educa a una religione vera e propria della sintesi e della chiarezza; per l'ovvia ragione che non c'è ragionamento che possa convincere, se prima non viene compreso.

Terzo punto. Il giudice si serve di un metodo retorico? Di nuovo, si deve rispondere: sì, senza alcun dubbio. In parte perché argomentare, difendersi ed esaminare sono pratiche sociali cui ricorriamo nel quotidiano, come già notava Aristotele<sup>45</sup>; sicché si può parlare di una sorta di tecnica innata, che cresce in quanto tale con il crescere della persona. In parte, perché il metodo elaborato dalla retorica classica è iscritto nel codice culturale dell'uomo occidentale; sicché anche nel quotidiano specifico di chi per mestiere fa il giudice, si finisce per usare un armamentario concettuale che attraversa i secoli e che fa sentire le sue ricadute su una pluralità di livelli. Lo abbiamo visto confrontando le partizioni retoriche del discorso e le macropartizioni della sentenza. Ma lo abbiamo visto anche risalendo all'archetipo retorico della distinzione tra giudizi in fatto e giudizi in diritto. Entro certi limiti, va poi detto che l'antico perdura nel lavoro del giudice anche in ragione di una forza obiettiva delle cose, che riannodano al processo una serie di problemi sempre uguali, in ogni tempo e in ogni dove. Da questo punto di vista abbiamo visto che una scorciatoia che permettesse di chiudere la controversia senza esaminare tutte le questio-

---

<sup>44</sup> Vd. per tutti Luiso, *Diritto processuale civile* cit., II, p. 66.

<sup>45</sup> *Rhet.* 1354 a: «La retorica è analoga alla dialettica: entrambe riguardano oggetti la cui conoscenza è in un certo modo patrimonio comune di tutti gli uomini e che non appartengono a una scienza specifica. Da ciò segue che tutti partecipano in un certo senso di entrambe, perché tutti, entro un certo limite, si impegnano a esaminare e sostenere un qualche argomento, o a difendersi e ad accusare. Gli uomini, per la maggior parte, fanno tutto ciò o senza alcun metodo o con una familiarità che sorge da una disposizione acquisita».

## JUS CIVILE



ni, andrebbe adottata per ragioni di economicità, e non importa che la si riporti sotto l'etichetta di *ordine artificiale* (come facevano i retori) o sotto l'etichetta della *ragione più liquida* (come ha fatto la Cassazione) La sostanza della scorciatoia resta sempre la stessa, e registrarne la corrispondenza significa registrare che anche sul piano del processo non mancano i corsi e i ricorsi storici.

L'ultimo punto, tocca la sostanza più importante del discorso e si converte in un auspicio. Se è vero che il giudice applica un metodo retorico, e se è vero che egli non potrebbe fare diversamente, è vero anche che di questo metodo il giudice si serve in buona misura inconsapevolmente. Voglio dire: senza aver mai ricevuto (come del resto l'avvocato) una formazione retorica specifica. Si tratta insomma di un metodo che il laureato in legge fa suo eventualmente, occasionalmente, parzialmente, e soprattutto empiricamente.

Di qui l'auspicio che l'ennesima riforma in cantiere della facoltà di Giurisprudenza tenga conto di due elementi cruciali: che non ha senso parlare di una formazione professionalizzante, se si trascura un intero metodo di lavoro che sarà poi richiesto nella professione; e che se il metodo in questione ha una dimensione eminentemente intellettuale, non lo si può impartire senza adeguata profondità culturale.

Paradossalmente, anche questa presa di coscienza segnerebbe un ritorno a un passato, che poi tanto lontano non è. Ancora agli inizi dell'Ottocento, le facoltà legali italiane prevedevano delle cattedre di eloquenza, dalle quali s'insegnava ai futuri giudici a comporre testi secondo i precetti retorici<sup>46</sup>. Dopo la conquista napoleonica le cattedre di retorica vennero incorporate ai licei, e finirono poi per perdere progressivamente la loro specificità tra una riforma e l'altra delle scuole superiori. Sarebbe dunque davvero il momento che corsi propedeutici di questo genere tornassero a essere impartiti nelle facoltà legali.

---

<sup>46</sup> Per il caso della cattedra di eloquenza latina dell'università di Pavia e delle personalità letterarie che la illustrarono proprio nella immediatezza della sua soppressione, nel 1808, vd. D. Mantovani, *Foscolo professore a Pavia. Esortazione alla storia dell'Università*, in *Rivista storica italiana* 122 (2010), p. 269 ss.



ALBERTO MARIA BENEDETTI

*Professore associato di Istituzioni di diritto privato – Università di Genova*

## ANTICHI E MODERNI A CONFRONTO. UNA STORIA DEL DIRITTO CIVILE A GENOVA <sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. *Il diritto civile a Genova: i due periodi.* – 2. *Il periodo arcaico (1885-1964): Cesare Cabella e Paolo Emilio Bensa.* – 3. (Segue). *Filippo Vassalli e i suoi allievi.* – 4. *Il periodo moderno: la scuola di Stefano Rodotà.* – 5. *Moderni o «modernisti»? La «vocazione civile», fil rouge dei due periodi.*

1. – Per costruire una ricerca sull’insegnamento del diritto civile nell’Ateneo genovese, può essere utile muovere da alcune premesse d’ordine generale.

L’Università di Genova, di istituzione relativamente recente, almeno nel settore giuridico è stata a lungo considerata come una sede secondaria<sup>2</sup>, terra di passaggio di nomi, anche grandi, destinati a finire altrove; vuoi per la relativamente recente tradizione di fondazione dell’ateneo, vuoi per la collocazione geografica, vuoi forse per l’indole stessa dei genovesi, più avvezzi alla pratica mercantile che allo studio delle scienze teoriche.

Per chi osservi, oggi, l’evoluzione della scuola genovese di diritto civile, può essere utile, con qualche approssimazione, distinguere due grandi ere: un periodo arcaico (1885-1964), un periodo moderno (1964-oggi). Le date si sono scelte per le seguenti ragioni:

1885: l’Ateneo genovese esce dal limbo e diviene di “primo livello”;

1964: scompare prematuramente Antonino D’Angelo, evento che, come dirò oltre, segna la fine del vecchio mondo e l’inizio del nuovo.

Forse è una distinzione arbitraria, ma utile a comprendere perché la scuola moderna dei civilisti genovesi abbia caratteristiche sue proprie, che la distinguono, originalmente, dalle altre scuole civilistiche italiane.

2. – Il periodo arcaico si apre e si svolge, almeno nel primo cinquantennio, con l’insegnamento di Cesare Cabella e Paolo Emilio Bensa.

---

<sup>1</sup> Intervento svolto dall’Autore nell’ambito del Convegno organizzato dall’Associazione Civilisti Italiani presso l’Università di Roma La Sapienza il 21-22 ottobre 2016 sul tema: “*Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi e tematiche*”.

<sup>2</sup> Nel 1862, la Legge Matteucci qualifica l’Università di Genova come ateneo di secondo livello: diventa di primo livello nel 1885, grazie anche all’apporto di Cesare Cabella: informazioni ulteriori sono disponibili all’indirizzo <https://unige.it/storia>.

# JUS CIVILE



Entrambi genovesi, Cesare Cabella (1807-1888) insegnò Codice civile dal 1862 e svolse un'intensa attività professionale (fu anche il primo Presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Genova); non fondò una scuola e scrisse poco, come d'altra parte allora era frequente: molto propenso allo studio del diritto commerciale<sup>3</sup>, partecipò attivamente ai lavori per la codificazione del 1882. La città lo onorò intitolandogli una via<sup>4</sup>.

Dai suoi studi e dai suoi interessi emerge quella vocazione mercantile tutta genovese, coeva, d'altra parte, alla crescita economica e urbanistica della città, nel periodo successivo all'unificazione italiana.

Paolo Emilio Bensa (1858-1928) ebbe una risonanza nazionale e internazionale, e può essere considerato, senza troppo esagerare, uno dei più importanti civilisti del suo tempo<sup>5</sup>: studente in Germania (Berlino, Lipsia), rimane ancora oggi notissimo per la traduzione che, insieme al romanista Carlo Fadda (anche lui docente nell'ateneo genovese), curò delle *Pandette* di Windscheid<sup>6</sup>; le note dei due traduttori, accuratissime, costituivano la trama di un nuovo diritto civile, nato, in conformità allo spirito del pandettismo, da una attualizzazione del diritto romano; non è un caso se le note sono da attribuirsi alla elaborazione congiunta di Fadda e Bensa, che, in tal modo, «hanno scelto di celare l'apporto individuale – del civilista, del romanista – alla stesura»<sup>7</sup>.

Il testo di Windscheid, come scrive Guido Alpa, «serve a costituire il substrato sul quale i due commentatori costruiscono il diritto civile italiano, tendendo conto del codice civile all'epoca vigente, degli orientamenti della dottrina anche di natura esegetica e della giurisprudenza»<sup>8</sup>.

Bensa, dunque, si sentiva protagonista di un processo culturale di dimensione europea, avendo scelto di sposare gli ideali del Windscheid, alle cui lezioni partecipò direttamente nel 1876<sup>9</sup>,

---

<sup>3</sup> Sul punto v. R. BRACCIA, *Cabella, Cesare*, nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, 2013, I, p. 368.

<sup>4</sup> Il Vice-presidente del Senato così lo ricorda nella commemorazione in aula avvenuta il 23.3.1888: «Chiamato nel 1870 a far parte di quest'alta Assemblea, egli vi portò la parola sua eloquente ed illuminata, particolarmente nelle materie giuridiche e commerciali, nelle quali era versatissimo. Anche il Governo si giovò dell'opera sua efficace chiamandolo nella Giunta per il coordinamento delle disposizioni dei codici del nuovo Regno italiano, e per le modificazioni al Codice di commercio. Godeva meritatamente stima e fiducia illimitata nella sua città nativa, dove fu sempre consigliere provinciale e comunale, e nell'Ateneo genovese nel quale fu professore benemerito di giurisprudenza e rettore per lunghi anni».

<sup>5</sup> Scrive A. ASCOLI, *Paolo Emilio Bensa*, in *Riv. dir. civ.*, 1928, p. 68: «Egli fu maestro conosciuto ed apprezzato altamente in tutta Italia, sia per l'opera sua di scrittore, sia per quella di professionista eletto, sia per quella, infine, di legislatore».

<sup>6</sup> B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, traduz. di C. Fadda e P. E. Bensa, con note e riferimenti al Diritto civile italiano, Torino, 1902-1904.

<sup>7</sup> C. LANZA, *Bensa, Paolo Emilio*, nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, p. 219; ma v. anche A. ASCOLI, *Paolo Emilio Bensa*, cit., p. 69.

<sup>8</sup> G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2009, p. 173.

<sup>9</sup> O, forse, nel semestre estivo del 1877, come scrive F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento*, Torino, 2016, p. 228.

# JUS CIVILE



a Lipsia; la traduzione è per i «nostri studenti della Università di Genova», segno di una connessione tra studio e insegnamento che, allora più di oggi, era sentita come una vera e propria vocazione del giurista accademico. Le annotazioni giocarono un ruolo importante, forse unico, nella formazione delle nuove generazioni di giuristi<sup>10</sup> e, più in generale, nello stesso processo di evoluzione del diritto civile nazionale nell'Italia appena diventata Stato; il che basta e avanza per fare di Paolo Emilio Bensa un Maestro del diritto civile, anzi un costruttore del diritto civile dell'Italia appena unificata<sup>11</sup>.

Non fu, peraltro, uno studioso e basta; sentì molto forte la necessità di un impegno politico e civile che, peraltro, lo indusse ad arruolarsi come volontario ufficiale nella prima guerra mondiale. Consigliere comunale di Genova, Senatore del Regno, nel 1924 pronunciò un noto discorso nel quale non mancarono critiche a Mussolini: in esso ebbe a definirsi «vecchio liberale individualista». Nel discorso di commemorazione, Tittoni<sup>12</sup>, Presidente del Senato, evoca le doti di Bensa non solo come teorico del diritto, ma anche come avvocato, arbitro, *civil servant*, come oggi si direbbe; la sua scomparsa, nel gennaio 1928, fu un evento per tutta la città<sup>13</sup>, che, successivamente, gli dedicò una via nei pressi della sua Università (la cui biblioteca giuridica è, ancora oggi, a lui intitolata).

A Genova Bensa lasciò una traccia su intere generazioni di avvocati<sup>14</sup>, giuristi, magistrati: tenne infatti l'insegnamento di diritto civile dal 1906<sup>15</sup> fino alla sua morte. Se è vero che agli allievi in senso più ampio furono tanti<sup>16</sup> e che, come si legge in diverse testimonianze, la perso-

---

<sup>10</sup> Significativa la testimonianza di F. CARNELUTTI, *Mio fratello Daniele*, Milano, 1940, p. 30 ss. (egli scrive di aver cominciato ad amare e comprendere la scienza del diritto proprio partendo dalle annotazioni di Bensa e Fadda, lette mentre stava preparando la tesi di laurea); ancora F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937, p. 112 si riferisce a Fadda e Bensa come «pionieri della scienza giuridica rinnovata». Sull'importanza delle note di Fadda e Bensa per gli studi dottrinali italiani del periodo v. ancora A. ASCOLI, *Paolo Emilio Bensa*, cit., pp. 69-70 e, più recentemente, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano, 2000, pp. 42-43: secondo l'A., «grazie alla cultura degli autori, alle loro capacità speculative, alla perfetta padronanza del diritto antico e di quelli moderni, (le Note) assurgeranno prestissimo al duplice rango di manifesto del pandettismo civilistico in Italia e di breviario per ogni civilista, e, forse, per ogni giurista».

<sup>11</sup> Nell'Orazione commemorativa pronunciata da Filippo Vassalli il 16 maggio 1929, si legge, a proposito del lavoro di Fadda e Bensa, che «la loro collaborazione rimarrà gloria perenne dell'Università di Genova nella storia del pensiero giuridico italiano» (l'Orazione è riportata in F. VASSALLI, *Studi giuridici*, Milano, 1969, III, p. 381).

<sup>12</sup> Il discorso di Tittoni in commemorazione del Bensa può leggersi nel *Repertorio biografico dei Senatori dell'Italia fascista*, a cura di E. GENTILE ed E. CAMPOCHIARO, Roma, 2013, I, pp. 284-286.

<sup>13</sup> Scrive G. B. CERESETO, *Ricordi biografici*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969, p. 22: «La bara che racchiudeva la sua salma, ripristinando in suo onore un antico rito, venne trasportata dalla sua abitazione all'Università dove fu accolta da studenti e professori».

<sup>14</sup> Bensa esercitò sempre la professione, acquisendo, in quest'ambito, un ruolo nazionale: valgano sul punto ancora le parole di G. B. CERESETO, *Ricordi biografici*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, cit., p. 18 ss.

<sup>15</sup> Fu nominato professore per chiara fama, senza concorso: A. PIOLA, *Professori e Maestri*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, cit., p. 52.

<sup>16</sup> Un elenco in F. DE MARINI AVONZO, *Paolo Emilio Bensa tra Digesto e Codice Civile*, in G. B. VARNIER (a cura di), *Giuristi Liguri dell'Ottocento*, Genova, 2001, p. 227.

# JUS CIVILE



nalità di Bensa era tale da indurre nei giovani fascino e ammirazione<sup>17</sup>, non si può affermare che Bensa fondò una scuola civilistica, o, almeno, non una in grado di affermarsi nella platea nazionale<sup>18</sup>. Tant'è vero che nessuno dei suoi successori alle cattedre civilistiche può essere considerato, accademicamente, suo allievo<sup>19</sup>.

3. – Già prima della morte di Bensa<sup>20</sup>, Genova fu terra di passaggio di civilisti importanti tra i quali spicca senz'altro Filippo Vassalli, che vi insegnò tra il 1918<sup>21</sup> e il 1930; e furono proprio suoi allievi a seguirlo nell'insegnamento genovese (Giorgio Bo, Antonino D'Angelo).

Nel 1928, la cattedra che fu di Bensa viene assegnata a Ruggero Luzzatto (1878-1957)<sup>22</sup>, allievo di Vittorio Polacco<sup>23</sup>; insegnò fino al 1953, con l'interruzione dovuta all'applicazione delle leggi razziali. I suoi studi sulla compravendita sono ancora oggi di grande attualità, ma, forse per le travagliate vicende politiche che caratterizzarono il tempo in cui egli insegnò a Genova, non volle o non fu in grado di formare allievi che gli succedessero.

Giorgio Bo (1905-1980) fu, in effetti, l'unico genovese a insegnare diritto civile a Genova nel periodo 1935-1980; formatosi con Filippo Vassalli<sup>24</sup> nel suo periodo genovese, si dedicò prevalentemente all'impegno politico nella Democrazia Cristiana, ricoprendo anche significativi incarichi di governo<sup>25</sup> e, per tale ragione, poté dedicare all'insegnamento solo una parte delle sue attività<sup>26</sup>.

---

<sup>17</sup> In questo senso, molto significative le testimonianze di R. LUZZATTO, *Paolo Emilio Bensa scrittore e Maestro* e di C. CERETI, *Università di ieri*, entrambe in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, cit., p. 25 ss. e p. 39 ss.

<sup>18</sup> Scrive ancora A. PIOLA, *Professori e Maestri*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, cit., p. 62: Bensa «non formò una “sua scuola” nel senso moderno e quindi deterioro della parole», ma, aggiunge, fu egualmente un Maestro in quanto «professore che forma dei discepoli e degli uomini di quadratura morale e mentale con l'entusiasmo per lo studio e per la ricerca del sapere e della verità, con l'esempio del senso del dovere, con lo spirito di giustizia».

<sup>19</sup> Fu proprio Filippo Vassalli a succedere a Bensa nella cattedra civilistica, sia pure per poco tempo (e fu lui, come già ricordato, a tenerne in questa veste l'Orazione commemorativa nel 1929).

<sup>20</sup> Nel medesimo periodo insegna a Genova anche Pietro Cogliolo (1859-1940), romanista, civilista, commercialista, anch'egli avvocato e Senatore, ebbe interessi su discipline diverse e nuove (per esempio, il diritto aeronautico) con una vastissima produzione letteraria di ogni genere (sul punto vedasi R. BRACCIA, *Cogliolo, Pietro*, nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, p. 559). Appare molto moderno l'approccio che adotta nell'*Annuario Critico di Giurisprudenza Pratica*, il cui primo numero esce nel 1889 con una *Prefazione* nella quale si auspica un approccio critico alla giurisprudenza che prefigura, forse troppo in anticipo, ciò che avverrà decenni dopo; sul Cogliolo civilista v. G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, cit., in partic. p. 174-177.

<sup>21</sup> Tenne la prolusione a Genova il 22 novembre 1918 sul tema: *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, oggi in *Le prolusioni dei civilisti*, II, Napoli, 2012, p. 1699 ss.

<sup>22</sup> Si veda M. ROBLES, Luzzatto, Ruggero, nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, cit., p. 1219.

<sup>23</sup> A Polacco è dedicato il volume di R. LUZZATTO, *Le obbligazioni nel diritto italiano*, Torino, 1950; il volume è introdotto dal curioso ma molto efficace motto «Dimmi perché devi e ti dirò cosa e come tu debba».

<sup>24</sup> Cui è dedicata la monografia *Il diritto agli alimenti. Natura del diritto e soggetti*, Padova, 1932.

<sup>25</sup> M. ZARRO, *Bo, Giorgio*, nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, p. 266.

<sup>26</sup> Sottolinea questa difficile compatibilità tra le attività politiche e quelle accademiche E. ROPPO, *Giorgio Bo: il*

# JUS CIVILE



La figura più significativa del periodo post-bellico che, come si diceva all'inizio, chiude il periodo arcaico, è senz'altro quella di Antonino D'Angelo (1914-1964)<sup>27</sup>. Allievo di Filippo Vassalli<sup>28</sup>, giunse a Genova nel 1955 e lì rimase, stabilendovi anche la propria residenza, fino alla prematura scomparsa nel 1964. Nella sua prolusione, egli dichiara di porsi in continuità con Bensa e Vassalli, con una adesione al metodo storico-positivo propugnato da quest'ultimo, non senza una qualche diffidenza verso alcune «suggerzioni» ch'egli teme possano contaminare le giovani generazioni<sup>29</sup>. Uno spirito conservatore sì, ma in grado di dialogare con le giovani generazioni attraverso un linguaggio chiaro e ordinato, che sapeva rendere comprensibili questioni «difficili» e complesse. I suoi interessi scientifici toccano temi classici, sui quali indaga, con un rigore esemplare, sempre calando la prospettiva storica nell'attualità dei problemi: rivolgendosi agli studenti, sottolinea l'«onestà e serietà del procedimento di ricerca nonché l'importanza essenziale della meditazione»<sup>30</sup>, un programma che, oggi, appare distante dall'odierna realtà degli studi giuridici, improntata, semmai, a una velocità dietro la quale la fatica del pensiero spesso finisce col perdersi.

Antonino D'Angelo aveva molto in comune con Bensa e Cabella: esercitava, come loro, la professione di avvocato; era attento, come loro, al rapporto con gli studenti e all'insegnamento; mancava, rispetto a loro, di un interesse per l'impegno politico-sociale, ciò probabilmente sia per ragioni caratteriali, sia per il differente periodo storico in cui ha vissuto.

Ma lo «stile» di Antonino D'Angelo – a sentire le testimonianze di coloro che lo hanno conosciuto personalmente<sup>31</sup> – ricordava proprio quello dei grandi maestri del periodo arcaico; quando scomparire appena cinquantenne, nel 1964, l'insegnamento del diritto civile, a Genova, era tenuto da due professori ordinari: Pietro Trimarchi, che aveva preso servizio il 15.12.1963 e Giorgio Bo che, come si è già rilevato, poteva dedicare poco tempo all'insegnamento<sup>32</sup>. Succes-

---

giurista, in *Annali Genova*, 1991-1992, 1-2, p. 483; egli testimonia che, nel periodo attorno alla metà degli anni sessanta, Giorgio Bo era sostituito nell'insegnamento del diritto civile da Vittorio Tedeschi.

<sup>27</sup> R. FERRANTE, *D'Angelo, Antonino*, nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, p. 640.

<sup>28</sup> Filippo Vassalli fu Maestro di Antonino D'Angelo, come afferma AND. D'ANGELO, *Presentazione*, in ANTONINO D'ANGELO, *Scritti sulla protezione possessoria*, a cura di AND. D'ANGELO e R. MORELLO, Torino, 2014, p. VIII.

<sup>29</sup> «Oggi il metodo storico-positivo sembra seriamente minacciato dalle suggestioni che, particolarmente sulle nuove generazioni di studiosi, esercitano, nel nostro campo, gli indirizzi in voga, i quali tendono alla elaborazione di vuoti schemi di una cosiddetta autonoma teoria generale e di essi si appagano, riservando scarsa considerazione alla utilizzazione delle norme positive, ignorando, spesso totalmente, lo sviluppo storico degli istituti e omettendo frequentemente di penetrare le vive e complesse esigenze dei rapporti sociali ed economici regolati dalle norme»: così nella *Prolusione*, oggi in ANTONINO D'ANGELO, *Scritti sulla protezione possessoria*, a cura di AND. D'ANGELO e R. MORELLO, cit., p. 133.

<sup>30</sup> ANTONINO D'ANGELO, *Scritti sulla protezione possessoria*, a cura di AND. D'ANGELO e R. MORELLO, cit., p. 167.

<sup>31</sup> Ho potuto parlare di lui con Andrea D'Angelo e con alcune persone che frequentarono, da studenti, i suoi corsi.

<sup>32</sup> Riferisce E. ROPPO, *Giorgio Bo: il giurista*, cit., p. 483 che quando aveva iniziato, a metà degli anni sessanta, il corso di giurisprudenza, il corso di diritto civile attribuito a Giorgio Bo era tenuto in qualità di supplente da Vittorio Tedeschi.

# JUS CIVILE



sivamente, proprio nel fatale 1968, si aggiungeva anche Stefano Rodotà, che rimarrà a Genova fino al 1972.

Ancora una volta la Facoltà genovese è terra di passaggio di due giovani, ma già bravissimi, civilisti; e proprio come era accaduto con Filippo Vassalli – i cui allievi ressero le sorti della civilistica genovese a partire dalla morte di Bensa – Trimarchi e Rodotà lasciarono un segno profondo, soprattutto sui giovani studenti che, in un periodo di profonde turbolenze politiche, frequentavano il loro corso di Istituzioni di diritto privato e di Diritto civile.

Dopo di loro, nulla, a Genova, fu più come prima.

4. – Il periodo moderno, dunque, inizia nel 1964, ma si consolida, se così si può dire, nella fase che segue il 1968, anno cruciale per l'Italia e per il mondo intero<sup>33</sup>; ai corsi istituzionali di Pietro Trimarchi parteciparono, come studenti, Guido Alpa, Andrea D'Angelo e Vincenzo Roppo, che successivamente frequentarono il corso di diritto civile tenuto da Stefano Rodotà, col quale tutti e tre discussero la tesi di laurea. Mario Bessone, di qualche anno più anziano, si laureò con Andrioli ma prese a collaborare prima con Trimarchi e poi con Rodotà; e, quando quest'ultimo nel 1972 lasciò Genova, era divenuto il punto di riferimento di quei giovani che, insieme a lui, costituivano il nucleo fondativo di una «scuola» civilistica (finalmente) anche (ma non solo) di genovesi, radunati, logisticamente, nei locali dell'Istituto di diritto privato in Via Balbi 30<sup>34</sup>.

Un dato statistico balza agli occhi con grande evidenza: dopo la scomparsa di Antonino D'Angelo (classe 1914), l'insegnamento del diritto civile a Genova fu assunto da professori poco più che trentenni, probabilmente un *unicum* nel contesto universitario italiano di quel periodo. La giovane età dei civilisti che insegnavano a Genova (Trimarchi, nato nel 1934 e Rodotà, nato nel 1933; successivamente Mario Bessone, nato nel 1940) spiega, probabilmente, quel «salto» metodologico su cui si è costruita una scuola con caratteristiche peculiari e anticipatrici, per molti aspetti, di quelli che sono oggi temi e metodi della civilistica moderna; i giovani civilisti genovesi (giovani davvero, perché poco più che ventenni!) erano stati educati, già sui banchi dell'Università, con idee nuove, decisamente antidogmatiche e non sempre in linea con la «tradizione»; dialogavano con studiosi (anche loro molto giovani) di altre discipline (Giovanni Tarello<sup>35</sup> su tutti, classe 1934), e si dedicavano a tempo pieno allo studio e alla ricerca, con

---

<sup>33</sup> Sulle conseguenze dei fatti del 1968 anche in relazione all'evoluzione della dottrina civilistica v. anche N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, in partic. p. 65 ss.

<sup>34</sup> Chissà se è vero ciò che scrive, probabilmente a proposito dell'Istituto di diritto privato, E. ROPPO, *Quarto. Onore il padre e la madre. Una pièce minimalista*, in *I dieci comandamenti*, a cura di P. Cendon, Milano, 1991, p. 49: «una stanza di quattordici metri quadrati (ex cucina, con le pareti a piastrelle di ceramica ricoperte da tappezzeria plastificata beige)».

<sup>35</sup> Dopo la chiamata di Stefano Rodotà a Roma, Tarello tenne il corso di diritto civile per un anno, dedicandolo alla proprietà: G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive*, Genova, s.d. (ma 1972).

# JUS CIVILE



quelle sole «distrazioni» che apparivano coerenti con l'atmosfera del tempo. Uno «stile di vita» che, per una sorta di positiva imitazione, gli allievi recepirono dal Maestro<sup>36</sup>; a Genova, finì col costituirsi «una piccola comunità scientifica»<sup>37</sup>; e, nel settore del diritto civile, una scuola, quella di Stefano Rodotà<sup>38</sup>, che formò non solo giuristi, ma anche avvocati, magistrati, funzionari e dirigenti della pubblica amministrazione.

Se tutto ciò è esatto, si può capire perché, come scrive Roppo, la venuta a Genova di Stefano Rodotà fu uno «*choc*»<sup>39</sup>, proprio per il suo «stile» completamente nuovo, anche rispetto a quello (diverso sì, ma altrettanto innovativo per alcuni aspetti metodologici) di Pietro Trimarchi.

Se si volesse individuare un «manifesto» del periodo moderno della civilistica genovese, le «ipotesi sul diritto privato», saggio introduttivo al volume *Il diritto privato nella società moderna*<sup>40</sup>, costuisce il punto di partenza dal quale i giovani civilisti genovesi hanno preso le mosse per le loro successive indagini sul contratto, sulla famiglia, sulla responsabilità, sui rapporti tra diritto privato e diritto pubblico, sul ruolo della giurisprudenza, sull'utilità dell'approccio comparativo.

In quel saggio – profetico e attuale – Rodotà (sviluppando, su questo, spunti già contenuti nella prolusione maceratese del 1966<sup>41</sup>) identifica i punti cardine del nuovo diritto privato<sup>42</sup>, av-

---

L'interazione con i filosofi del diritto genovesi (anche con gli allievi di Tarello: Giorgio Rebuffa, Riccardo Guastini) fu importante per i giovani civilisti di quegli anni: v., significativamente, G. ALPA, *Premessa*, in G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Bari, 1996, p. VII.

<sup>36</sup> Su questo aspetto, intense le parole di G. ALPA, *Il rinnovamento del diritto privato nella società moderna e i compiti del giurista*: gli insegnamenti di Stefano Rodotà, in G. ALPA e V. ROPPO, *Il diritto privato nella società moderna*, Napoli, 2005, p. 15: «Stefano Rodotà è un Maestro singolare: ci ha proposto – certo non imposto – uno stile di vita: la vita intesa come un'avventura intellettuale, che avvolge dimensioni diverse e non si alimenta soltanto dell'impegno scientifico, ma esige l'impegno civile e, se possibile, un impegno istituzionale».

<sup>37</sup> Così scrive, ancora, G. ALPA, *Il rinnovamento del diritto privato nella società moderna e i compiti del giurista: gli insegnamenti di Stefano Rodotà*, cit., p. 22, che indica questi nomi: Mario Bessone, Silvana Castignone, Gianni Ferrara, Carlo Federico Grosso, Franca de Marini, Umberto Morello, Giovanni Tarello, Giovanna Visintini (e, fuori Genova, Giuliano Amato, Sabino Cassese, Federico Mancini, Umberto Romagnoli).

<sup>38</sup> Significativa, sul punto, la testimonianza di M. BESSONE, «Parlare il linguaggio del diritto». Metodo e sistema nell'insegnamento di Stefano Rodotà, in G. ALPA e V. ROPPO, *Il diritto privato nella società moderna*, cit., p. 527: egli parla di professori, avvocati e magistrati della «scuola di Rodotà», della quale sottolinea il positivo impatto su una cultura politica, quella della Genova dei primi anni settanta, «così spesso chiusa nelle armature di una ideologia dura, chiusa e alla fine perdente».

<sup>39</sup> V. ROPPO, *Il viaggiatore curioso. Piccole divagazioni su Stefano Rodotà e dintorni*, in G. ALPA e V. ROPPO, *Il diritto privato nella società moderna*, cit., pp. 619-620: Roppo testimonia sull'impatto che, da studente, determinò il passaggio dalle lezioni istituzionali di Trimarchi a quelle di Rodotà, nel suo corso di diritto civile; «fu, in qualche modo, uno *choc* da scissione e riconversione: perché per un tratto la mia «anima civilistica» fu divisa in due, contestata da opposti richiami, finché Stefano la conquistò. Non senza lasciare qualche lacerazione. Uno *choc* dal quale, forse, non mi sono mai del tutto ripreso...».

<sup>40</sup> S. RODOTÀ (cur.), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971; significativo che il volume, per quanto destinato a trattare del ruolo del diritto privato, ospitasse interventi di filosofi del diritto (Giovanni Tarello, appunto) e di storici (Domenico Corradini).

<sup>41</sup> S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.: ivi si legge (p. 99), tra l'altro, che «L'opera del giurista è nella costante riflessione sulla gran massa dei dati che la realtà sociale,

## JUS CIVILE



vertendo che, in una società nella quale le dinamiche economiche erano profondamente mutate, i civilisti dovevano cambiare radicalmente prospettiva e guardare ai fenomeni oggetto del loro studio in modo diverso dal passato; c'è bisogno di un nuovo metodo<sup>43</sup>, la cui necessità sorge da una ristrutturazione profonda di un diritto privato che deve essere in grado di affrontare le sfide di una società «moderna» (e di un legislatore – allora mi sembra fosse quello l'auspicio di Rodotà – che potesse davvero determinare un'evoluzione in senso riformista del diritto privato).

In definitiva, egli auspica civilisti che, liberatisi del peso di una «tradizione» rimasta attaccata a vecchie sicurezze ideologiche oramai tramontante, prendano atto di alcuni dati incontestabili *i*) la perdita della centralità del codice civile in favore di un'importanza sempre maggiore della legislazione speciale; *ii*) il ruolo primario della Costituzione e dei principi ch'essa ha imposto, innovando, anche alla materia privatistica (con particolare riferimento all'eguaglianza<sup>44</sup> e al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'individuo); *iii*) la legittimazione dell'intervento dei poteri pubblici sulle attività private per la realizzazione di finalità di «utilità sociale» (artt. 41 ss. Cost.)<sup>45</sup>; *iv*) la valorizzazione delle clausole generali, che, pur nate con scopi e finalità differenti, possano divenire strumento per l'attuazione concreta dei principi costituzionali.

Si deve fare, allora, «politica del diritto»<sup>46</sup>, adottando, dichiaratamente, un orientamento

---

le diverse tecniche, le scelte politiche, fanno emergere, e nel loro orientamento secondo un costante disegno, reso palese nella sintesi che la scelta di ciascuno strumento manifesta». O, ancora: «Ideologia e tecnica devono ricongiungersi, reintegrando il diritto nella cultura del suo tempo».

<sup>42</sup> In quegli anni, d'altra parte, il movimento per un nuovo diritto privato trova il suo evento storico: il convegno di Catania del 15-17 maggio 1972 (consacrato all'uso alternativo del diritto privato). Vedasi, su questo e in prospettiva critica, L. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, 2015, in partic. p. 57 ss.; coeva la riflessione sull'insegnamento del diritto privato, in cui il esso diviene “uno dei più significativi angoli di visuale per un'analisi critica della società»: così N. LIPARI, *Presentazione*, in N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1973, p. XXIII.

<sup>43</sup> Forse è proprio il «nuovo metodo» il fattore che identifica il fervore riformista che ha agitato i civilisti negli anni settanta: sul punto C. CAMARDI, *Relazione di sintesi*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 485.

<sup>44</sup> Scrive S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, in S. RODOTÀ (cur.), *Il diritto privato nella società moderna*, cit., p. 15 che, con la costituzionalizzazione del principio di eguaglianza, «cade uno dei pilastri della concezione formalistica del diritto, basata appunto sulla indifferenza per i contenuti reali di ciascuna posizione; e che aveva consentito di guardare al soggetto privato facendo astrazione dal contesto sociale del suo agire, legittimando l'assenza di ogni controllo sulle modalità di esercizio dei poteri formalmente attribuitigli».

<sup>45</sup> La Costituzione, dunque, ha profondamente innovato il diritto privato; «il codice civile è espropriato dei principi generali e incapace di mordere le nuove realtà oggetto delle normative speciali»: ancora S. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, cit., p. 17. Le riflessioni dei civilisti genovesi in materia di utilità sociale e limiti all'autonomia patrimoniale sono confluite nel volume a cura di S. RODOTÀ, *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977; esso era stato preceduto da un G. AMATO, S. CASSESE e S. RODOTÀ (curr.), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, che ospita contributi dei giovanissimi Alpa e Roppo.

<sup>46</sup> E la rivista «Politica del diritto» esce nel luglio 1970, senza indicare «direttori» ma solo collaboratori (e, tra questi, Rodotà, Amato, Tarello, Cassese, Giugni); su questa rivista il gruppo genovese scriverà negli anni successivi saggi, commenti e rapporti sui temi più vari. Va visto, sul punto, G. REBUFFA, *Gli anni Settanta: cultura giuridica e politica del diritto*, in G. ALPA e V. ROPPO, *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Bari, 2013, p. 298 ss. Anche la «Rivista critica del diritto privato» (1983) può essere ascritta a un analogo orientamento culturale; così come, su un versante non strettamente civilistico, la rivista fondata nei primi anni ottanta da Tarello

# JUS CIVILE



«progressista»<sup>47</sup> di analisi critica del diritto privato<sup>48</sup>, basato su una sensibilità non solo interdisciplinare, ma culturale nel senso più ampio del termine: una scienza giuridica che superi le barriere tra le singole materie e che si serva dei risultati delle altre scienze sociali, uscendo così da quell'isolamento dogmatico contro cui i giovani civilisti genovesi degli anni settanta sembrano volersi battere strenuamente, anche adottando nuove tecniche di indagine<sup>49</sup>. La comparazione (con gli ordinamenti, con le culture) diventa una costante negli studi dei giovani civilisti genovesi e, proprio in quegli anni, assume un ruolo importante nei programmi di insegnamento della facoltà giuridica<sup>50</sup>.

Un lavoro difficile<sup>51</sup>, e, va detto, poco astratto e molto concreto, fatto sì di alte vette culturali ma anche di più umili esercizi pratici: ne sono testimonianza viva quelle numerosissime note a sentenza che tutti i collaboratori delle cattedre di diritto civile erano chiamati a redigere (anche immediatamente dopo la laurea) non solo come utile esercizio d'apprendimento, ma anche come metodo per verificare, per così dire sul campo, i problemi concreti del diritto privato e le soluzioni che, di volta in volta, erano offerte dalla pratica giurisprudenziale<sup>52</sup>. Una verifica sul cam-

---

«Materiali per una storia della cultura giuridica». Non mancano contributi dei civilisti genovesi anche in «Democrazia e diritto», rivista gravitante nell'orbita del PCI.

<sup>47</sup> Scrive G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, pp. 90-91: «è in quest'ambito che si colgono i frutti del lavoro svolto a Genova sulla base dell'insegnamento di Pietro Trimarchi, Stefano Rodotà, Giovanni Tarello. In quegli anni in cui l'insegnamento del diritto privato era affidato a Mario Bessone, Giuseppe Sbisà e a Giovanna Vissintini, si forma a Genova un cenacolo di giuristi per così dire progressisti, critici della tradizione dogmatica e proiettati nel futuro». Più in generale, negli anni settanta si respira un clima in cui i civilisti sembrano investiti da nuove sensibilità sociali e politiche: si rinvia, sul punto, alle considerazioni acute di L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., in partic. p. 18 ss.

<sup>48</sup> Un'applicazione significativa di queste nuove sensibilità metodologiche è rappresentata da G. ALPA, *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, Torino, 1994 (con capitoli dedicati, tra l'altro, al diritto privato in prospettiva storica, alle regole giurisprudenziali, all'arbitrio dell'interprete, alle ideologie del diritto privato).

<sup>49</sup> Scrive G. ALPA, *Introduzione*, in G. ALPA (a cura di), *Lo spirito del diritto civile*, I, Genova, 1984: «nei corsi tenuti da Mario Bessone si è cercato di coniugare le due esigenze, affrontando un settore del diritto civile con teniche nuove di indagine, mutate dall'analisi economica del diritto e dal diritto comparato. Ed io stesso mi sono collocato su questa via».

<sup>50</sup> Emblematico, in questo senso, il volume a cura di V. TEDESCHI e G. ALPA, *Il contratto nel diritto nord-americano*, Milano, 1980. Lo stesso Guido Alpa ha insegnato prima diritto privato comparato (dal 1985 al 1990), poi sistemi giuridici comparati a Genova tra il 1991 e il 1995 (successivamente, per lungo tempo, diritto anglo-americano) e ha fondato una importante scuola di comparatisti (fra i genovesi: Andrea Fusaro, Alessandro Somma, Fabio Toriello). Di quei corsi di sistemi giuridici comparati, è rimasta la ricca raccolta di *Materiali*, pubblicati ad uso degli studenti, arricchiti anno dopo anno, che offrivano, in un'epoca nel quale l'accesso alle fonti non era facile come oggi, la possibilità di accedere direttamente a documenti altrimenti difficilmente reperibili (ancora di G. ALPA, *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, 1995; nella *Premessa*, molte informazioni utili sullo studio della comparazione a Genova in quegli anni).

<sup>51</sup> La difficoltà – che nasce dai «mutamenti quantitativi e qualitativi» dell'indagine privatistica – è evocata in S. RODOTÀ, *Le difficili vie della ricerca civilistica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 3 ss.

<sup>52</sup> Scrive G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 92: «Ma il rapporto stretto con il diritto vivente induce tutti i collaboratori della Scuola genovese a partecipare a un enorme lavoro di annotazione delle sentenze, per saggiare da un lato l'utilità delle tesi proposte e dall'altro per verificare nella quotidiana amministrazione della giustizia la rispondenza dei testi normativi ai problemi posti da una società sempre più complessa». Anche gli studenti dei corsi di

## JUS CIVILE



po può attestare quanto appena osservato: nel *Repertorio del Foro italiano*, 1972, alla voce *Contratto in genere*, nella Bibliografia compaiono: 4 note di Mario Bessone, 2 di Guido Alpa, 4 note di (Vinc)Enzo Roppo, 4 note di Maria Rosa Spallarossa, 2 note di Francesco Prandi (per un totale di 16 indicazioni bibliografiche su 55 indicate in quell'anno: quasi il 30% del totale<sup>53</sup>). Senza contare, poi, ulteriori note in altri settori dei medesimi autori e nello stesso anno (soprattutto in tema di responsabilità civile); una produzione – forse si direbbe «minore» – che ancora oggi è frequentemente citata e che, in quel periodo, creò una sorta di etichetta – genovese, appunto – destinata in poco tempo ad essere conosciuta sul piano nazionale.

Un lavoro di gruppo, che si manifestava, assai più spesso di quanto allora si era soliti fare, in saggi, note o volumi collettanei, nei quali, accanto ai profili storico-comparativi, le motivazioni delle decisioni dei giudici svolgevano un ruolo centrale, in una dichiarata prospettiva di dialogo con gli operatori del diritto<sup>54</sup>.

Su queste basi, nel corso degli anni settanta e fino ai primi anni ottanta, l'interesse dei civilisti genovesi si è esteso a tutte le aree del diritto privato, colto soprattutto nella suo divenire; accanto a una vera e propria ossessione per il contratto<sup>55</sup> (ma inteso soprattutto nella sua dinamica

---

diritto civile venivano chiamati a svolgere attività seminariali sugli orientamenti giurisprudenziali, esposti e commentati nel volume a cura di M. BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 1975 (e successive edizioni); questa attenzione alla giurisprudenza è proseguita anche negli anni successivi (fu il volume di G. ALPA, *Giurisprudenza di diritto privato*, Torino, 1990, I-II, che a me studente del suo corso di istituzioni di diritto privato fece comprendere l'importanza, e se si vuole la bellezza, del diritto civile: le annotazioni delle decisioni riportate, ricchissime di riferimenti storico-culturali, parevano costruite proprio con lo scopo di indurre nel lettore, per quanto inesperto, una feconda curiosità intellettuale).

<sup>53</sup> Nel 1973, il *Repertorio del Foro italiano*, *Contratto in genere*, indica: 4 note di Alpa, 2 di Roppo, 2 di Bessone, 2 di Di Paolo, 1 di Prandi: 13, su un totale di 58. Nel *Repertorio del Foro italiano*, 1974, nell'indice degli Autori a Bessone sono attribuiti 16 contributi, 9 a Alpa, 4 a Roppo, 3 a Ferrando, 8 a Prandi.

<sup>54</sup> Scrive M. BESSONE, *Prefazione*, in G. ALPA (a cura di), *L'interpretazione del contratto. I – orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milano, 1983: «Il metodo seguito è ormai tipico, per i lavori che l'Istituto di diritto privato dedica agli operatori (studenti, docenti, avvocati, magistrati, notai): si muove dalle origini storiche delle norme, si organizzano i materiali relativi ai contributi dottrinali, soprattutto si esaminano le motivazioni delle sentenze».

<sup>55</sup> Non c'è area, nell'ambito del contratto, che non sia stata oggetto di interesse dei civilisti genovesi; ciò sia con studi di carattere monografico che con opere di carattere generale [la prima in ordine cronologico: E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977: con uno stile chiarissimo, con un metodo certamente innovativo, Roppo è qui un po' allievo di Trimarchi (nello stile, nell'analisi della disciplina) e un po' di Rodotà (nei frequenti richiami alla storia, all'economia, alla politica). Un elenco completo delle opere dei genovesi sul contratto, almeno in questa sede, appare superfluo [per le opere generali, in tempi più recenti: V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001 (e 2011), G. ALPA, *Fonti, teorie, metodi*, nel *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Il contratto in generale*, Milano, 2014]. La reazione alla prima monografia della scuola genovese in materia contrattuale – M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969 – fu incoraggiante; nella recensione comparsa sulla Rivista di diritto civile a firma di C.M. BIANCA, *Recensione a Bessone*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 620 ss. si legge un apprezzamento proprio sul metodo utilizzato: «Ma l'importanza del lavoro deve essere vista soprattutto nella validità di un metodo che muove dall'obiettiva analisi dei dati reali del fenomeno e dell'ordinamento. La ricerca rifugge, così, da sterili esercitazioni sulla norma scritta per cogliere le istanze pratiche che recalamano la regola giuridica e il quadro sociale in cui questa assume la sua effettiva misura» (ivi, p. 624). Ancora: «L'indagine del B. rompe ulteriormente con una certa tradizione quando riconosce apertamente l'esigenza di specificare tecniche e criteri di soluzione» (ivi, p. 625). Sulla monografia di Bessone v. F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., pp. 158-159: l'indagine di Bessone, scrive Macario, «è sufficientemente emblematica della dissoluzione del metodo dogmatico



economica<sup>56</sup> e nel contesto dei rapporti, anche diseguali, legati all'espansione del mercato<sup>57</sup>, la responsabilità civile<sup>58</sup> è stata indagata, proprio alla luce di quei suggerimenti di Rodotà nel saggio del 1971, nella prospettiva costituzionale, aprendo a quella nuova stagione che, inaugurata con la notissima giurisprudenza genovese sul danno biologico<sup>59</sup>, ne ha totalmente rivoluzionato le regole attraverso la valorizzazione dei principi costituzionali (senza contare, poi, i pionieristici studi in materia di responsabilità del produttore, fattispecie «importata» dagli ordinamenti stranieri anche grazie a questi primi lavori genovesi<sup>60</sup>; o, ancora, i primi studi sulle nuove tecnologie e sui nuovi *media*, nel loro impatto sui diritti della persona<sup>61</sup>). Non poteva mancare una profonda riflessione sulla proprietà – terreno su cui l'incontro-scontro tra Costituzione e codice civile si fa, proprio in quegli anni, intenso e problematico – studiata soprattutto in relazione agli

---

tradizionale, nell'ambito di una scuola – quella genovese, in cui aveva lasciato segni profondi Stefano Rodotà – non immune da autorevoli e avvincenti sollecitazioni giusrealiste (...). Coeva la monografia di U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969 (più vicina alle sensibilità di Trimarchi, ma anch'essa distante dal dogmatismo). Sulle monografie di Alpa e Roppo – anno 1975 – si dirà in nota successiva.

<sup>56</sup> Centrale, in questo, la riflessione sulla causa (soprattutto nel suo rapporto con l'operazione economica), che, a partire dalla monografia di Bessone, coinvolge negli anni successivi i giovani allievi di Rodotà: v. ad es. G. ALPA, M. BESSONE e E. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982. Nella pagina di presentazione del volume (non firmata, dunque attribuibile a tutti e tre gli autori), merita di essere segnalato questo passaggio: «Per gli autori, si tratta di scritti che appartengono ad una fase oramai conclusa del loro itinerario scientifico: ma la consapevolezza di ciò non vale a dissolvere un velo di nostalgia per tanti momenti di lavoro comune, per tante ore trascorse insieme». A questo filone va ascritta anche la voce M. BESSONE e AND. D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 326 ss.

<sup>57</sup> Scrive G. ALPA, *Fonti, teorie, metodi*, cit., pp. 200-201 che l'analisi della Scuola genovese investe: «il contratto nelle attività di impresa, il contratto come strumento di organizzazione societaria, il contratto come strumento di distribuzione di beni e servizi tra imprese e ai consumatori, il contratto come tecnica di comunicazione informatica, il contratto come strumento di trasferimento della proprietà e degli altri diritti reali, il contratto come tecnica di dissociazione tra tirolarità e gestione di beni, il contratto come tecnica di sanzione, il contratto come strumento di investimenti finanziari, il contratto come strumento di garanzia, il contratto come strumento di risoluzione dei conflitti».

<sup>58</sup> Alla responsabilità civile è dedicato lo studio di G. ALPA, *Profili di tipicità e atipicità dell'illecito*, Milano, 1977 (ma v. anche G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1976). In questo settore, un'analisi attenta agli orientamenti giurisprudenziali ha visto e vede in Giovanna Visintini una protagonista, sul piano nazionale e internazionale.

<sup>59</sup> Trib. Genova, 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 74, con nota di M. BESSONE ed E. ROPPO, *Lesione dell'integrità fisica e «diritto alla salute»*. Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona (seguita poi da altre decisioni degli anni successivi). Su questo tema, va visto G. ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 1987.

<sup>60</sup> Il riferimento è a G. ALPA e M. BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milano, 1976.

<sup>61</sup> S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973 (poi anche G. ALPA, *I contratti di utilizzazione dei computer*, Milano, 1984). Questo filone, in un'ottica più generale, è stato ripreso nelle indagini sulla persona, sulle differenze, sui nuovi diritti, sui nuovi mezzi di comunicazioni: a mero titolo di esempio, vedasi G. ALPA, *Status e capacità*, Bari, 1991; V. ROPPO (a cura di), *La televisione tra autonomia e controlli*, Padova, 1995; o, ancora, le note di G. ALPA e V. ROPPO a Cass. civ., 18 ottobre 1984, n. 5259 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, p. 215 e p. 218). Sempre in relazione al diritto delle comunicazioni di massa, negli anni ottanta esso è oggetto di alcuni interventi di Roppo: E. ROPPO, *Un «diritto dei mezzi di comunicazione di massa»?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, I, p. 75 ss. (da cui è scaturito il successivo volume – raccolta degli atti di un convegno genovese del 1984 – *Il diritto delle comunicazioni di massa: problemi e tendenze*, Padova, 1985).

# JUS CIVILE



impatti di quella legislazione urbanistica interventista che, proprio tra negli anni sessanta/settanta, aveva determinato alcune importanti decisioni della Corte costituzionale<sup>62</sup>.

Anche il nuovo diritto di famiglia, ancora a Genova, è stato oggetto dei primi studi che ne approfondivano problemi e impatti applicativi<sup>63</sup>; e, in questo settore, la propensione dei civilisti genovesi verso la riforma, anzi verso le riforme, nasce, ancora, dalla necessità di rendere coerente il diritto privato con una Costituzione attuata troppo tardi e con una società in rapido mutamento; più in generale, un ritorno al diritto di famiglia si colloca pienamente in quel fermento politico culturale che, negli anni settanta, ha prodotto importanti (e discusse) riforme, in corrispondenza, notoriamente, di un periodo politicamente complesso nel quale la partecipazione del principale partito di opposizione alla maggioranza di governo, però, aveva determinato una importante serie di innovazioni legislative su temi cruciali.

Oltre a questo, va segnalata l'attenzione, anch'essa prefiguratrice dei tempi in cui viviamo, ai nuovi problemi delle fonti del diritto<sup>64</sup>, legate all'attuazione dell'ordinamento regionale o alla dimensione europea che, proprio in quegli anni, iniziava a delineare le sue potenzialità<sup>65</sup>; o, ancora, al «diritto privato dei consumi» che, proprio negli anni settanta, fu per così dire sdoganato dalle riflessioni dei giovani civilisti genovesi che, fin dalle loro prime monografie, pur muovendo da settori d'indagine differenti, iniziarono a interrogarsi attorno alla debolezza dei consumatori/aderenti, con nuovi spunti ricavati dalla comparazione e dell'analisi economica del diritto<sup>66</sup>. Riflessioni che, nei decenni successivi, sono state determinanti nell'ispirare quella teorica del

---

<sup>62</sup> Su cui G. ALPA e M. BESSONE, *Il privato e l'espropriazione*, Milano, 1984 (a questo filone può ascrivere anche l'interesse per il diritto dell'ambiente: si v., ad es., M. BESSONE ed E. ROPPO, *Strumenti di intervento amministrativo e «common law remedies» per una politica di tutela dell'ambiente*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 127 ss.).

<sup>63</sup> M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO e G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto. Dai principi della Costituzione alla riforma del codice civile*, Bologna, 1977 (che segue a M. BESSONE, Art. 29-31, nel Comm. Cost., a cura di G. BRANCA, *Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976). Al diritto di famiglia è dedicata anche la seconda monografia di E. ROPPO, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981. Negli anni successivi, a Genova il diritto di famiglia è diventato l'oggetto prevalente degli interessi di Gilda Ferrando, che ne ha fatto oggetto di una vasta produzione scientifica. In questo filone, ancora, E. ROPPO, *La questione dell'aborto*, in *Dem. dir.*, 1981, p. 99 ss.:

<sup>64</sup> Il problema del diritto privato di fonte regionale fu per la prima volta, almeno tra i civilisti, posto da G. ALPA, *Diritto privato e legislazione regionale*, in *Impr. Amb. P.a.*, 1979, p. 219 ss.; curiosamente, ma non troppo, lo stesso tema, dopo la riforma del Titolo V, è stato ripreso da V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 11 ss. e, ancora, da G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contr. impr.*, 2002, p. 597.

<sup>65</sup> La questione del diritto privato europeo, e del codice civile europeo, è stata oggetto di un convegno tenutosi a Genova nel 2004 i cui atti sono stati raccolti da V. ROPPO, *A European Civil Code? Perspectives & Problems*, Milano, 2005.

<sup>66</sup> Basta vedere, sul punto, le due coeve monografie di G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, 1975 e di E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975: due studi confrontando i quali si può constatare l'identità dei metodi e l'affinità dei temi, segno palese dell'esistenza di un «scuola» nel contesto della quale due giovani non ancora trentenni possono svolgere la loro attività di ricerca in modo per così dire coordinato, o, comunque, ispirato da metodi condivisi e finalità comuni. Sui consumatori, basta vedere: G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977; E. ROPPO, *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 701 ss..



«contratto asimmetrico» proposta da Roppo<sup>67</sup> per riordinare un diritto dei contratti uscito stravolto dall'impatto della legislazione protettiva degli anni novanta; un contratto del nuovo millennio<sup>68</sup>, che in molte sue caratteristiche fuoriesce dal modello del contratto del codice civile, proiettandosi verso un nuovo paradigma i cui tratti distintivi sono ancora tutti da individuare.

Le clausole generali – sviluppando, anche su questo, le intuizioni di Rodotà – sono tema centrale nella riflessione dei civilisti genovesi, sia in prospettiva più generale (con gli studi di Giovanna Visintini e del suo gruppo<sup>69</sup>), sia in un'ottica più legata alla dinamiche del diritto dei contratti e delle obbligazioni (filo conduttore del lavoro di Andrea D'Angelo<sup>70</sup>).

Se, infine, si guarda alla letteratura giuridica di carattere più generale, la presenza dei civilisti genovesi assume negli anni un peso sempre maggiore nella manualistica universitaria<sup>71</sup>, nella trattatistica (quest'ultima soprattutto dedicata al contratto<sup>72</sup>), nella fondazione<sup>73</sup> o nella direzione di riviste scientifiche nazionali o straniere, nell'attiva partecipazione al dottorato pisano di diritto privato, che grande importanza ha avuto nella formazione dei civilisti contemporanei.

Anche lo «stile» di scrittura, a ben vedere, presenta tratti comuni, con una forte predisposizione alla chiarezza e all'analiticità, fattori ritenuti indispensabili per rendere il ragionamento giuridico comprensibile (e verificabile) a chiunque vi si accosti; anche i «contenuti» (per esempio, degli studi di carattere monografico ascrivibili alla scuola genovese moderna) rispondono a un approccio «per problemi»<sup>74</sup>, distante anni luce dagli antichi dogmatismi<sup>75</sup>, funzionale, mi pa-

---

<sup>67</sup> V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 ss.; *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss.; *Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *ERCL*, 2009, 304.

<sup>68</sup> V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2001 (con particolare riferimento alle pagine introduttive).

<sup>69</sup> Due titoli tra i tanti: G. VISINTINI, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988 e L. CABELLA PISU e L. NANNI, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998.

<sup>70</sup> Due titoli: AND. D'ANGELO, *La buona fede*, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, IV\*\*, Torino, 2004 e AND. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992. A questi può aggiungersi, segno di un grande interesse per la storia del diritto civile, *Promessa e ragioni del vincolo. I. Profilo storico e comparativo*, Torino, 1992 (e *Le promesse unilaterali*, ne *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Artt. 1987-1991, Milano, 1996).

<sup>71</sup> Un elenco non esaustivo delle prime edizioni: V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1994 (poi *Diritto privato*, Torino, 2010); G. ALPA, *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino, 1985; M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2004.; G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Padova, 2005.

<sup>72</sup> V. ROPPO (dir.), *Trattato dei contratti*, I-VI, Milano, 2006; V. ROPPO (dir.) e A.M. BENEDETTI (condir.), *Trattato dei contratti*, I-V, Milano, 2014. A questi si aggiunga, sul piano più generale, il *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone.

<sup>73</sup> Nel 2010, è stato fondato l'*Annuario del contratto*, diretto da V. Roppo e And. D'Angelo.

<sup>74</sup> Un approccio ben descritto da V. ROPPO, *Presentazione*, nel *Trattato del contratto*, cit., p. VIII-IX; egli ne parla, certamente, a proposito del Trattato del contratto, ma, sostanzialmente, è il medesimo approccio che contraddistingue la sua più recente produzione scientifica, e quella dei suoi allievi. «Punto di partenza sono i problemi; punto di arrivo la soluzione di problemi»; non è solo uno slogan, a un programma metodologico, dietro il quale c'è un'idea ben precisa sul ruolo e sui compiti del civilista moderno.

# JUS CIVILE



re, a un recupero del ruolo del giurista, la cui riflessione non può essere fine a sé stessa, ma deve avere una qualche «utilità» collettiva, e, cioè, concorrere alla formazione delle regole in un dialogo fecondo con gli altri operatori del diritto.

Un quadro davvero ricco e suggestivo, che qui si è potuto solo tratteggiare a grandi linee; la bussola del diritto civile<sup>76</sup>, però, non si è persa, né vi è stata quella sorta di mutazione che, talvolta, affligge i civilisti, quando, come inappagati dall'oggetto dei loro studi, assumono le vesti di economisti, filosofi, storici, teologici, letterati etc.

I civilisti genovesi, formati tra la fine degli anni sessanta e l'inizio degli anni settanta, sono rimasti civilisti, non sono diventati qualcos'altro; più semplicemente, non hanno voluto essere rinchiusi in un soffocante recinto dalle mura invalicabili; quelle mura sono riusciti ad abatterle.

Il periodo moderno, che dura tuttora, si è svolto e si svolge all'insegna di un nuovo metodo e di un nuovo diritto privato; scuola di Rodotà (nella sue varie articolazioni, che hanno oltrepassato i confini genovesi e, per certi aspetti, anche quelli nazionali), scuola di Giovanna Visintini; contaminazioni reciproche e lasciti che si sono trasmessi anche alle generazioni più giovani dei civilisti genovesi (e non solo), oramai distanti da quel fermento culturale e politico, probabilmente irripetibile, che caratterizzava gli anni settanta, ma formati su quel diritto, con quel metodo e, soprattutto, con i protagonisti, divenuti Maestri, di quella esaltante stagione.

5. – Scuola moderna, sì; e perché no, «modernista». Quest'ultimo aggettivo non ha mai goduto di buona fama, e, anzi, nel contesto della storia della Chiesa cattolica, il «modernismo» è stato ufficialmente condannato da un Pontefice, Pio X, il quale, con l'Enciclica *Pascendi Dominici Gregis* (1907), ne aveva individuati i tratti distintivi: una delle sue accuse maggiori era proprio di carattere metodologico, essendo i modernisti, a suo dire, un po' teologi, un po' filosofi, un po' storici, al punto da minare quella purezza che avrebbe dovuto contraddistinguere lo studio teologico.

Se questo è «modernismo», forse per i civilisti genovesi allievi di Rodotà l'accusa di Papa Sarto potrebbe rivelarsi esatta, agli occhi, non troppo benevoli, di qualche conservatore del vecchio rito; ma così come il «modernismo» ecclesiastico, prima condannato severamente, divenne poi dottrina dominante nella e della Chiesa (il che avvenne, in modo clamoroso, con l'elevazione al soglio pontificio di Angelo Roncalli – Giovanni XXIII – e del Concilio Ecume-

---

<sup>75</sup> Secondo G. ALPA, in P. CAPPELLINI e B. SORDI, *Codici. Un riflessione di fine millennio*, Milano, 2001, la stagione della dogmatica, proprio grazie ai nuovi capitoli di storia della cultura giuridica del diritto civile, è «definitivamente sepolta».

<sup>76</sup> Basti riflettere sulla già evocata attenzione all'insegnamento del diritto privato e ai suoi strumenti di apprendimento istituzionale: scrive, a proposito dei volumi di istituzioni, M. BESSONE, *Scienza, didattica, editoria*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 1491 ss., in partic. p. 1501: «(...) per essere libro di utile insegnamento deve continuare ad essere fortemente nozionistico oltre che lontano da qualsiasi incerto sociologismo».

## JUS CIVILE



nico Vaticano II ch'egli, attuando il modernismo cui da ragazzo aveva certamente aderito, decise di indire), le «eresie» dei civilisti genovesi sono divenute (e in tempi piuttosto rapidi) patrimonio comune della civilistica italiana.

Ma se, nei capricciosi corsi e ricorsi storici, furono poi i modernisti a vincere la partita interna alla Chiesa cattolica, anche i giovani civilisti genovesi di allora – che magari allora erano parsi a qualcuno un po' eretici e stravaganti – hanno vinto la partita del diritto civile, se è vero, come mi pare indiscutibile, che metodi e temi a loro cari sono divenuti, oggi, parte integrante del DNA dei civilisti di oggi, o, almeno, della loro parte più culturalmente sensibile.

C'è un *trait d'union* tra la scuola arcaica e quella moderna: quella «vocazione civile»<sup>77</sup> che, dalla fine dell'ottocento ad oggi, sembra contraddistinguere l'impegno dei civilisti genovesi e che, c'è da augurarselo, possa rimanere, anche nel futuro, un segno distintivo dei giuristi che, per le misteriose vie dell'apprendistato scientifico, proveranno a seguire le orme dei protagonisti di allora.

---

<sup>77</sup> Evocata nel titolo della raccolta di saggi dedicati a Rodotà (G. ALPA e V. ROPPO, *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Bari, 2013). Se si guarda agli impegni istituzionali dei civilisti genovesi, oltre alla lunga militanza politico-parlamentare di Rodotà, Roppo è stato consigliere regionale della Liguria per una legislatura e consigliere di amministrazione della RAI; Bessone è stato assessore al Comune di Genova, commissario della CONSOB e dell'Autorità di vigilanza sui fondi pensione, componente del CSM; Alpa è stato, in anni più recenti, consigliere dell'ISVAP e Presidente del Consiglio Nazionale Forense. Tutti sono stati componenti di Commissioni ministeriali per la predisposizione di riforme legislative nei più diversi settori.



LUCA NIVARRA

Professore ordinario di diritto civile – Università di Palermo

## IL DIRITTO CIVILE A PALERMO: ECCEZIONE O PARADIGMA?<sup>1</sup>

1. – Esistono, a mio avviso, tre possibili modi di atteggiarsi di una sede universitaria in rapporto alla “scuola”, o alle “scuole” che trovano in essa il loro riferimento territoriale: monocefalo, pluricefalo o acefalo. Infatti, vi sono sedi che ospitano una pluralità di “scuole” (caso classico, Roma, con le “scuole” di Nicolò e Santoro Passarelli); oppure sedi che ospitano una sola scuola (caso classico, Messina, con Pugliatti prima, Falzea poi e, infine, Scalisi); e sedi che non ospitano nessuna scuola (questo è il caso di Palermo, almeno fino ad un certo punto della sua storia, di cui, appunto, sono chiamato ad occuparmi in questa occasione).

Non sono in grado di affermare se l’acefalia palermitana sia un *unicum* nel panorama nazionale: non mi pare, però, che, almeno tra le sedi maggiori (in senso puramente quantitativo) vi siano esempi paragonabili a quello del capoluogo siciliano. L’Ateneo palermitano ha una storia recente (esso viene fondato solo nel 1779) e, nel corso dell’Ottocento, si succedono, negli insegnamenti civilistici, figure decisamente minori, che non hanno lasciato traccia di sé se non negli Annuari dell’Università<sup>2</sup>. Tuttavia, agli albori del nuovo secolo, Palermo incrocia il percorso accademico di una personalità davvero eminente di giurista (alludo a Giuseppe Messina), la quale ha lasciato un segno indelebile negli studi di diritto civile e che ebbe come allievi due figure, a loro volta, notevolissime di studiosi, ovvero Salvatore Pugliatti e Gioacchino Scaduto. Sulla carta, quindi, Palermo e Messina, per usare un’immagine sportiva, partivano alla pari: e, tuttavia, almeno per quello che riguarda il diritto privato, le due sedi imboccano strade così tanto diverse da incarnare, alla fine, due distinti modelli della mia elementare tassonomia: quello monocefalo e quello acefalo.

Perché sia accaduto questo non è difficile da spiegare giacché la risposta si trova nella parabola di Scaduto: uno studioso di prim’ordine, come ho già detto, ma che presenta due caratteristiche davvero singolari: la prima, di essere scomparso dal dibattito scientifico alla vigilia dell’entrata in vigore del codice civile del 1942<sup>3</sup>; la seconda, di non avere avuto allievi, nel sen-

---

<sup>1</sup> Intervento svolto dall’Autore nell’ambito del Convegno organizzato dall’Associazione Civilisti Italiani presso l’Università di Roma La Sapienza il 21-22 ottobre 2016 sul tema: “*Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi e tematiche*”.

<sup>2</sup> Per un quadro d’assieme A. GALASSO, *Civilisti professori*, in *La facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Palermo*, Palermo, 2007, 189 s.

<sup>3</sup> Rinvio a L. NIVARRA, *Scaduto Gioacchino*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, 2013, 1816-1817.

## JUS CIVILE



so tradizionalmente accademico del termine, ovvero studiosi più giovani ai quali il Maestro trasmette un insegnamento di metodo (e questo Scaduto lo ha fatto, nel senso che di certo egli è stato a lungo l'unico civilista palermitano in possesso di un profilo culturale sufficientemente definito, in grado, pertanto, di influenzare *naturaliter* chi venisse a contatto con lui) ma dei quali, anche, si fa carico, in un modo o nell'altro, sul piano della "carriera". Si consideri, infatti, che quando alla fine degli anni '60 Scaduto lascia il servizio attivo, gli unici ordinari palermitani di materie civilistiche sono Salvatore Puleo e Salvatore Orlando Cascio, che di Scaduto erano allievi, ma che erano stati inquadrati, come straordinari, nei ranghi dell'Università dall'amministrazione americana nel 1943. Un altro dato molto significativo, è rappresentato dalla circostanza per cui, sempre all'epoca del pensionamento di Scaduto, i suoi due allievi più anziani hanno pubblicato, complessivamente, tre monografie di sicura collocazione civilistica: due, Puleo (*La cessione del contratto*, che addirittura risale al 1939 e i *Diritti potestativi* del 1959) e una Orlando Cascio (*L'estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*, uscita nell'ormai lontano 1938)<sup>4</sup>.

A mio avviso già questi pochi dati valgono ad avvalorare la tesi dell'acefalia di Palermo, ovvero di una sede nella quale è presente un potenziale caposcuola il quale, però, per ragioni che con ogni probabilità hanno a che vedere con la sua biografia (Scaduto, come è noto, ebbe una vita pubblica piuttosto intensa e movimentata, dentro e fuori l'Università), si sottrae al compito di fondare una scuola, sia interrompendo precocemente la sua, fino ad allora, ragguardevole attività scientifica, sia collocandosi ai margini dei processi di selezione delle nuove leve accademiche (non sono in grado di dire se tra le due cose sussista un rapporto di causa ed effetto, anche se, a naso, mi sentirei di escluderlo).

La doppia eclissi scadutiana (quella scientifica e quella accademica) tiene fuori Palermo dal moto di rinnovamento della civilistica italiana sviluppatosi a partire dall'entrata in vigore, a distanza di pochi anni, prima del nuovo Codice civile e poi della Costituzione repubblicana: un moto inizialmente lento ma che poi acquista sempre maggiore velocità, sino a culminare nella stagione del disgelo costituzionale (anni '60) e in quella della contaminazione della scienza giuridica con saperi confinanti ma fino a quel momento, salvo alcune eccezioni memorabili (si pensi ad Ascarelli), tenuti dal giurista classico a debita distanza. (economia, storia, filosofia, sociologia) e che trova nella definitiva archiviazione del dogma della dichiaratività dell'interpretazione e della neutralità dell'interprete il suo suggello più alto (anni '70). Orbene, se all'esito di questo processo (che si dipana per quattro decenni, quelle del silenzio di Scaduto), la nostra cultura giuridica appare profondamente modificata, non nel senso di un generico e triviale antifor-

---

<sup>4</sup> È opportuno precisare che le due figure non sono perfettamente sovrapponibili. Infatti, mentre Orlando Cascio era una personalità molto proiettata al di fuori dell'Università, in un coacervo di attività professionale e radicamento negli ambienti politici locali, Puleo, che aveva studiato in Germania e la cui monografia sulla cessione del contratto aveva ispirato le scelte in materia del legislatore del '42, fu attivo, in una certa misura, anche sul piano della politica universitaria: ad es., a lui si deve l'incarico di Diritto industriale ottenuto da Pietro Barcellona a Palermo a cavallo delle due metà degli anni '60.

# JUS CIVILE



malismo, ma di un formalismo che conosce e si fa carico della complessità del reale (dunque, un formalismo che esce da se stesso e si misura con una serie di variabili esterne al sistema ricevuto, non per abbandonare il sistema ma per integrarlo), la civilistica palermitana si presenta con il volto della tradizione, ossia con quello di un formalismo, e di una scienza giuridica, che si pretendono autofondati e autolegittimati. Per carità, stiamo parlando di una tradizione nobilissima, depositaria di un tecnicismo raffinato e sapientemente amministrato, di cui le opere che gli studiosi delle generazioni più giovani vengono pubblicando tra la fine degli anni '50 e la fine degli anni '60 offrono limpida testimonianza<sup>5</sup>: e, tuttavia, se si guarda alla mole di studi innovativi venuti fuori in quello stesso torno di tempo da una pluralità di sedi sparse per tutto lo Stivale, è difficile sottrarsi ad una sensazione, se non di arretratezza, quanto meno di ritardo.

2. – Dopo Scaduto, (nel 1923) e Orlando Cascio e Puleo (nel 1943), i primi due palermitani a conseguire la cattedra, rispettivamente di Istituzioni di Diritto privato e di Diritto privato comparato (una novità assoluta) sono, nel biennio 1974-1975, Alfredo Galasso (allievo diretto di Scaduto che, però, come già ricordato, da qualche anno era andato fuori ruolo) e Giovanni Criscuoli (di cui, per varie ragioni, è difficile rintracciare una precisa genealogia accademico-culturale). Galasso, nel quadro della microstoria che sto raccontando, rappresenta una importante figura di transizione, avviando quel processo di distacco dal paradigma scadutiano (caratterizzato, come si è visto, da una doppia eclissi) e, dunque, di superamento dell'acefalia, che verrà a compimento nel corso degli anni '80. Sotto il profilo scientifico, la monografia su *La rilevanza della persona*, vuoi per il suo tema, vuoi per le modalità di svolgimento dell'indagine (a cominciare dalla centralità finalmente riconosciuta al dettato costituzionale), segna una chiara evoluzione del modello culturale avito (di cui lo stesso Galasso aveva fatto eccellente applicazione nella sua precedente monografia sul mutuo), e imperniato sul trinomio formalismo – tecnicismo – giuspositivismo. Sotto il profilo del reclutamento, Galasso è il primo palermitano, si direbbe da sempre, a figurare in una commissione di concorso (quello “nazionale” del 1980, che tiene a battesimo le nuove regole di selezione dei professori ordinari) che assegni la cattedra a due palermitani, Salvatore Sangiorgi e Salvatore (Savino) Mazzamuto.

Per le ragioni che vedremo più avanti, a partire dal concorso dell'80 le sorti della sede palermitana mutano radicalmente. Dal canto suo Galasso, impegnato in politica a sinistra, imboccherà subito dopo la strada di una milizia, prima nelle istituzioni (C.S.M. e poi Parlamento, regionale e nazionale) e poi nella società civile (come esponente di primo piano del fronte antim-

---

<sup>5</sup> Limitandosi a quanti di quei giovani studiosi approderanno in prosieguo di tempo all'ordinariato, vanno ricordate le due monografie di G. CRISCUOLI su *La nullità parziale del negozio giuridico* (1959) e su *Le obbligazioni testamentarie* (1965); quella di A. PALAZZO su *La filiazione fuori del matrimonio* (1965); quella di S. SANGIORGI su *Rapporti di durata e recesso ad nutum* (1965) e, infine, quella di A. GALASSO su *Mutuo e deposito irregolare* (1968).



fia) che lo allontanerà da Palermo, dove farà ritorno all'inizio degli anni '90, in un contesto del tutto inedito rispetto a quello che egli aveva lasciato all'inizio del decennio precedente.

3. – I due vincitori del concorso del 1980, sono personalità molto diverse. Intanto, per ragioni anagrafiche: Sangiorgi è del 1931, Mazzamuto è del 1947. Poi, per ragioni, diciamo così, socio-culturali. Sangiorgi, vicino a Scaduto e a Orlando Cascio, è un tipico esponente della borghesia palermitana delle professioni, per il quale l'Università (cui pure si dedicherà fino al "fuori ruolo", con impegno e alto senso dell'istituzione) prende posto all'interno di una più ampia costellazione di interessi e relazioni. Mazzamuto, al contrario, è, sotto questo profilo, un *outsider*: figlio d'arte solo nel senso che il padre insegna Letteratura italiana alla Facoltà di Lettere, è estraneo all'ambiente dell'avvocatura ed approda a "Giurisprudenza" un po' controvoglia, avendo piuttosto vocazione allo studio della storia. Il suo profilo politico (di militante del P.C.I.) è del tutto nuovo rispetto alle consuetudini di una facoltà, non solo orientata in senso conservatore, ma che da sempre coltiva rapporti privilegiati con il potere locale, cioè con la D.C. Anche il suo percorso culturale è abbastanza eccentrico rispetto all'ambiente palermitano: trascorre due, dei quattro anni curriculari, a Catania, dove entra in contatto con Pietro Barcellona e dove, presso la Facoltà di Scienze politiche (negli anni '70 al centro del vivace dibattito politico e ideologico in corso nel Paese), terrà il suo primo insegnamento di Legislazione del lavoro; inoltre, svolge buona parte del lavoro preparatorio della sua prima monografia alla "Cattolica" di Milano, ciò che gli permette di conoscere Luigi Mengoni e di stringere con Carlo Castronovo (bagherese di nascita) un'amicizia che durerà fino ad oggi.

Dico tutto questo non per puro gusto, come dire, antiquario, ma perché si tratta di elementi che permettono di apprezzare la novità rappresentata, per la civilistica palermitana, dalla "cattedra" di Mazzamuto con il quale, si può senz'altro affermare, finisce il lungo periodo dell'acefalia palermitana. Chiamato a ricoprire la cattedra di Istituzioni di Diritto privato, Mazzamuto, dopo una breve ma intensa permanenza presso la Facoltà di Scienze economiche e bancarie di Siena, torna a Palermo dedicandosi all'ammodernamento istituzionale della Facoltà, prima promuovendo la nascita del Dipartimento di Diritto privato generale e poi rivestendo la carica di Preside per due mandati consecutivi. Tuttavia, la vera presa di distanza dal precedente scadutiano si misura sul terreno concorsuale e su quello culturale. Sotto il primo profilo va ricordato come Mazzamuto sia presente nella Commissione che, nel 1984, conferisce l'ordinariato di Diritto Agrario a Rosalba Alessi, un'allieva di Alfredo Galasso, e come egli abbia sostenuto, sia pure dall'esterno, la candidatura di Antonio Palazzo (allievo di Scaduto) al concorso di prima fascia in Istituzioni di Diritto privato del 1990. Infine, in occasione dell'ultima tornata concorsuale svoltasi secondo le regole del concorso nazionale, Mazzamuto figura tra i membri della Commissione che, nel 1994, conferisce l'ordinariato a Carlo Argiroffi (una figura di studioso appartato ma, per convenzione accademica, riconducibile alla filiera Orlando Cascio – Sangiorgi) e a chi scrive, che di Mazzamuto è il primo (almeno in senso cronologico) allievo.

# JUS CIVILE



Sul piano culturale, la rottura che, attraverso Mazzamuto, si consuma con il formalismo auto-fondato di cui Scaduto era stato interprete eminente e custode inflessibile è, se possibile, ancora più netta. Il tratto maggiormente visibile (già a partire dalla monografia del 1978 su *L'attuazione degli obblighi di fare*) della ricerca mazzamutiana è rappresentato dall'idea che la razionalità del diritto civile non si esaurisca in quella del codice civile ma che possa essere rinvenuta solo a seguito di un'attenta esplorazione dei territori nei quali gli istituti del civile sono presenti, per così dire, *de relato*, ovvero compiono incursioni imprevedute che li spogliano della loro originaria purezza. Da qui, ad es., l'attenzione per il tema della tutela giurisdizionale dei diritti (che rimarrà una costante nell'attività scientifica di Mazzamuto) o per quello del finanziamento agevolato delle imprese, testimoniata da due importanti convegni, quello su *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, svoltosi a Palermo nel 1987 e poi raccolto nel volume di atti licenziato nel 1989, e quello su *Il finanziamento agevolato delle imprese*, svoltosi a Siena nel 1984, e poi raccolto nel volume dal titolo omonimo uscito nel 1987. È opportuno precisare che la posizione di Mazzamuto, se è lontana anni luce da quella, tradizionale, che, nel presupposto di una piena identità di diritto civile e codice civile, viveva il rapporto con quelli che poi furono ribattezzati i “diritti secondi” in termini, per così dire, imperialistici, neppure è assimilabile al paradigma della “decodificazione”, conservando egli una sostanziale fiducia (oggi forse un po' scossa dall'impatto ben altrimenti devastante che sul diritto interno ha avuto la legislazione dell'UE) nella centralità del codice civile, una centralità dinamica e soggetta a continue revisioni, secondo quanto emerso dal migliore dibattito sviluppatosi in ambito privatistico nel corso degli anni '70.

4. – La storia che ho provato a raccontare brevemente si interrompe qui. Non solo perché dell'“oggi” non è mai né facile né opportuno parlare ma fondamentalmente perché, a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, si entra in quella fase di frammentazione dei linguaggi e delle scuole di cui sono responsabili, per un verso, l'ulteriore complicarsi del sistema delle fonti e, per altro verso, il passaggio a modalità di reclutamento su base locale. Tuttavia, mi sembra di avere fornito elementi sufficienti a mettere in luce alcuni aspetti peculiari dell'itinerario di una sede universitaria importante, vuoi per la sua collocazione geografica, vuoi anche per le forme storicamente assunte dall'intreccio con il contesto politico e professionale, che di per sé solo meriterebbero uno specifico approfondimento. A questo riguardo, e all'esito di un discorso per ora solo abbozzato, ciò che si può dire, in via di primissima approssimazione, è che Palermo offre l'esempio di una lunga acefalia cui pone fine soltanto l'avvento sulla scena di una figura di studioso giovane, estraneo al *milieu* locale, per il quale l'Università ha costituito l'impegno primario e non solo un prestigioso corredo accessorio. Può darsi che la vicenda dell'acefalia palermitana, cui succede un assetto monocefalo ad alto tasso di pluralismo, possa fornirci utili indicazioni sul modo di funzionare delle scuole e delle sedi civilistiche nell'Italia meridionale del secolo scorso: ma, ripeto, in questa fase si tratta solo di scandagli preliminari, sicché sul tema dovrò senz'altro ritornare.



MASSIMO FRANZONI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Bologna

## LA SCUOLA BOLOGNESE<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. Bologna e lo Studium. – 2. I tempi più recenti. – 3. Contratto e impresa come ulteriore tappa nella storia della Scuola. – 4. La nuova lex mercatoria.

1. – Il luogo è uno dei criteri con cui individuare le Scuole del diritto. Questo assunto, va da sé, vale per moltissime sedi, e sicuramente per Bologna: la prima città che ha visto la fondazione dell'Università nell'accezione giunta fino a noi, seppure con un significato diverso da quello che aveva in origine<sup>2</sup>. Correva l'anno 1088, Irnerio e Pepo o Pepone, suo maestro, si aggiravano per la basilica di santo Stefano in Bologna, nota per il cospicuo numero di reliquie in suo possesso che la rendevano molto prestigiosa. Secondo una leggenda, non accettata da tutti gli storici, sfogliando qualche pergamena distrattamente appoggiata su qualche inginocchiatoio all'interno della chiesa, con grande stupore, i giureconsulti bolognesi scoprirono che su un lato c'era l'agiografia di un santo, mentre sull'altro c'era un testo che non concordava in nulla con il fronte. Leggendo con maggiore attenzione, scoprirono che il retro riportava frammenti del Digesto.

Qualche secolo dopo, correva l'anno 1888, una apposita commissione, presieduta dal poeta Giosuè Carducci, stabilì che la data dell'inizio della scuola dovesse essere proprio il 1088. Nel 1988, in occasione del novecentesimo anniversario dalla nascita dell'ateneo, l'allora Rettore dell'Università di Bologna, Fabio Roversi Monaco, riunì nel capoluogo emiliano 430 rettori provenienti da ogni parte del mondo, i quali riaffermarono la valenza dell'istituzione universitaria e le sue origini bolognesi.

Forse a non tutti è noto:

– che l'*Alma Mater studiorum*, così si chiama lo Studio bolognese, nasce come *Universitas*, ossia come struttura associativa delle organizzazioni studentesche dei Citramontani (quelle eventualmente riunite in corporazioni degli studenti italiani) e degli Ultramontani (quelle degli studenti transalpini);

---

<sup>1</sup> Intervento svolto dall'Autore nell'ambito del Convegno organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani presso l'Università di Roma La Sapienza il 21-22 ottobre 2016 sul tema: "Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi e tematiche".

<sup>2</sup> Ora si intende Università come sinonimo di pluralità dei saperi studiati nelle scuole, mentre in origine era sinonimo di pluralità dei Paesi di provenienza degli studenti e spesso anche dei professori. Questo vale naturalmente per le Università che hanno seguito il modello bolognese, ossia per le *Universitas* degli studenti, mentre così non è stato per le *Universitas* delle Scuole, secondo il modello parigino de La Sorbona.

# JUS CIVILE



- che gli studenti e i professori formavano una “comitiva”;
- che “immatricolandosi” gli studenti giuravano fedeltà in modo analogo ai membri di una corporazione;
- che fino ai primi del 1400 erano gli studenti ad eleggere un Rettore, che era esso stesso studente;
- che, per pagare i professori, gli studenti facevano una “colletta”;
- che le lezioni erano organizzate retoricamente per *puncta*; tuttora si dice: “il punto della questione”.

Insomma lo Studio bolognese ha influenzato il mondo della cultura, che successivamente sarebbe diventato il mondo della scienza moderna. Forse inconsapevolmente, ha anche influenzato profondamente il linguaggio, anche se ormai solo gli storici sono in grado di risalire alle origini di certe espressioni<sup>3</sup>.

Tornando al luogo in cui si individuano le scuole di diritto e venendo a tempi a noi più recenti, non sottovaluterei il ruolo che hanno svolto due case editrici come Il Mulino e la Zanichelli unitamente alle Edizioni del Foro italiano. La prima con il chiaro intento di costituire una sorta di cenacolo culturale, fisiologicamente affiancata dal mondo universitario, con il quale ha stretto un forte dialogo sia con seminari di studi, che tutt’ora proseguono su temi di costante attualità culturale e scientifica, sia con la pubblicazione di riviste che hanno costituito un solido punto di riferimento per la cultura del nostro Paese. La Zanichelli la segnalerei per la particolare attenzione rivolta al settore giuridico, probabilmente dovuta al fatto che da un certo momento il dott. Federico Enriques, che per diverso tempo è stato allievo del prof. Pietro Rescigno, durante il suo insegnamento bolognese durato dal 1960 al 1970, la ha sapientemente guidata. Ricordo la particolare cura dedicata al commentario al codice civile, fondato da Scialoja e Branca, poi proseguito da Galgano e dai commentari che da questo sono seguiti: in primo luogo il commentario alla costituzione, ed alla parte economica della costituzione in specie, per non tacere del commentario alla legge fallimentare ed altri ancora.

Per concludere sul luogo delle scuole, Bologna è la sede di tre riviste ormai cariche di storia, indiscutibilmente riconosciute dalla comunità scientifiche. Penso alla *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, alla cui direzione si sono succeduti molti importanti giuristi di diverse discipline; a *Giurisprudenza commerciale*, ora diretta da Renzo Costi, che ha inaugurato un tipo editoriale di successo in questo settore; a *Contratto e impresa*, sulla quale mi soffermerò fra breve.

**2.** – Questa premessa vale a giustificare la presenza di una scuola bolognese che ha conservato il proprio ruolo anche nel corso del secolo passato. Mi viene in mente la centralità del di-

---

<sup>3</sup> Ho trovato questi e numerosissimi altri riferimenti in PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007, p. 125 ss.

## JUS CIVILE



battito degli anni successivi alla prima guerra mondiale in punto di regime della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, alla sua influenza avuta nell'ambito degli infortuni sul lavoro ed al ruolo che Giuseppe Osti ebbe in sede di redazione dell'art. 1218 c.c. Mi viene in mente il ruolo che la commercialistica di Ascarelli ha avuto nel dettare le linee di un diritto che non sarebbe mai stato dogmatico nella costruzione degli istituti e nell'approccio con il mondo reale. Così l'idea di distinguere fra debiti di valore e debiti di valuta nell'ambito delle obbligazioni pecuniarie, seppure questa sistemazione non abbia mai trovato una vera e propria base normativa<sup>4</sup>; ugualmente l'idea di ravvisare la vera distinzione fra i contratti di scambio e gli altri nel fondamento associativo, quindi nella comunione di scopo, e non nel più descrittivo carattere plurilaterale, non sempre costante, come accade per le società con due soci o nella cessione del contratto<sup>5</sup>.

Mi viene in mente ancora l'operazione culturale sottesa a «*La giurisprudenza sistematica civile e commerciale*», collana di numerosissimi contributi per i tipi della Utet diretta da Bigiavi che, in un contesto che non presentava particolare interesse per la giurisprudenza, mostrava ai giuristi che oltre alla dogmatica esisteva una diversa prospettiva di analisi che in tanti settori del diritto risolveva i conflitti seguendo un percorso affatto diverso da quello dei concetti. Era una prospettiva che, in tempi molto più recenti, avrebbe suggerito la domanda sul percorso di avvicinamento fra *civil law* e *common law*. Ma c'è di più. In un ambiente fortemente diviso dalle partizioni accademiche, conservate nonostante l'unificazione dei codici operata nel 1942, ipotizzata e realizzata quasi all'improvviso<sup>6</sup>, pensare ad una collana per temi di diritto civile e di diritto commerciale era come lanciare un segnale forte verso l'idea che non esiste un diritto vero, il diritto civile, ed un diritto del fatto, il diritto commerciale<sup>7</sup>, ma che affari e proprietà, *rectius* impresa e proprietà, avrebbero dovuto marciare insieme e di pari passo.

Un'altra svolta importante della scuola bolognese c'è stata negli anni '60 del secolo scorso, quando i maestri del momento, e non soltanto i civilisti, scelsero di abbandonare l'approccio autoreferenziale della scuola romanistica che avrebbe portato a un certo dogmatismo, influenzato dalla pandettistica tedesca, per valorizzare il ruolo della costituzione. Oggi con una certa disinvoltura e con grande consapevolezza impieghiamo la tecnica ermeneutica dell'"interpretazione costituzionalmente orientata"; è la stessa corte costituzionale ad impiegare questa formula quando respinge certi ricorsi e indirizza l'operato del giudice ordinario ad applicare la norma secondo questa tecnica. Ad un certo punto abbiamo addirittura proceduto oltre: ora ragioniamo di adeguamento delle regole del tradizionale diritto interno ai principi del diritto comunitario. In certi settori addirittura dobbiamo interpretare il diritto interno ai principi del diritto concorren-

---

<sup>4</sup> Cfr. ASCARELLI, *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928.

<sup>5</sup> Cfr. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, in *Foro lomb.*, 1932, p. 439 ss.; ripreso in tanti altri studi, fra i quali, ID., *Appunti di diritto commerciale*, Roma 1933, spec. p. 145.

<sup>6</sup> Cfr. ALPA, *La cultura delle regole*, Bari, 2000, p. 299 ss.

<sup>7</sup> Secondo un antico adagio che ancora si tramanda, nelle conversazioni informali e molto scherzose fra docenti di discipline diverse: il diritto è il civile, il fatto è il commerciale, il romanzo è il penale e il fumo è l'amministrativo.

# JUS CIVILE



ziale di fonte comunitaria (art. 1, comma ult., legge 10 ottobre 1990, n. 287) ed eventualmente verificare la compatibilità con il dato costituzionale.

Ma, allora, i tempi non erano questi; in quella congiuntura, e per effetto di inerzia per molto tempo ancora, nel concorso per l'accesso alla magistratura, per la prova di diritto civile, la traccia esordiva: "premessi brevi cenni, ad es., sul possesso in diritto romano, dica il candidato ecc.". Fino a quel momento, il punto cui il giurista doveva tendere era la funzione unificante e autoreferenziale del diritto romano, la quale consentiva l'impiego di categorie ordinanti anche non codicistiche, come il negozio giuridico, e che permetteva di porre nel giusto contesto la volontà espressa dalla legge.

La scelta della scuola bolognese di attribuire al testo costituzionale un diverso ruolo sistematico e precettivo, quello che sarebbe diventato il diritto vigente degli anni a venire, non ha riguardato soltanto il diritto civile. Segnalo la prospettiva aperta dalla scuola penalistica di Franco Bricola che ha avuto il merito di ripensare l'intero diritto penale alla luce degli artt. 25 e 27 cost. Penso anche ruolo che l'art. 41 cost. ha avuto nel ripensare al diritto di impresa nella manualistica del diritto commerciale di Galgano, per i tipi della Zanichelli, che non per caso proprio in quel periodo dava avvio ad un commentario alla costituzione in cui la parte dei rapporti economici aveva un rilievo tutto particolare anche nella edificazione del diritto del lavoro, il cui Statuto dei lavoratori traeva dal testo costituzionale una ispirazione tanto forte quanto sistematica.

Questa ventata nuova che ha attraversato la civilistica italiana e che ha in Stefano Rodotà probabilmente il suo principale fautore non ha visto la Scuola bolognese assente o arroccata sulle proprie tradizioni da *Studium*. C'è stata una pronta reazione ed un recepimento misurato che si è espresso anche nella nuova stagione manualistica inaugurata con il *Manuale di diritto privato italiano*, del 1974<sup>8</sup>. Questo manuale, rispetto a quelli editi fino a quel momento, presentava caratteri di grande novità, sia per la scelta di fondo di non fondarsi su una parte generale assimilabile alle *Dottrine generali di diritto civile*, stile Santoro Passarelli, sia per il rilievo che viene attribuito alle norme costituzionali già nella didattica del diritto privato. Alle norme costituzionali è attribuito un carattere precettivo, non già il valore di norme programmatiche, ossia di norme rivolte al legislatore, come si diceva, replicando un'espressione di grande successo, in uso fino a quel momento<sup>9</sup>. Già nella didattica si fa strada l'idea che il programma di una nuova società è contenuto nella costituzione e il diritto necessariamente deve darvi attuazione, non soltanto attraverso la legge.

In definitiva c'è la concretizzazione di un nuovo sistema delle fonti del diritto.

---

<sup>8</sup>La casa editrice era Jovene; la riforma del diritto di famiglia del 1975 ne impose la pressoché immediata riedizione.

<sup>9</sup>Nonostante la pronuncia della Corte cost., 14 giugno 1956, n. 1, in <http://www.giurcost.org/decisioni/0001s-56.html>, avesse fortemente limitato la portata di quella distinzione.

## JUS CIVILE



3. – Una tappa significativa della Scuola bolognese è stata la nascita della rivista *Contratto e impresa*. L'anno di uscita è stato il 1985, ma la preparazione e la discussione del progetto è incominciata verso la metà del 1983, in coda ad una riunione presso Il Mulino. Dopo la fase degli statuti e delle grandi leggi di settore che avevano interessato gli anni '70 (lavoro, assicurazioni, locazioni) e che avevano suggerito le acute riflessioni sull'età della decodificazione<sup>10</sup>, la legislazione aveva perduto quella presenza costante che aveva caratterizzato altri momenti. Per di più la legislazione di carattere sostanziale, capace di creare microsistemi per effetto del collegamento ad un processo diverso da quello ordinario, aveva finito per creare incertezze sul piano interpretativo, mettendo in crisi l'utilità sistematica dell'ordinamento giuridico assicurato dal ruolo della legge che crea norme generali e astratte. Una volta abbandonata la prospettiva unificante della dogmatica legata alla tradizione o dell'interpretazione sistematica applicata ad un testo normativo coerente, come quello del codice civile, si avvertiva la necessità di recuperare altrimenti e altrove quella certezza del diritto su cui la scienza giuspositivista pareva inadeguata.

L'idea in sostanza era di abbandonare la prospettiva di una astratta volontà del legislatore, per approdare ad un precetto tendenzialmente condiviso, poiché risultato dell'applicazione costante e ripetuta, risultante da decisioni giudiziali prese su casi simili. Dall'astratta volontà del legislatore a una volontà concreta, poiché risultato della prassi. Insomma siamo alle origini di quella tendenza che avrebbe portata in tempi più recenti a ridurre considerevolmente i confini tra *civil law* e *common law* e addirittura a porsi il problema del precedente come fonte del diritto anche nel sistema continentale. Questo risultato sarebbe stato ottenuto in un dialogo fra dottrina e giurisprudenza: proprio questo era il sottotitolo della rivista.

Orbene un gruppo di giuristi con diversa provenienza, ma che periodicamente si riuniva anche a Bologna, poneva le basi per una riflessione sul valore della sentenza come precedente giudiziale, allo scopo di rimediare all'incertezza derivante dalla crisi di un certo modello di giuspositivismo. Il valore di questa esperienza è andata ben al di là della pubblicazione della rivista; soprattutto le riunioni della redazione allargata ai collaboratori e agli allievi sono state l'occasione per formare i giovani studiosi di allora su metodologie di analisi e su temi di ricerca che hanno caratterizzato la rivista nel panorama della cultura giuridica italiana. Dal dialogo molto stretto fra i direttori, guidati dalla maestria di Galgano, chi partecipava aveva l'impressione di partecipare ad un laboratorio di idee abbastanza unico nel panorama nazionale. È da queste riunioni che sono nati molti contributi poi pubblicati sulla rivista, molti temi sviluppati ne *Le monografie di contratto e impresa*, molte questioni che sono state trattate ne *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*.

Da quelle riunioni i partecipanti ricevevano l'idea che il diritto fosse anche il risultato dell'esame di un caso, spesso nato dall'esperienza professionale di Galgano o di un altro direttore, giacché quel caso era l'occasione per una riflessione di più largo respiro da saggiare in sede scientifica. In questo modo i giovani studiosi si formavano all'idea di un diritto ben diverso da

---

<sup>10</sup> Il pensiero va ad IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, I ed., 1979.

# JUS CIVILE



quello dogmatico o derivante da un certa tradizione rivisitata, molto più ancorato alla concretezza dell'impresa in senso economico, che, con il contratto, ne traduce la rilevanza giuridica. In ultima istanza, quel gruppo di studiosi si formava ad una idea di diritto fortemente storicizzato e legato al movimento della storia sociale dell'economia.

È ancora da quelle riunioni che i giovani studiosi di allora scoprivano la nuova frontiera aperta dalle clausole generali: non soltanto l'ordine pubblico e il buon costume, ma anche la correttezza, la buona fede in senso oggettivo, il danno ingiusto. Scoprivano, quindi, che il precetto non è sempre precompreso nella fattispecie normativa, ma può essere il risultato di un concorso fra legislatore e interprete. E capivano che, in questi casi, la certezza del diritto doveva essere ricercata nella "conoscenza della realtà", non già nella ricerca della scienza propria della fattispecie normativa. In altri termini la certezza del diritto, in questi casi, doveva essere favorita con lo studio dei precedenti giudiziari, come fonti di un diritto condiviso, poiché già impiegato nella soluzione di precedenti conflitti, quindi capaci di indirizzare il nuovo interprete nella soluzione di casi analoghi.

È proprio da questa esperienza che si è guardato alla tecnica di lettura delle sentenze dei Paesi di *Common law*. È in questo contesto che è nata l'idea di separare la *ratio decidendi* dall'*obiter dictum* di una decisione; che è nato l'insegnamento che vuole una lettura integrale delle sentenze, non ritenendo sufficiente la mera conoscenza della massima. Con queste premesse, quell'insegnamento ha maturato la convinzione che una pronuncia giudiziale vale come precedente soltanto se è riferita al fatto che ha deciso. In altri termini, una *ratio decidendi* è tale soltanto se abbia deciso il conflitto del quale il lettore della sentenza è in grado di apprezzarne la portata con la lettura della parte in fatto, non in astratto per il mero (astratto) principio di diritto enunciato. Contemporaneamente si è avviata anche al riflesse sul valore non soltanto culturale dell'*obiter dictum*. L'analisi effettuata sul campo, sulla scorta dell'esperienza d'oltre oceano, inoltre, ha proposto una lettura dell'*obiter dictum* nei termini di un importante segno del cambiamento di un certo orientamento giurisprudenziale. Questa dichiarazione non essenziale che il relatore si sente in dovere di fare, lasciandone traccia in una motivazione, senza alcuna apparente necessità logico-argomentativa per il caso in decisione, spesso è un messaggio che il giudice manda all'interprete. Quindi all'*obiter* si è incominciato a guardare non come ad uno sfogo del giudice, ma in termini di ragionevole previsione di una decisione futura.

Il gruppo dei giuristi legati a Contratto e impresa, avvertita l'importanza della questione di fatto nelle decisioni, ha promosso un dibattito, cui hanno partecipato magistrati dell'ufficio massimario di allora. Il risultato ultimo è stato di introdurre stabilmente nella massimazione della cassazione la descrizione del fatto dopo aver esposto la massima della sentenza.

Insomma si è trattato di una prospettiva diversa, aperta dalla scuola bolognese, ben lontana dall'idea evocata dalle *rassegne di giurisprudenza*, genere letterario da sempre ben noto agli addetti ai lavori, che lascia trasparire l'intento dell'autore di informare il lettore con la descrizione dei fenomeni compiuta avvalendosi di un genere letterario minore.

Tra la fine degli anni '80 e i primi dei '90, quelli appena ricordati non erano affatto temi

# JUS CIVILE



scontati, presupponevano un nuovo percorso di ricerca cui affiancare necessariamente nuovi temi di riflessione, come diremo fra breve. Erano gli anni in cui incominciava a spostarsi la riflessione sui temi aperti dal mutato ruolo della responsabilità civile, sulla mutata considerazione che i contratti dell'impresa aprivano sul fronte della atipicità. Erano sempre quelli gli anni in cui ci si poneva il tema del rapporto fra l'impresa in senso economico e l'impresa in senso giuridico, quindi si apriva la riflessione sui gruppi di società, ignorati dal legislatore.

4. – Probabilmente è stata la riflessione su questi temi, svolta con un nuovo metodo, proprio di Bigiavi<sup>11</sup>, che un decennio dopo sarebbe evoluta, mostrando un ulteriore morfologia del diritto della fine del II millennio. Quel gruppo legato a *Contratto e impresa*, che in quel periodo si identifica con la Scuola bolognese, a un certo punto ha maturato la convinzione che il diritto di fonte statutale legato al modello del giuspositivismo classico non esauriva più l'orizzonte dell'ordinamento giuridico. Affiorava l'idea che il diritto "vigente", che incominciava ad essere sempre più "vivente", nasceva anche dalla circolazione delle merci, ossia dai contratti che ne permettevano lo scambio, i quali finivano per essere portatori del diritto di provenienza delle merci stesse<sup>12</sup>. Coerentemente si incominciava a pensare che potesse esistere una sorta di diritto fondato sull'uso degli scambi commerciali, analogo al modo in cui qualche secolo prima era nata la *lex mercatoria*<sup>13</sup>. I beni circolano con i contratti che in sé hanno un diritto non necessariamente di fonte del Paese che lo deve applicare; gli operatori commerciali seguono prassi che non riposano su norme giuridiche nazionali; le corti nazionali dialogano a distanza fra loro e in questo modo procedono verso un diritto non necessariamente riconducibile al modello legalistico di stampo kelseniano.

Un ruolo particolare in questo percorso fatto di concetti, ma anche di oggetti, ha avuto il diritto di fonte comunitaria. Ad un certo punto, siamo nel 1996, si è avvertita la necessità di gemmare la rivista con la creazione di *Contratto e impresa Europa* nella quale raccogliere gli studi più direttamente collegati a quel diritto, destinato a condizionare sempre più il diritto interno. La questione non ha interessato soltanto il diritto dei consumatori, la privacy, tradizionalmente indicati come quelli che più di ogni altro hanno modificato dall'esterno il nostro ordinamento. Il punto è che buona parte del diritto dei regolamenti, delle direttive, delle sentenze della corte di giustizia non è soltanto di diritto di fonte comunitaria, poiché sostanzialmente è parte dell'ordi-

---

<sup>11</sup> L'a. nel lontano 1933 pubblicava in Italia un saggio dal titolo *Appunti di diritto giudiziario*, saggio riedito con *Prefazione di Marino Bin*, ne *I classici di Contratto e impresa*, Collana di riletture proposte da Francesco Galgano, Padova, 1989.

<sup>12</sup> ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte di diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 129, si esprime nei termini di un «diritto vivente che viene dai fatti» e che attraverso l'uso commerciale può diventare fonte del diritto. Ugualmente avrebbe fatto qualche anno dopo ASCARELLI nel 1934 ed in modo più sistematico ID., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 70 ss.

<sup>13</sup> Queste sono soltanto alcune delle riflessioni che, per i tipi de "il Mulino", GALGANO, ha svolto dapprima ne la *Storia del diritto*, Bologna, 1976; che a un certo punto si è trasformato ed è diventato ID., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; e successivamente ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

# JUS CIVILE



namento giuridico di ogni stato membro, come se fosse di provenienza dei singoli parlamenti nazionali. Senonché il fatto che a partecipare del processo normativo siano giuristi di esperienza giuridiche diverse, per tradizione, cultura e per lingua, non è certo una questione sulla quale soltanto gli addetti ai lavori devono soffermare la propria attenzione. Nei Paesi dell'Unione europea il diritto cambia anche e soprattutto perché le tradizioni interne, di fatto, diventano patrimonio comune, nel momento in cui le singole disposizioni devono essere interpretate.

È proprio su questi aspetti che si è orientato lo studio verso un diritto di fonte diversa da quella della comune tradizione, senza per questo dismettere l'impiego della tecnica della lettura dei precedenti giudiziari, che ben si attagliava anche a questa nuova funzione.

Il risultato di questa riflessione, non ancora conclusa, è che il III millennio si caratterizza, da un lato, per una perdita di territorialità del diritto, dall'altro, per la perdita di centralità della legge nella creazione del diritto. In concreto, questo processo finisce per riproporre all'attenzione dell'interprete il precedente giudiziario: questo diventa il veicolo attraverso il quale incontrare la fonte del diritto. Probabilmente non si può affermare con certezza che il precedente sia diventato fonte del diritto, fuori dai casi in cui è il sistema ad ammetterlo, come per le sentenze della Corte costituzionale, per le sentenze della Corte di giustizia e le sentenze della Cassazione. Certo è che nel precedente giudiziario si consolida un'attività complessa che vede soltanto come risultato finale la decisione del giudice. Questa è preceduta dal lavoro di tutti i professionisti del diritto, gli avvocati in primo luogo, l'apporto dei consulenti tecnici, e sullo sfondo il ruolo della dottrina che filtra probabilmente in modo diverso da come avveniva per il passato.

Viene da pensare che il lavoro dei "dottori" sia sempre più vitale nella emersione di un diritto che si caratterizza per il suo carattere "vivente", che non coincide più con l'essere "vigente" nel senso kelseniano. Ciò che è emerso dalla elaborazione e dal dibattito aperto dalla scuola bolognese è che il diritto è sempre più il risultato di un'attività alla quale, a diverso livello, partecipano più attori, per questo ritorna ad avere una tecnicità assimilabile a quella che lo ha visto nascere agli albori della Scuola bolognese, ormai più di nove secoli fa. Allora la tecnicità era necessaria per colmare i vuoti lasciati dai frammenti del Digesto: solo i dottori avrebbero potuto riempire gli spazi lasciati aperti e in questo modo legittimare il diritto di fonte consuetudinaria. Ora la tecnicità è necessitata dal nuovo modo di essere del diritto positivo risultato di un sistema di fonti variegato non soltanto in orizzontale, ma anche in verticale: l'interpretazione della norma orientata alla costituzione o al diritto comunitario<sup>14</sup>.

Se consideriamo che «le riviste giuridiche sono lo specchio fedele delle stagioni che la scienza giuridica attraversa», come solea dire Francesco Galgano<sup>15</sup>, possiamo affermare che a Bologna si è significativamente concorso a disegnare una certa stagione e che *Contatto e impresa* è stato il luogo di questa elaborazione.

---

<sup>14</sup> Queste sono le considerazioni che in una prospettiva diversa da anni sta svolgendo GROSSI, da ultimo *Il giudice civile: un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1135 ss.

<sup>15</sup> Anche in GALGANO, *Può esistere oggi la linea culturale di una rivista?*, in *Contratto e impr.*, 2002, p. 447 ss.



GIUSEPPE VETTORI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Firenze

## LA GIURISPRUDENZA COME FONTE DEL DIRITTO PRIVATO<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. *Il problema.* – 2. *Le posizioni della dottrina.* – 3. *Diritto privato e principio di divisione dei poteri.* – 4. *Ermeneutica e dogmatica nel diritto giurisprudenziale. Uno sguardo al presente.* – 5. *L'uso corretto dei principi. La giustizia come principio retorico.* – 6. *L'effettività come principio valutativo, integrativo e correttivo.*

1. – Ricorda Heidegger<sup>2</sup> che “le domande non sono lampi di genio, non sono nemmeno problemi che si pescano nel sentito dire. Le domande sorgono dal confronto con le cose e le cose ci sono se ci sono occhi”. La domanda se la giurisprudenza sia fonte di diritto sorge da molte cose visibili. Alcune in particolare. La complessità e l'evoluzione delle fonti del diritto dei privati. Il ruolo centrale della giurisprudenza in un assetto istituzionale in trasformazione. Il compito della giurisprudenza e della dottrina nella conversione, oggi, del fatto in diritto<sup>3</sup>. Iniziamo dal primo aspetto.

Sul tema delle fonti si “incrociano e si confrontano” diverse discipline<sup>4</sup>, non fosse altro perché le norme del codice civile non hanno più, sul punto, carattere di generalità e non sono più espressive della realtà, mentre la carta costituzionale ha previsto da tempo, con l'art 11 Cost. e poi con il nuovo art. 117 Cost., nuovi fatti e istituzioni legittimati a creare diritto<sup>5</sup>. Ciò pone un problema di determinazione del concetto di fonte<sup>6</sup> e di delimitazione dell'ambito del diritto dei privati<sup>7</sup>. È necessario qualche riflessione su entrambi gli aspetti<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Lo scritto riproduce in forma ampliata la relazione all'incontro organizzato in Pavia il 30 settembre 2016 dal Prof. Carlo Granelli in onore del Prof. Andrea Belvedere.

<sup>2</sup> HEIDEGGER, *Ontologia ermeneutica dell'oggettività*, Napoli, 1992, p. 13

<sup>3</sup> V. ora con un'ampia e profonda visione di sintesi, LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, in part. p. 15 ss., 131 ss., 271 ss.

<sup>4</sup> V. l'opera profonda e lucidissima di A. BELVEDERE, *Scritti giuridici, I, Linguaggio e metodo giuridico*, Padova, 2016.

<sup>5</sup> Sul punto, da ultimo SORRENTINO, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in (a cura di) Navarretta, *La Metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, p. 13; LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in questa rivista, 2015, p. 1115; NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 644; RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovrana nazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, 2014, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>6</sup> In argomento si vedano LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p. 20; SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 147; BRECCIA, *Immagini del diritto privato, I, Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, *passim*; IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in questa rivista, 2001, p. 697; TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in questa rivista, 2001, p. 315.

<sup>7</sup> GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 30, individua così il diritto dei privati “organizzazione giuridica della vita quotidiana dei privati cittadini nella sua dimensione privata”.

# JUS CIVILE



La difficoltà di individuare con certezza i fatti che determinano la produzione di norme è al centro di una riflessione che attraversa tutto il novecento. Dalla visione normativista e procedurale di Kelsen<sup>9</sup> al decisionismo di Schmitt<sup>10</sup>, dalla centralità delle teoria ermeneutica con le diverse percezioni di Betti e Gadamer<sup>11</sup>, sino alla prevalenza di un positivismo forte<sup>12</sup>, e al dialogo contemporaneo sulla legalità costituzionale e i valori<sup>13</sup>. Questa traversata lascia intatta la necessità di riflettere su un concetto idoneo a fissare il rapporto tra un fatto e gli effetti giuridici che esso può produrre, in virtù di criteri dettati da un ordine giuridico in un certo momento storico. Ma proprio su questo punto le opinioni si contrappongono in modo evidentissimo<sup>14</sup>.

Ciò che è accaduto è emerso con chiarezza da una riflessione sui primi sessanta anni della Corte Costituzionale<sup>15</sup>. I segni della trasformazione sono scanditi da una serie di sentenze che attengono *a*) al governo del conflitto sociale, *b*) alla centralità dei diritti della persona *c*) ai diritti sociali e *d*) al rapporto fra i poteri del legislatore e della giurisdizione. Vediamoli da vicino.

a) Sin dalla prima sentenza del 14 giugno 1956 la Consulta ha chiarito la natura e l'ambito

---

<sup>8</sup> In proposito, utile l'analisi di TAFARO, *Antiche e nuove fonti del diritto civile attuale*, in *Estudios de Derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Bogotá, 2014, p. 119.

<sup>9</sup> KELSEN, *La democrazia*, con introduzione di GAVAZZI, Bologna, 1991: "Un sistema non può dirsi integralmente e totalmente democratico (o totalmente autocratico) ma piuttosto una combinazione..di elementi democratici e di elementi autocratici. Si può dire democratico un sistema che sia tale perlomeno a livello della produzione delle norme più generali e più astratte, in sostanza a livello di legislazione. Amministrazione e giurisdizione possono in teoria essere programmate democraticamente, ma più spesso sono organizzate autocraticamente. In tal senso per contenere e correggere la discrezionalità che è propria di ogni organo autocratico, si introduce nel sistema il principio di legalità" così GAVAZZI, cit., p. 23-24.

<sup>10</sup> Per delle lucide analisi si vedano FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'800*, in ID., *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001, p. 605 ed *ivi*, *Costituzione e stato di diritto*, p. 575, nonché IRTI, *Occasioni novecentesche*, Napoli, 2012, p. 9 e ID., *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, p. 19 (in part. p. 31).

<sup>11</sup> Sul punto e sul dibattito Betti-Gadamer, si veda BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, pp. 85 e 118.

<sup>12</sup> BOBBIO, *Il positivismo giuridico, Lezioni di filosofia del diritto* (raccolte da N. Mora), Torino, 1960, *passim*.

<sup>13</sup> Noti i riferimenti di questo dialogo: GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 3; MENGONI, *Diritto e tecnica*, questa rivista, 2001, p. 1 e la risposta di Irti in IRTI-SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, p. 103, nonché IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 38; ID. *Calcolabilità Weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014 p. 987; ID. *Un diritto incalcolabile*, in *ivi*, 2015, p. 11; ID., *Un contratto "incalcolabile"*, in questa rivista, 2015, p. 17.

<sup>14</sup> IRTI, *Nomos e Lex (Stato di diritto come stato della legge)*, in *Riv.dir.civ.*, 2016, p. 590; GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia moderna e postmoderna*, in *Giorn. storia cost.*, 2008, II, p. 13; TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in questa rivista, 2001, p. 11; ID., *Idee per una teoria*, cit., p. 315; FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2771; FIORAVANTI, *Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sull'attuazione della Costituzione repubblicana*, in CARRETTI-GRISOLIA (a cura di), *Lo stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*, Scritti in onore di Enzo Cheli, Bologna, 2010, p. 34; ROSELLI, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 23.

<sup>15</sup> FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale. Per i sessanta'anni della Corte costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); ID. *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2016, p. 7; ma si veda anche, LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc.dir.*, *Annali IX*, Milano, 2016, p. 391.

# JUS CIVILE



del proprio intervento di controllo a tutela delle libertà e i diritti contenuti nella carta che per sua natura deve prevalere sulla legge ordinaria. Sui *diritti politici* è storica la sentenza sulla illegittimità della punizione penale dello sciopero politico<sup>16</sup>. In essa si fa riferimento all'art.3 Cost. e si riconosce la piena e legittima partecipazione dei lavoratori alle vicende complessive del paese anche tramite lo sciopero. A tale sentenza segue, negli anni successivi, il riconoscimento del ruolo dei sindacati, delle libere associazioni di cittadini e del volontariato. Altrettanto significativa è la prima sentenza del 2014 ove si riconosce l'esistenza di un diritto alla partecipazione democratica attraverso il voto e si dichiara la incostituzionalità delle legge elettorale che attribuisce un premio di maggioranza senza soglia minima, esclude le preferenze e discrimina gli elettori a seconda della Regione di appartenenza. Tutto ciò con un intervento manipolativo che limita, controlla e garantisce gli spazi del legislatore<sup>17</sup>.

b) Centralità in ogni pronuncia assumono i *diritti fondamentali* della persona “inserita nella realtà concreta delle relazioni sociali”. Si demolisce la “vecchia tipologia dei diritti esclusivamente basati sulla legge” e gran parte della legislazione “autoritaria” degli anni 30 a fronte del riconoscimento delle nuove libertà sicurezza, riunione e manifestazione del pensiero. Con una trasformazione evidentissima rispetto allo Stato di diritto legislativo, resa evidente dalla dichiarata inviolabilità dei principi supremi non modificabili neppure con il procedimento di revisione costituzionale<sup>18</sup>. Vero nocciolo, questo, del nuovo ordine operato dalla costituzione rispetto alla istituzione precedente ribadito in più storiche sentenze<sup>19</sup>. Dalla recentissima decisione che esclude l'immunità degli Stati sovrani per la violazione dei diritti fondamentali<sup>20</sup>, alla pronuncia sui limiti alla discrezionalità amministrativa<sup>21</sup>, alle sentenze in tema di fecondazione assistita dal 2009<sup>22</sup>, alla tutela prevista nell'art. 36, con il diritto di vivere una vita libera e dignitosa<sup>23</sup>, sino all'affermazione della prevalenza del nucleo insopprimibile di un diritto fondamentale sulle esigenze di bilancio<sup>24</sup>.

---

<sup>16</sup> Corte cost., 27 dicembre 1974 n. 290, su cui si vedano le osservazioni di CIARLO, *La partecipazione dei lavoratori alla determinazione dell'indirizzo politico. Sciopero e sindacato*, in questa rivista, 1977, p. 1648.

<sup>17</sup> Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in *Foro it.*, 2014, I, c. 677 con nota di ROMBOLI, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*.

<sup>18</sup> Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Foro it.*, 1989, I, c. 609 con osservazioni di PIZZORUSSO.

<sup>19</sup> Mi riferisco a Corte cost., 27 dicembre 1973 n. 183 (in *Giur. Cost.*, 1973, p. 2406 con nota di BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*) e 08 giugno 1984 n. 170 (in *Foro it.*, 1984, I, 2062 con nota di TIZZANO, *La corte costituzionale e il diritto comunitario: venti anni dopo*).

<sup>20</sup> Corte cost., 22 ottobre 2014 n. 238, su cui si veda il commento di CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 3885.

<sup>21</sup> Corte cost., 23 dicembre 2008 n. 438, su cui si vedano le osservazioni di CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 4981.

<sup>22</sup> Corte cost., 01 aprile 2009 n. 151 e su cui si vedano i rilievi di FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri*, in *Corr.Giur.*, 2009, p. 1216.

<sup>23</sup> Corte cost., 11 novembre 2015 n. 230, in *Foro it.*, 2016, I, c. 23.

<sup>24</sup> Corte cost., 16 dicembre 2016 n. 275, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

# JUS CIVILE



c) Sui *diritti sociali* l'intervento è davvero emblematico. Solo un esempio. Una legge recente, per ragioni di bilancio, aveva ridotto e limitato il numero degli insegnanti di sostegno. La Corte<sup>25</sup> accoglie la questione di costituzionalità e dispone che la legge “non deve cristallizzare interessi e bisogni fondamentali in schemi rigidi”, ma deve tener conto “dell'irriducibile varietà degli ostacoli alla piena realizzazione di sé”. Si dà rilievo così a interessi non compresi o sottovalutati nella trama della fattispecie legale, riconoscendo anche un ruolo del giudice e della Pubblica Amministrazione nella piena attuazione di tali situazioni.

Non mancano alcuni eccessi. Ne indico uno *sui diritti patrimoniali*. La Consulta stabilisce che l'art. 2, con i suoi diritti e doveri, entra nel contratto e può determinare la sua disciplina<sup>26</sup>. Di più. Si spinge sino ad indicare il rimedio della nullità di una clausola per contrarietà alla buona fede, ma la dottrina è stata unanime nella critica a questa invasione di campo.

È evidente anche da questa sintesi che la Costituzione nega l'esistenza di un potere preminente sia esso il sovrano o il potere legislativo<sup>27</sup> e sollecita un “modo di interpretare e concretizzare i principi costituzionali di carattere giurisdizionale che si svolge parallelamente a quello legislativo”. Ciò evidente nel controllo di ragionevolezza che arriva a toccare il limite della discrezionalità del legislatore senza andare oltre, come nel caso del matrimonio delle persone omosessuali<sup>28</sup> e della soppressione degli embrioni per fini di ricerca<sup>29</sup>.

d) La Corte di Cassazione, spesso in dialogo con la Corte di Giustizia e la Corte EDU, ha innovato settori decisivi del diritto positivo, dalla struttura dell'obbligo con il rilievo del contatto sociale, al controllo del contratto e alla tutela dei diritti in ogni materia. Indico solo qualche esempio.

Sono passati circa dieci anni dal caso Englaro<sup>30</sup> con i giudici alla ricerca di una regola per le decisioni di fine vita, in assenza di un intervento normativo tutt'ora inesistente. Al di là del contenuto, la sentenza contiene un esempio chiaro di come si possa costruire una regola in presenza di principi e con una robusta argomentazione. Tanto che la Corte costituzionale<sup>31</sup>, nel decidere sul conflitto di attribuzioni sollevato dalla maggioranza parlamentare, non ha ravvisato alcun sconfinamento di potere con la semplice constatazione che il legislatore non era intervenuto,

D'altra parte pochi anni dopo la Corte di Cassazione ha formulato un vero e proprio manife-

---

<sup>25</sup> Corte cost. 26 febbraio 2010, n. 80, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>26</sup> Corte cost., (ord.) 02 aprile 2014 n. 77 e su cui si vedano le osservazioni di SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro It.*, 2014, I, c. 2036.

<sup>27</sup> Tra le prime sentenze in tal senso, si vedano Corte cost., 16 gennaio 1957 n.3; 22 gennaio 1957 n. 28; 02 luglio 1957 (tutte in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>28</sup> Corte cost., 15 aprile 2010 n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1367 con nota di ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*.

<sup>29</sup> Corte cost. 13 aprile 2016, n. 84, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>30</sup> Sul punto si veda la limpida e densa motivazione in Cass. 16 ottobre 2007, n.21748 (rel. Giusti), in *Foro it.*, 2008, I, c. 125.

<sup>31</sup> Corte cost, 8 ottobre 2008, n. 334 in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

# JUS CIVILE



sto<sup>32</sup> ove si osserva che il codice civile non rappresenta più l'unica fonte in un "sistema aperto" ove hanno preminenza la Costituzione, la legislazione ordinaria di attuazione, la normativa comunitaria e la "giurisprudenza normativa" chiamata a riempire di contenuto le clausole generali e le norme indeterminate che consentono, per volontà dello stesso legislatore, di "attualizzare il diritto anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi"<sup>33</sup>.

Da ultimo due sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Cassazione attribuiscono al giudice un dovere "di rilevare la nullità negoziale e di indicarla alle parti lungo tutto il percorso del processo, fino alla sua conclusione" salvo poi dichiararla o meno a nel caso di nullità assoluta o di protezione. Ciò perché il rilievo d'ufficio obbligatorio "ha il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale" assieme ad altri principi che devono ispirare la decisione. Fra i quali la corrispondenza fra diritto e processo. La concentrazione della decisione, l'effettività delle tutele contro "ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defatigante rispetto ai tempi di decisione della causa". Principi e regole che orientano tutti ad una decisione di "stabilità, certezza affidabilità temporale, coniugate con i valori di sistema della celerità e giustizia"<sup>34</sup>. Chiarissimo è, insomma, l'utilizzo rigoroso dei principi nell'argomentazione che deve condurre ad una "sentenza giusta".

Tale orientamento viene ripreso per affrontare il controverso problema del mutamento della domanda. In tal caso le sezioni unite della Cassazione<sup>35</sup> ricostruiscono il sistema del processo in base ad "opzioni esegetico-valoriali", assenti dalle precedenti decisioni che hanno affermato il principio del divieto assoluto della *mutatio libelli*. La novità sta nella scelta di un'argomentazione che utilizza una rigorosa esegesi delle norme del codice e della sua interpretazione, ma opera una scelta coerente con i principi costituzionali di economia processuale, ragionevole durata, giustizia sostanziale ed effettività.

---

<sup>32</sup> La Corte di Cassazione 11 maggio 2009, n. 10741 "la funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti e la sua vis espansiva sono funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal Rule of Law, assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice

<sup>33</sup> La Corte di Cassazione 11 maggio 2009, n. 10741, nel decidere sulla soggettività del concepito, ha enunciato un manifesto sulla natura aperta del nostro ordinamento e sulla piena attribuzione alla giurisprudenza di un ruolo di fonte di diritto. L'esito della decisione può essere discussa ma va apprezzata la chiarezza e la tensione sistemica. Sul punto si vedano già GIANNANTONIO, *Dottrina e giurisprudenza come "fonti del diritto"*, in *Giur. it.*, 1991, p. 10 e di recente ALPA, *La dialettica fra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Cont. imp.*, 2015, p. 646; FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, in *Cont. imp.*, 2010, p. 366 ss.; PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti*, in *Notariato*, 2014, p. 584.

<sup>34</sup> Così Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243. Sulla decisione si veda PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, p. 113.

<sup>35</sup> Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2016, I, c. 255 ed ivi nota di MOTTO, *Le sezioni unite sulla modifica della domanda giudiziale*.

# JUS CIVILE



Si osserva che “interpretazioni meramente formalistiche” aumentano il rischio di giudicati contrastanti, e mettono in pericolo la stabilità ed effettività della tutela assicurata ai privati dal processo. Sicché la previsione costituzionale di un processo giusto impone al giudice di non limitarsi ad un’applicazione formale ed astratta delle regole processuali, e “di verificare sempre (e quindi ogni volta) se l’interpretazione adottata sia necessaria ad assicurare nel caso concreto le garanzie fondamentali in funzione delle quali le norme oggetto di interpretazione sono poste”. Con un fine preciso. Evitare che un’ermeneutica formale e meccanica “si riduca in un inutile complessivo allungamento dei tempi della giustizia ed in uno spreco di risorse, con correlativa riduzione di effettività della tutela giurisdizionale”. Tutto ciò in continuità con una tendenza della giurisprudenza a rileggere la disciplina processuale in base ai “valori funzionali del processo” in settori fondamentali del diritto dei privati, dalle patologie negoziali<sup>36</sup>, all’abuso del processo<sup>37</sup>, alla tutela della concorrenza<sup>38</sup>.

Queste sentenze pongono in luce alcuni dati rilevanti su cui riflettere.

Il diritto applicato in base a regole e principi concorre sempre più con la funzione legislativa non fosse altro perché i diritti e le tutele devono essere ricercate, in via interpretativa, in un sistema plurale di fonti dove sono centrali la Costituzione e le Carte europee e sovranazionali.<sup>39</sup> Giudici e legge, insomma, acquistano una funzione, sotto certi profili concorrente, nel dare attuazione ad un sistema complesso, frutto di un progetto politico e una forma democratica che emerge dalle costituzioni del novecento e dalla loro trasformazione<sup>40</sup>.

2. – Certo le critiche di una parte dottrina sono forti e autorevoli. Si osserva che lo Stato di diritto è Stato della legge che riposa nella identità fra legge e diritto “posto dagli uomini per altri uomini”. Tutto “accade entro il cerchio della volontà umana” per decisione dello Stato sovrano che può delegare ad altre fonti sovranazionali la produzione di regole che restano comunque proprie. Da qui l’essenza di un positivismo che esclude ogni rinvio a norme metastoriche, unifica legittimità e legalità e si impone ai destinatari che obbediscono per varie ragioni (paura, biso-

---

<sup>36</sup> Cass. n.26242/2014, cit.

<sup>37</sup> Cass. sez. un., 15 novembre 2007, n.23726 in *Nuova giur. civ.*, 2008, p. 461 con nota di FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite* e 15 maggio 2015, n.9935, in *Foro it.*, 2015, I, c.2013 con nota di FABIANI, *Di un’ordinata decisione della Cassazione sui rapporti fra concordato preventivo e procedimento per dichiarazione di fallimento con l’ambiguo addendo dell’abuso del diritto*.

<sup>38</sup> Cass., 4 giugno 2015, n.11564, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2752 con nota di CASORIA-PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*

<sup>39</sup> Sul punto, si veda il contributo essenziale degli scritti di PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 497; *Interpretazione e legalità costituzionale. Appunti per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 157.

<sup>40</sup> FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, p. 295.

# JUS CIVILE



gno, fiducia) ma attribuiscono, comunque, legittimità alla legge ordinaria e alla Costituzione<sup>41</sup>.

Tale visione evoca eventi distruttivi<sup>42</sup> ma la critica della contemporaneità è altrettanto netta in una diversa prospettiva.

Il decadimento e l'eclisse del diritto civile è determinato, secondo questa visione, da tre fattori in particolare: l'irrompere delle norme costituzionali, il protagonismo dei giudici<sup>43</sup> e diritto europeo<sup>44</sup>. La conclusione è chiara. Serve un recupero della forma giuridica a tutti i livelli e "una ricostruzione di una teoria del diritto civile dotata di coesione spirituale e concettuale"<sup>45</sup>. Non solo il diritto privato deve avere una base democratica, al pari del diritto pubblico. Sicché se in una comunità si è potuto influire sul processo legislativo di formazione delle regole, il risultato acquisito non può essere contraddetto da standard esterni come la giustizia, la morale, la tradizione, l'efficienza o altri fondamenti che dovranno dimostrare la loro forza all'interno del dibattito democratico senza pretendere di poter influire sulla disciplina positiva.<sup>46</sup>

Queste lucide analisi muovono da una premessa altrettanto assoluta. La priorità della legge come solo ed unico strumento per assicurare un controllo democratico e una fiducia assoluta sul

---

<sup>41</sup> Si confronti, IRTI, *Nomos e Lex*, cit., p. 589: "Altra legge, da cui non sono percepibili valori la cui attuazione giudiziale determinerebbe solo incertezza e frantumazione. Né il giurista ha altre scelte se non quella di studiare il diritto posto ("come i numeri il matematico"), senza altre alternative che quella di obbedire o andarsene, al pari di ogni altro cittadino, di fronte all'atto politico che crea diritto e "non sottostà alla giustizia ma è esso stesso la giustizia suprema".

<sup>42</sup> IRTI, *op. loc. ult. cit.* e ora ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 39: La crisi della fattispecie che trova il fulcro nelle norme costituzionali e nella scoperta dei valori apre "una porta attraverso cui può entrare di tutto", dal "fantasma del diritto naturale alla soggettività dell'interprete, alla scomparsa della prevedibilità e calcolabilità del diritto, con un attentato mortale alla razionalità giuridica del capitalismo" e la tradizione della società occidentale. Una legalità procedurale che necessita solo di alcuni correttivi. L'ethos della convivenza (il senso dello Stato), la stabilità delle leggi, e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla norma.

<sup>43</sup> Si veda CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, e ID. *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 293. Il primo evento avrebbe determinato una vera mutazione genetica in virtù di una giurisprudenza che, in presa diretta con le norme costituzionali prive di fattispecie, ha acquistato una priorità rispetto al legislatore e un'attenzione sbilanciata ai valori e ai rimedi. Quando, invece, una *Drittzwirkung* ordinata dovrebbe passare dalla mediazione della legge e non del giudice che diventa, altrimenti, "signore del fatto" e della sua giuridicità.

<sup>44</sup> CASTRONOVO, *Eclissi*, cit. p. 288-289. L'assenza di una coerenza sistematica nel dare risposta a problemi che hanno bisogno, spesso, "dei tempi lunghi della democrazia". La carenza di una ponderata argomentazione. La creazione contro le norme vigenti di vere o presunte esigenze di tutela. Da qui la sollecitazione a rivalutare la centralità del codice e del diritto civile quantomeno "come intelaiatura sistematica". Il richiamo alla prudenza e alla buona dogmatica, rifiutando una funzione creativa dell'interprete e un ruolo espansivo del principio di effettività come scorciatoia per soluzioni *extra ordinem*. Infine il diritto europeo avrebbe favorito la presa diretta con diritti e principi, inventati spesso per giustificare nuovi rimedi sino a sconvolgere l'ordinamento interno per effetto dell'azione della Corte di giustizia e di un uso disinvolto del principio di effettività.

<sup>45</sup> CASTRONOVO, *Eclissi*, cit. p. 290 e ora ID., *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 981.

<sup>46</sup> HESSELINK, *Democratic contract law*, in *ERCL*, 2015, p. 83. Secondo questa visione la giustizia o la legittimità del contratto non possono essere determinate in anticipo da analisi teoriche, ma dovranno imporsi all'interno di un dibattito democratico per una ragione condivisibile. I teorici del diritto privato non hanno accesso privilegiato alla verità sul contratto e alla giustizia contrattuale.

# JUS CIVILE



principio di legalità e la divisione dei poteri espresso da un modello di Stato che mostra, oggi, elementi di profonda trasformazione nei singoli ordinamenti e in Europa. Provo a indicare qualche aspetto.

La crisi dello Stato come unica fonte del diritto è avvertita con forza sin dagli anni 60. Basta qualche esempio.

Angelo Cammarata nella prefazione del volume che raccoglie alcune opere di Santi Romano, confessa di aver tratto da quegli scritti l'idea per formulare la tesi della relatività fra fatto e valutazione giuridica, Sino a cogliere un momento non solo normativo ma anche “storico e logico ad un tempo” del “convertirsi della realtà di fatto in diritto positivo”<sup>47</sup>. Lo stesso Romano nel suo ultimo scritto, parlando dell'interpretazione evolutiva usa parole chiarissime. “La legge in sé e per sé è inerte. Non ha una propria vita. È materia non anima. Un'anima ha invece l'ordinamento ove le leggi sono espressione del suo continuo mutamento delle forze vitali”. La conclusione è precisa. Non è la legge che si evolve ma l'ordinamento che si riflette, in modo sempre nuovo, nella mente dell'interprete<sup>48</sup>.

La Costituzione sta per essere promulgata e nei decenni successivi inizia una rilettura del codice civile alla luce di questa nuova legalità<sup>49</sup> sino a segnalare, con sempre maggiore evidenza<sup>50</sup>, che la legge “astratta e generale” diviene “strumento oramai inadatto a fondare il diritto privato comune dei cittadini”<sup>51</sup>, inteso, in modo molto diverso, ma egualmente separato dalle vicende dello Stato<sup>52</sup>. Si parla di un ordine giuridico<sup>53</sup> radicato “nella ricchezza della storia”<sup>54</sup> o si esalta il suo carattere di tecnica necessaria priva di “direzioni e obiettivi” che spetta alla Politica fissare<sup>55</sup>. E diversità di visioni non è limitato al diritto dei privati. Il rapporto critico fra legislazione e giurisdizione è avvertito in ogni settore. I pubblicisti si interrogano sul ruolo nuovo e diverso della Pubblica Amministrazione e analizzano i mutamenti in atto nell'assetto costi-

---

<sup>47</sup> ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969 ed ivi la Prefazione di CAMMARATA.

<sup>48</sup> ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 123.

<sup>49</sup> Un merito grande va agli studi di Perlingieri: *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 e *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 111.

<sup>50</sup> RESCIGNO, *Codice (codice civile)*, in *Treccani Enciclopedia del Novecento.*, Appendice V (1991), Id., *Codice, Codice Civile*, Enc. giur., Appendice IV, I, 1978.

<sup>51</sup> Questa evoluzione è descritta e valutata in modo limpido e profondo nel saggio di ADDIS, *Sulla distinzione fra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 119.

<sup>52</sup> In argomento, si confrontino gli scritti di SCALISI, *Complessità e sistema*, cit., p. 147; ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 43; ID., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della “regola giuridica” nell'epoca della post-modernità*, Milano, 2012, p. 227; ed altresì ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 4 e la recensione di FIORAVANTI, in *Quad. fior.*, 1994, p. 475; ID., *Il diritto nelle opere dell'Enciclopedia*, in *Treccani. Novanta anni di cultura italiana 1925-2015*, Roma, 2015, p. 120.

<sup>53</sup> GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., *passim*.

<sup>54</sup> GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit. p. XI.

<sup>55</sup> IRTI, *Nomos e lex*, cit., p. 389..

# JUS CIVILE



tuzionale<sup>56</sup>. I penalisti si interrogano, con un ossimoro provocatorio (il burocrate creativo),<sup>57</sup> sul reparto di competenze che, attribuendo centralità al giudice, intaccherebbe il nocciolo della vita democratica. Ma le opinioni sono distanti sulla legittimità del giudice, sulla riserva di legge dell'art. 25 Cost. e sulla peculiarità del diritto penale. Una peculiarità non assoluta se si confronta con la visione che la grande letteratura ha del diritto privato<sup>58</sup>.

Anche in Europa<sup>59</sup> si assumono atteggiamenti diversi<sup>60</sup> sin dalle opere di Esser<sup>61</sup>, di Dworkin<sup>62</sup> e di Tridimas<sup>63</sup> ed esiste oggi<sup>64</sup> un forte dialogo<sup>65</sup> e ricerche preziose<sup>66</sup> e recenti<sup>67</sup> che affrontano il tema dei principi<sup>68</sup> con scetticismo<sup>69</sup> o riserve<sup>70</sup> ma anche con una robusta analisi dei testi (artt. 114 TFUE, 53 TFEU 157/19 TFEU) dell'*acquis* e della casistica giudiziale,<sup>71</sup> con il contributo della dottrina<sup>72</sup> e dei giudici nazionali ed europei.

---

<sup>56</sup> *Giudici e legislatori*, (Trascrizione di un dibattito svoltosi a Firenze il 30 ottobre 2015), in *Diritto pubblico*, 2016, p. 484.

<sup>57</sup> È questo il titolo di un interessante convegno organizzato da Fausto Giunta a Firenze il 16 settembre 2016.

<sup>58</sup> Si veda una bella pagina su tutto ciò nel romanzo di MAGRIS, *Non luogo a procedere*, Milano, 2015, p. 50, dove si osserva che il diritto civile è il campo di battaglia più feroce. Più del diritto penale dove almeno le passioni ispirano i reati più infamanti. Nel civile no. Ogni relazione umana esplose, spesso, in conflitti assurdi e atroci. Tra figli e genitori, fratelli e parenti. Per successioni o contratti, per conquistare o difendere una proprietà, per vincere la gara spietata della concorrenza, per acquisire o difendere diritti fondamentali, per disputarsi i benefici patrimoniali delle “carte postume di un poeta”. Da Balzac agli autori del novecento italiano si narra dell’avidità dello spirito, della carne e del denaro di uomini e donne e di “avvocati, giudici, codicilli” che amministrano queste liti spesso inventandosi “vizi di forma” o “com-moventi e nobili pappe del cuore”, pretendendo “quando sbranano o depremano, di essere nel giusto”.

<sup>59</sup> ALPA, *I principi generali del diritto civile” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 325.

<sup>60</sup> Si confronti, in particolare, per un efficace sintesi il bel volume di REICH, *General principles in EU Civil law*, Intersentia, 2014, p. 1-16.n

<sup>61</sup> ESSER, *Grundsatz un Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubingen, 1956.

<sup>62</sup> DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass), 1977.

<sup>63</sup> TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, Oxford, 2006.

<sup>64</sup> Mi permetto un rinvio a VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 51 ([www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)).

<sup>65</sup> TRIDIMAS, *The General Principles*, op. cit., nota 2 p. 1729, come richiamato da REICH, *General Principles*, cit., p. 7.

<sup>66</sup> HARTKAMP, *General Principles of EU Law*, in *RabelsZ*, 2011.

<sup>67</sup> REICH, *General principles*, cit. p. 6.

<sup>68</sup> WEATHERILL, *The Principles of civil law as a basic for interpretino the legislative acquis*, in ERCL, 2010, 74 e LECZYKIEWICZ/WEATHERILL(eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, 2013, p. 131.

<sup>69</sup> Questa l’opinione di HESSELINK, in LECZYKIEWICZ/WEATHERILL(eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, op. cit come riferita da REICH, *General principles*, op. cit. p. 7

<sup>70</sup> BASEDOW, *The Court of Justice and civil law: vacillations, general principles and the archite of the European judiciary*, ERPL 2010, p. 475

<sup>71</sup> REICH, *General principles*, op. cit., p. 11 ss.

<sup>72</sup> Si confronti, ora, RUTGERS SIRENA (eds), *Rules and Principles in European Contract Law*, Cambridge, 2015 ed ivi i saggi di ADAR – SIRENA, *Principles versus Rules in the Emerging European Contract Law*, p. 7, PATTI S., *Con-*

## JUS CIVILE



3. – È noto che la divisione dei poteri è scritta in un famoso testo ove si equipara la sua mancanza all'assenza di una Costituzione<sup>73</sup>. Ma la sua funzione è molto discussa<sup>74</sup> tanto che il principio “rischia di diventare un dogma ambiguo e misterioso per un duplice ordine di ragioni. Da un lato, per la diversità dei modi con cui giuridicamente si è attuata sino ad oggi l'esigenza di dividere il potere, e, dall'altro, per l'impossibilità di spiegare, in modo sufficientemente realistico, la dinamica dei nostri sistemi democratico-parlamentari, partendo da questo principio, formulato nel Settecento per regimi monarchici quando l'aristocrazia deteneva ancora un potere politico”<sup>75</sup>. Tanto che il dogma può essere addirittura pericoloso in quanto “ non consente di garantire con vera efficacia la libertà del cittadino”<sup>76</sup> o la forma democratica<sup>77</sup>. Per un motivo chiaro.

“La divisione aveva un senso in un sistema sociale, ove vi erano due o tre poteri (Re, nobiltà, popolo)”. Nel nostro ordinamento esiste il solo potere “della maggioranza che governa” e questo potere può sempre diventare arbitrario<sup>78</sup> o irragionevole. Sicché la divisione non è uno strumento adeguato a segnare i tratti fondamentali della democrazia in Europa. Anche perché dopo la grande guerra “i cittadini europei, crearono qualcosa di nuovo”. Una democra-

---

*tractual Autonomy and European Private Law*, p. 123 e NAVARRETTA, *Good Faith and Reasonableness in European Contract Law*, p. 135.

<sup>73</sup> Si veda l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: “ogni società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti e determinata la separazione dei poteri non ha una Costituzione”. Per un'analisi attenta (a cura di) FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009.

<sup>74</sup> MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in (a cura di) Bobbio, Matteucci, Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, p. 203; ID., *Organizzazione del potere e libertà-Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2016, ed *ivi* una limpida sintesi sul garantismo, lo Stato di diritto, la *Rule of law*, la separazione dei poteri, appunto.

<sup>75</sup> MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p. 203

<sup>76</sup> MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p. 203. e le sue osservazioni su Montesquieu, il quale pensava ad un governo misto mediante la divisione del potere legislativo attribuito sino allora al Re, alla nobiltà e al popolo. Da qui le due Camere inglesi. L'equilibrio a cui si tende è un equilibrio sociale e non politico costituzionale, basato non su organi dello Stato ma sulle classi sociali esistenti. Questa visione ha avuto successo nell'Europa del tempo anche nello Statuto Albertino, ma con la democrazia, che riconosce ogni potere in quanto emanato dal popolo, di questa concezione rimane solo la necessità di un equilibrio costituzionale, realizzato in Italia con il modello parlamentare bicamerale, il ruolo del Presidente della Repubblica e del Governo, l'indipendenza della magistratura. Sul punto si veda altresì COLOMBO, *Governo e costituzione durante la Rivoluzione francese*, Milano, 1993.

<sup>77</sup> MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p. 204. Secondo l'a., Kant si riferiva ad una legge astratta, generale e universale, ma tale idea è stata ben presto contraddetta dalla massa crescente di leggi e leggende singolari, promosse fra l'altro non dal Parlamento ma dal Governo attraverso i decreti. Tanto che si attenua “ la distinzione fra diritto e politica, fra il legiferare e il governare; oggi si amministra e si governa per mezzo della legge e non secondo la legge. Leggi decreti e sentenze sono tutte norme che si differenziano soltanto gerarchicamente nell'ambito dell'ordinamento giuridico

<sup>78</sup> MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p. 205 e l'esame dell'ideale tedesco di Stato di diritto, ove manca l'idea di libertà politica. Nella nozione di *Rechtstaat* mutano i ruoli dei poteri, nel clima del positivismo giuridico e del mistico rispetto per la legge che è comando del Sovrano. D'altra parte, invece, la cultura inglese (la *Rule of law*) ha ignorato il concetto di Stato, usando piuttosto quello di governo, comprensivo anche della funzione esecutiva e legislativa. Ha affermato sempre l'autonomia del diritto, accanto o sopra al governo o la necessità di subordinare il governo al diritto, grazie alla *common law*. Un diritto di cui i giudici sono conservatori e depositari. Sul valore della politica si confrontino DIONIGI, *Elogio della politica*, 2009, p. 1 e CARTABIA e SIMONCINI, *La legge di Re Salomone*, Milano, 2013.

# JUS CIVILE



zia ostile ad una sovranità popolare illimitata e favorevole ad un controllo da parte di istituzioni non elettive, come le Corti costituzionali”<sup>79</sup>. E ciò che è accaduto dopo è altrettanto chiaro.

La crisi della democrazia rappresentativa coincide con la crisi dei partiti politici, da tempo incapaci di “un’autentica mediazione politica e progettuale”<sup>80</sup>. L’ultima stagione di grandi riforme si ha negli anni 70 del secolo scorso, quando muta la disciplina della Scuola, della Sanità e della Famiglia. Negli anni 80 cresce il peso della politica comunitaria e irrompe l’ideologia del mercato. Tutto ciò indebolisce il valore politico della Costituzione e rafforza il suo ruolo nella tutela dei diritti fondamentali. Ove confluiscono “esigenze privatistiche di garanzia e pubblicistiche di creazione di un ordine istituzionale”<sup>81</sup>. Mutano gli equilibri<sup>82</sup>. La Carta si emancipa dalla sua matrice originaria di “rivoluzione promessa” per “divenire norma che trova nella giurisprudenza il luogo privilegiato di applicazione dei diritti e dei principi.

Certo il vincolo alla legge e al testo rimane essenziale come cardine del sistema “che va riformato e ricercato però “nel contemporaneo agire di legami formali e fattuali”, attraverso una revisione che tenga conto del contesto mutato, del reciproco condizionamento, adattamento e modificazione della norma e del fatto”<sup>83</sup>. Ciò perché i testi e le prescrizioni non sono che l’emersione “di un complesso regolativo che verrà sviluppato ... da soggetti diversi”. Il legislatore che non ha più il monopolio della produzione delle regole ma “una posizione di precedenza e preminenza ... che diviene concretamente efficace solo attraverso la mediazione di chi applica il diritto”<sup>84</sup>. Il giudice che non è un legislatore e partecipa in via mediata alla produzione della norma solo in riferimento ai contesti concreti di applicazione. Sicché il “vincolo fra i due soggetti è reciproco e funzionale e non può essere ridotto ad una relazione di tipo gerarchico ma in un’ottica circolare policentrica del fenomeno giuridico”<sup>85</sup>.

Tutto ciò è confermato da una lettura attenta ed evolutiva di alcuni precetti costituzionali.

L’art. 1 afferma che la sovranità appartiene al popolo, ma nei modi e nelle forme previste dalla Costituzione. Dunque il vincolo alla legge si esprime in modalità complesse che la legge, i giudici e la dottrina devono precisare. La sovranità del Parlamento *deve operare e convivere con la libertà della scienza e con l’indipendenza della magistratura*. Valori anch’essi prioritari come risulta dall’art.33 ove la libertà della scienza giuridica implica possibilità di fissare le modalità di regolazione più efficienti e dall’art. 101, 2 comma, e 117 che richiama, implicitamente, la

---

<sup>79</sup> MULLER, *L’enigma democrazia. Le idee politiche nell’Europa del Novecento*, Torino, 2012, p. XV.

<sup>80</sup> FIORAVANTI, *Il diritto nelle opere*, cit., p. 120.

<sup>81</sup> FIORAVANTI, *Il diritto nelle opere*, cit., p. 121.

<sup>82</sup> CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2016.

<sup>83</sup> VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 159

<sup>84</sup> VIOLA-ZACCARIA, *op. cit.*, p. 160.

<sup>85</sup> VIOLA-ZACCARIA, *op. cit.*, p. 161.

# JUS CIVILE



CEDU e la Carta di Nizza. Una pluralità di norme<sup>86</sup> e di principi<sup>87</sup> che il giudice è chiamato ad applicare.<sup>88</sup> in modo diverso e concorrente<sup>89</sup>.

Resta da precisare come debba essere esercitato questo ruolo concorrente fissando alcuni punti fermi.

Il giudice non è soggetto ad altro potere e non può agire *contra legem*, ma deve attuare diritti e principi. Se alcuni diritti e principi sono inviolabili e sottratti alla discrezionalità del legislatore significa che legge e giudice devono svolgere la loro attività in modo complementare attraverso un serio confronto con i testi legislativi, senza il quale “non si fa diritto ma ideologia (cosa ancor più nobile, forse, ma diversa)”<sup>90</sup>.

La legge ha un compito fondamentale nell’assicurare certezza e prevedibilità delle decisioni<sup>91</sup>. Le ultime novità sul processo civile vanno in questa direzione (art. 374 3 comma c.p.c.), grazie anche all’attività della Corte di Cassazione (nell’applicazione dell’art. 360 *bis* c.p.c.), e della dottrina nel riflettere su nuove forme di certezza<sup>92</sup> e sul corretto uso dei principi.

La scienza giuridica ha un compito essenziale per un motivo evidente. L’ermeneutica di per sé non è sufficiente, ma deve coniugarsi con la dogmatica che sola può ridurre la complessità del sistema ed evitare decisioni, inaccettabili per il sistema giuridico. Come si è osservato<sup>93</sup> ci sono solo tre vie di uscita: una decisione “programmata nei dettagli dalle leggi”, l’individuazione di un ordinamento” transitivo di tutti i valori rilevanti”, oppure l’“uso di criteri indeterminati e mutevoli, fissati relativamente al caso singolo e solo per esso”. Tutte queste soluzioni presentano “manifestamente delle difficoltà” ed “hanno in comune la tendenza a fare ameno della dogmatica giuridica”<sup>94</sup>. Espressione di una scienza che ha fondamento costituzionale in termini di libertà e responsabilità (art. 33 Cost.).

Solo qualche osservazione.

---

<sup>86</sup> SORACE, *Giudici e legislatore*, in *Dir. Pubbl.*, 2016, p. 615.

<sup>87</sup> LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 391.

<sup>88</sup> Una svolta, nel diritto positivo, si ha con la sentenza n. 500 del 22 luglio 1999 della Corte di Cassazione (in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487) sul risarcimento degli interessi legittimi, ove si enuncia una precisa visione del reparto di competenze nell’applicazione della responsabilità civile. Spetta al legislatore fissare la rilevanza della situazione soggettiva lesa. Spetta al giudice, nell’applicazione del requisito dell’ingiustizia del danno, individuare la tutela più adeguata alla protezione dell’interesse violato dal contegno altrui NUZZO, *Regolamento sul diritto comune europeo della vendita ed evoluzione del diritto interno*, in *Contr. impr. Eur.*, 2013, p. 615; ID., *Il diritto europeo dei contratti e l’evoluzione del diritto interno*, in (a cura di) PERLINGIERI-TARTAGLIA-POLCINI, *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 303 e le osservazioni critiche di D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. Civ.*, 2016, p. 505.

<sup>89</sup> Il rimedio giudiziale non crea il diritto ma serve ad individuare la modalità della tutela più efficiente in dialogo con il legislatore e la scienza giuridica che partecipano in modo diverso, al processo di produzione del diritto. Sul punto, VIOLA-ZACCARIA, cit., p. 159.

<sup>90</sup> BELVEDERE, *Scritti giuridici*, I, *Linguaggio e metodo giuridico*, p. 337 e in part. per la citazione nel testo p. 564.

<sup>91</sup> Il messaggio lucidissimo è stato recepito grazie alle opere di Irti (si veda retro la nota n. 10)

<sup>92</sup> BENEDETTI, *La fattispecie e altre forme di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 67 ([www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)).

<sup>93</sup> LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. di Febbrajo, Bologna, 1978, p. 79.

<sup>94</sup> LUHMANN, *op. cit.*, p. 80.



4. – Si è detto, poc' anzi, che la legge generale e astratta non è spesso idonea a regolare i conflitti e a delimitare la funzione del legislatore e della giurisprudenza. L'analisi di molte vicende teoriche rafforza questa consapevolezza ma richiede anche una riflessione<sup>95</sup> molto delicata. Mi limito a due temi sensibili. Il controllo dell'equilibrio del contratto e l'attuazione dei diritti e principi fondamentali che dividono la dottrina<sup>96</sup>.

Quanto al controllo giudiziale sul contratto di fronte al ripensamento giurisdizionale dei rimedi invalidanti, la critica di alcuni commentatori è tanto feroce quanto ingiustificata<sup>97</sup>. Il rinvio alla buona fede e alla causa come strumenti di controllo dell'autonomia privata, non possono evocare alcuna tempesta<sup>98</sup> ma servono a delimitare termini di un controllo giudiziale di responsabilità e di validità coerente con l'evoluzione dell'ordinamento. Ed è chiaro perché.

Il codice del 1942 era sensibile ad un controllo della funzione sociale del contratto e non al tema dell'equilibrio o dell'equità, anche se c'erano norme che l'avrebbero consentito. Dalla buona fede al giudizio di meritevolezza, alla causa e l'ordine pubblico. Istituti a lungo disattesi dalla giurisprudenza in ossequio al principio della certezza. Questo orientamento muta con la consapevolezza che il controllo giudiziale, fondato sul nuovo sistema delle fonti, non è volto alla protezione di interessi individuali ma di un interesse pubblico, fondato sulla Costituzione e le altre fonti sovraordinate. L'uso ampio della buona fede, come esplicitazione dell'art. 2 Cost., è il primo sintomo di questa nuova stagione, ma non solo. Il controllo sul potere privato nella disciplina della concorrenza e del mercato ha posto in luce un altro settore fondamentale ove emerge non un problema di equilibrio fra forti e deboli, ma una valutazione su un interesse pubblico all'esistenza di un mercato concorrenziale che si declina come vero e proprio diritto soggettivo.

Insomma la causa si ripensa alla luce di una nuova legalità. Anzitutto nel precisare il suo ruolo in tema di prezzo irrisorio e adeguatezza originaria del corrispettivo<sup>99</sup>. Poi nell'affrontare

---

<sup>95</sup> Si veda TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale fra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 88 ss.

<sup>96</sup> D'AMICO, *op. cit.*, p. 443.

<sup>97</sup> La vicenda delle *claims made* è emblematica (Cass. sez. un., 06 maggio 2016, n. 9140 in *Foro it.*, 2016, I, 2014). La Corte valuta il contenuto, controverso, della clausola che “condiziona la copertura assicurativa a due fatti: il sinistro e la denuncia che debbono verificarsi entrambi nel periodo di vigenza della polizza. Si esclude l'illiceità ma ci si chiede, giustamente, sino a che punto le parti possano snaturare il contratto di assicurazione, condizionando la copertura ad una barriera temporale che in certi casi appare intollerabile. Da qui la sollecitazione di un'indagine in concreto sull'applicazione dell'art. 33 del codice del consumo in caso dei contratti da esso disciplinati, e sulla posizione del professionista in considerazione anche dell'obbligo legale di assicurarsi a tutela dei loro clienti e assistiti. Da ultimo la Corte a sezioni unite con sentenza del 2 dicembre 2016, n.24645 (in <http://www.italgiure.giustizia.it/>) assicura continuità a tale orientamento.

<sup>98</sup> PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2012.

<sup>99</sup> Si veda Cass.4 novembre 2015, n.22567 (così la massima “Solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico può determinare la nullità della vendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà

## JUS CIVILE



il delicato problema dell'equilibrio negoziale che in Italia i giudici devono affrontare senza l'ausilio di una legge adeguata alla evoluzione dei rapporti e dei mercati. Intervento che in altri ordinamenti vi è stato. È noto che la riforma del *code civil* pur in ossequio alla tensione anti-causalistica presente in Europa elimina la causa ma non, il problema del controllo sull'atto. Anzi interviene con efficacia sull'oggetto (art. 1169), estende ad ogni contratto non negoziato il controllo delle clausole che comportano un significativo squilibrio, introduce la figura della violenza economica e una disciplina specifica per l'imprevidenza. Tutto ciò recependo e dialogando con la giurisprudenza, dopo una lunga fase di studio e di progetto<sup>100</sup>. In Italia lo strumento della causa concreta<sup>101</sup> e della meritevolezza è utilizzato nel controllo clausole *claims made*<sup>102</sup> e dei contratti finanziari atipici<sup>103</sup> tramite un giudizio da svolgere, con l'ausilio di principi costituzionali che rafforzano l'esigenza di accertamento della validità e invalidità del contratto ai sensi dell'art.1418 c.c.<sup>104</sup> con motivazioni che<sup>105</sup> si pongono, in assenza di interventi di legge, l'esigenza di una valutazione effettiva delle tutele civili<sup>106</sup>.

Sul primo aspetto il dialogo nella dottrina civilistica più autorevole percorre tutta la seconda

---

*dei contraenti ed all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto*"), in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, p. 503 con nota di BARCELLONA, *La causa del contratto e il "prezzo vile": giudizio causale e trasparenza negoziale*; la sentenza è pubblicata anche in *Foro it.*, 2016, I, c. 151 ed ivi la nota di PARDOLESI. In dialogo con la dottrina si esclude che l'equilibrio originario delle prestazioni possa rilevare come mancanza di causa salvo che si sia in presenza di un indice normativo (rescissione, impossibilità). Occorre invece precisare che l'assenza di corrispettivo non basta ad individuare una donazione o una liberalità e ne sono prova rapporti come quelli fra società collegate o i patti parasociali.

<sup>100</sup> Sul punto MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432, ma, soprattutto, FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral à jour de la réforme*, 1, Paris 2016, p. 33 e DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime générale t de la preuve des obligations*, Paris, 2016.

<sup>101</sup> Si vedano le diverse opinioni sul punto di ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957; LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, p. 273 e 278, ove si considera la causa una "variante 'domestica' di una regola più generale di controllo equitativo della giustizia degli scambi".

<sup>102</sup> DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 545.

<sup>103</sup> Sul punto si veda il limpido saggio di GRISI, *Spigolando su causa, derivati, informazione e nullità*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 137 ([www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)).

<sup>104</sup> Si vedano, da ultimo, Cass.15 febbraio 2016, n.2900 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 852; Cass. (ord.) 30 settembre 2015, n.19559, in *Banca, borsa*, 2016, II, p. 137 (ove si precisa il richiamo alla meritevolezza con il contrasto degli art. 38 e 47 Cost.) con nota di TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale* e Cass. 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, p. 725 con nota di COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*.

<sup>105</sup> PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made*, *cit.*, c.2012.

<sup>106</sup> Basta pensare nel caso della *claims made* alla diversa situazione di un contratto per l'assicurazione nella circolazione dei veicoli, ove il danno si verifica in tempo reale e non crea problemi di una successiva consapevolezza che impedisca una successiva denuncia, e di un contratto per l'assicurazione professionale, ove il contegno non diligente e il danno può venire ad esistenza in un momento molto successivo al fatto, sicché la sua denuncia può avvenire anche dopo la cessazione dell'efficacia della polizza. Il problema sta casomai negli effetti della nullità parziale della clausola che altera l'equilibrio del contratto perché il premio dell'assicurazione sarebbe stato più alto in assenza della clausola dichiarata nulla.



metà del novecento. Da un lato si ammette una *Drittwirgung* solo in assenza di una regolazione legislativa<sup>107</sup> criticando il neo-costituzionalismo<sup>108</sup> che amplia i poteri del giudice e finisce per ridurre il diritto a pratica affidata soprattutto alla giurisprudenza tramite l'utilizzo indiscriminato dell'interpretazione conforme<sup>109</sup>. Sicché la creazione giudiziale di una regola per il singolo caso "incerta e controversa" "potrebbe finire per violare lo stesso principio di eguaglianza"<sup>110</sup> e di divisione dei poteri.<sup>111</sup> Dall'altro si riconosce il ruolo fondamentale dei principi e della loro applicazione diretta o indiretta concentrandosi sulle modalità più adeguate di attuazione.<sup>112</sup> Il tema esige un approfondimento più ampio.

5. – Come precisa Mengoni<sup>113</sup> i principi possono assumere la veste dogmatica di regole di decisione o il carattere retorico di una base di partenza per l'attività del giudice, come il riferimento alla giustizia della decisione o del contratto e del processo<sup>114</sup>. Che cosa si intende? Come può entrare questo riferimento nel discorso giuridico<sup>115</sup>.

Un punto fermo sta nella essenziale unità di diritto e linguaggio<sup>116</sup>. Entrambi hanno in comune lo scopo di ordinare la società. Per garantire il primo, le libertà di singoli e istituzioni. Il se-

---

<sup>107</sup> D'AMICO, *op. cit.*, p. 456, l'attenzione critica è rivolta in particolare alle opere di Perlingieri secondo cui "le norme costituzionali vincolano qualsiasi potere legittimato a dettare regole che concorrono a comporre l'ordinamento del caso concreto", sicché un principio può aspirare a ricevere sempre la massima attuazione possibile anche in contrasto con il bilanciamento operato dal legislatore" (ivi p. 455-60 e note 25 ss., in part. 26). Di Perlingieri si veda *La persona umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 11; Id. *Norme costituzionali e rapporti*, cit., p. 95; ID., *Il diritto civile nella legalità*, cit., *passim* (la riflessione dell'a. segue, anche distanziandosi, la teoria di R.ALEX, *Theorie der Grundrechte*, 1986, ma il dialogo con la dottrina è ampio e sia nelle pagine che nelle note).

<sup>108</sup> Si fa riferimento in particolare alle opere di BONGIOVANNI, voce *Neocostituzionalismo*, in *Enc.dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 749; LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche, dottrine*, Torino, 2016, e, in particolare, FERRAJOLI, cit., p. 2771.

<sup>109</sup> D'AMICO, *op. cit.*, p. 456, imputa al costituzionalismo l'ampliamento dei poteri del giudice e la riduzione del diritto a pratica affidata soprattutto alla giurisprudenza, tramite l'utilizzo indiscriminato dell'interpretazione conforme. Non solo. Si esclude che i principi possano operare direttamente in presenza di "lacune provocate dall'omessa produzione di norme" per un motivo chiaro. Occorre evitare che il giudice possa "(argomentando sulla base di principi costituzionali) creare "diritti nuovi" (o affermare nuove forme di tutela per quelli esistenti) sostituendosi alla politica e "anticipando" soluzioni la cui mancata adozione da parte del legislatore non sia tanto dovuta ad una consapevole inerzia quanto piuttosto alla circostanza che quelle soluzioni non sono ancora "mature".

<sup>110</sup> D'AMICO, *op. cit.*, p. 486

<sup>111</sup> A ben vedere la conclusione del lungo discorso non è così netta. Non fosse altro perché si riconosce, da ultimo, l'impulso positivo della giurisprudenza nell'attuazione dei principi, sollecitando soltanto il giudice a "tener conto dei limiti che sussistono e si oppongono a tale applicazione" quando si sia in presenza di un "ipotesi di lacuna legislativa", v. p. 507.

<sup>112</sup> D'AMICO, *op. cit.*, p. 492 nota 124.

<sup>113</sup> MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 (ora in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 165).

<sup>114</sup> Si veda, volendo, VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in questa rivista, 2015, p. 787.

<sup>115</sup> PLATONE, *La Repubblica*, (annotata da Guzzo), Firenze, 1948, p. 3-49 ove da duemila anni si ricorda che la giustizia può diventare "l'utile del più forte" senza principi che vengano prima della legge.

<sup>116</sup> BENEDETTI, *Oggettività esistenziale*, cit., p. 234, "la struttura dell'interpretazione suppone un *testo* da intendere: il testo delimita, nell'infinità del comprendere, l'area dell'interpretare".

# JUS CIVILE



condo la creazione di una realtà sociale<sup>117</sup> e di una comunità<sup>118</sup>. In entrambi i casi occorre una cautela primaria. Si deve togliere peso alle parole per avvicinarsi ai fatti<sup>119</sup>, alla realtà effettuale. Giustizia ed effettività sono parole che hanno necessità, per un uso corretto, di questa opera di decostruzione. Iniziamo dalla prima.

Da sempre<sup>120</sup> si è avvertito l'esigenza di delimitare il suo uso significato muovendo da un dato simbolico. La cultura giuridica sino ai primi decenni del novecento aveva espresso uno slogan. *Qui dit contractuelle dit juste*. Niente di più chiaro. La legge del contratto è la volontà delle parti. Un accordo libero ed esente da vizi è il massimo della giustizia ed è il valore che si vuol affermare e garantire. Solo in presenza di un vizio genetico o funzionale tipizzato si può negare effetti a quell'atto di volontà. Di più<sup>121</sup>. Esiste un solo contratto e un solo contraente, foggiate sulle mitologie della modernità. Un borghese abbiente. Né debole né forte. Espressione di una classe dominante che in tutta Europa ha costruito, nel *code civil* e nel BGB, il proprio statuto giuridico e politico.

La cultura ordo-liberale identifica il contratto giusto con le condizioni di una piena concorrenza secondo i tratti del tempo<sup>122</sup>, ispirati alla centralità di un mercato regolato e tale idea domina in gran parte la politica comunitaria. La protezione del consumatore è ad un tempo strumento di protezione di una parte e condizione di efficienza del mercato. La elaborazione della disciplina delle clausole vessatorie in Francia e Germania e poi nell'*iter* di approvazione della direttiva comunitaria del 1993, scandiscono bene il mutamento nel fondamento e nel controllo del contratto. La giustizia non si identifica più con la volontà e con un unico modello di contratto e di contraente. La formula ottocentesca declina e faticosamente appare un nuovo modello di riconoscimento dell'autonomia contrattuale e di controllo del contenuto liberamente voluto dalle parti. Insomma *contractuelle* può non essere *juste*. Un accordo libero e valido non è più garanzia di giustizia. Ma stenta a prendere forma uno slogan evocativo di questa evoluzione.

La vera novità si ha con la piena consapevolezza del significato precettivo della Costituzione repubblicana resa evidente dall'attività del Giudice delle leggi. La Repubblica non garantisce solo la libera iniziativa ma deve rimuovere gli ostacoli che di fatto limitano l'esplicazione della

---

<sup>117</sup> SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006, p. 70 ss. ove si osserva che “il linguaggio è essenzialmente costitutivo della realtà istituzionale”; GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in questa rivista, 2014, p. 1; BAMBI-MARIANI MARINI, *Lingua e diritto: Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa, 2013, ed *ivi* CERRI, *Efficienza e comprensibilità come obiettivi deontologici del linguaggio del civilista*, p. 68-78 in cui si prevede un elenco in 50 punti delle buone pratiche; CALVINO, *Note sul linguaggio politico*, in ID. *Una pietra sopra*, Milano, 1995, pp. 369-373.

<sup>118</sup> GROSSI, *Giuristi e linguisti*, cit., p. 1 ss.

<sup>119</sup> CALVINO, *Lezioni americane, la leggerezza*, Milano, 1988, p. 3.

<sup>120</sup> Sul punto sia consentito il rinvio ai miei precedenti scritti: *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 20; *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 5; *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, *ivi*, 2006, p. 58.

<sup>121</sup> Si veda il lucido e utilissimo saggio di TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 75.

<sup>122</sup> SACCO – DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, 2004, 624-625.

# JUS CIVILE



personalità, anche nei rapporti economici. L'obiettivo da realizzare è un *prius*, una finalità chiaramente espressa dal testo dell'art.36, norma di indiscussa efficacia diretta. La promessa è di garantire a tutti una vita libera e dignitosa attraverso i poteri e gli strumenti propri di ogni organo a ciò deputato. Anzitutto con l'intervento legislativo, ma con un margine di intervento anche della giurisprudenza costituzionale, ordinaria e soprannazionale<sup>123</sup>.

Il problema della giustizia non si fonda su di un giusnaturalismo sacro o profano. Non è scandito dalla presenza di un contratto definito con numeri o aggettivi (Btb Btc, terzo, asimmetrico e così via)<sup>124</sup>. Il richiamo alla giustizia ha il compito di decostruire e ripensare<sup>125</sup> la teoria e la configurazione degli istituti fondamentali del diritto privato per fissare un controllo affidato, oggi, a fonti diverse dal passato. Non più solo la legge ma anche i principi costituzionali e sovranazionali. Non più solo la volontà popolare espressa, in procedure legali fissate nelle norme. Ma legislazione e giurisdizione interna e internazionale, in dialogo fra loro. Questo il tratto del tempo. Questa la "verità" della giustizia nel diritto<sup>126</sup>.

Certo si può discutere<sup>127</sup> se la parola giustizia sia troppo densa o settaria<sup>128</sup>, e non si può concludere che esiste una "clausola generale" di giustizia in Europa o, al contrario, che spetta solo alla legge e ad una procedura parlamentare risolvere ogni problema di controllo. Entrambe le tesi peccano di un assolutismo eguale e contrario. Occorre togliere peso alla parola e avvicinarsi, da diverse visioni, al problema che essa evoca.

Il dibattito italiano offre una varietà di opinioni vasto. Molto diffusa è la teoria procedurale contrapposta ad un uso a-tecnico e pervasivo del giusto e dell'ingiusto nel contratto. Una recente voce esprime una definizione corretta che apre, ma non affronta il problema positivo. La "giustizia" del contratto è, insieme, il risultato relativamente stabile del processo auto-correttivo del diritto e un'articolazione fondamentale del patto sociale<sup>129</sup>. Credo che sia così ma si deve individuare quale sia il tratto, oggi relativamente stabile, del principio e la filosofia ci viene in aiuto.

---

<sup>123</sup> FIORAVANTI, *La Corte e la Costituzione nella democrazia costituzionale*, cit.; ID., *Il legislatore e i giudici*, cit., p. 7; ID., *Il diritto nelle opere*, cit., p. 111 e 123-124.

<sup>124</sup> VETTORI, *Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in ERCL, 2013, p. 221.

<sup>125</sup> DERRIDA, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità"*, Torino, 2003, p. 49.

<sup>126</sup> Se è così non credo sia utile tornare al dilemma del prezzo giusto sepolto dalla storia. Affermarne l'esigenza o negarla non aggiunge niente al nostro tema di fondo. È piacevole leggere posizioni diverse su questo tema ma non credo che "a welfarist (economic) conception of justice best explains the existing (European) rules on contract formation and price. And its also casts a long and dark scado over general 'fair price rule'<sup>126</sup>. Come reputo scontato concludere che "the preence and the absence of a fair price rules is compatible with a legitimate and just contract law regime" (EIDENMULLER, *Justifying Fair Price Rules in Contract Law*, in ERCL 2015, p. 220).

<sup>127</sup> HESSELINK, *Could a fair price rule (or its absence) be unjust? On the relationship between contract law, justice and democracy*, in ERCL, 2015, p. 185, il quale osserva che la scelta compete al legislatore e un principio di giustizia meno denso esige ancora che "the law can (and will at some point) be justified in non-sectarian terms, but given that such more neutral grounds are readily avabile on either side of the debat".

<sup>128</sup> Si veda HESSELINK, *Five political ideas of European contract law*, in ERCL, 2011, p. 295.

<sup>129</sup> CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, p. 447.

# JUS CIVILE



Come insegna Derrida “il diritto è essenzialmente decostruibile, sia perché costruito su strati testuali interpretabili e trasformabili sia perché il suo fondamento ultimo non è fondato”. La Giustizia invece non è decostruibile per un motivo chiaro. “*La decostruzione è la giustizia*”, ordina di calcolare con un procedimento preciso che si fonda su “una memoria storica e interpretativa”, la quale “spinge a denunciare limiti teorici e ingiustizie concrete” e “richiama a un sovrappiù di responsabilità quando un assioma gode di molto credito”. Ciò attraverso due tecniche: “un aspetto dimostrativo di paradossi logico-formali” e una corretta interpretazione dei testi.

Secondo questa lucida visione il giusto non è mai garantito da una legge e una decisione giusta si avrà solo se “il giudice non segue solo la regola ma l’assicura, l’approva, ne conferma il valore attraverso un’interpretazione restauratrice, come se la legge non esistesse prima e l’inventasse lui stesso per il singolo caso”. Ciò non significa incoraggiare una giustizia caso per caso. Il giudice non può operare senza un ordine o al di fuori di esso. La sua decisione sarà giusta quando sarà conforme a un diritto o una convenzione che “autorizzano un calcolo” secondo un’origine fondatrice come lo Stato moderno o l’atto istitutivo di una costituzione”. Secondo quindi un sistema di fonti.<sup>130</sup> Sicché la giustizia “non è il diritto, è il movimento stesso della decostruzione all’opera nel diritto”.

La decisione è un momento delicatissimo, ma sarà giusta se è aperta alla concreta relazione da regolare<sup>131</sup> “perché ogni avanzata della politicizzazione (seppur necessaria) obbliga a riconsiderare, a reinterpretare i fondamenti stessi del diritto così come erano stati ... calcolati e delimitati”.<sup>132</sup>

Insomma “la giustizia incalcolabile ordina di calcolare tutto ciò che le è vicino”<sup>133</sup> e il suo tratto è “l’emersione della diversità che raffina la nostra sensibilità per le differenze”, contro l’astrazione della modernità<sup>134</sup>. La consapevolezza insomma che la legge generale e astratta non è più idonea a fissare a regolare il diritto dei privati e il ruolo del legislatore e della giurisprudenza.

## 6. – L’utilizzo del principio esige un chiarimento essenziale.

La concezione istituzionale<sup>135</sup> non attribuisce all’effettività un significato esterno, ma inter-

---

<sup>130</sup> DERRIDA, *op. cit.*, p. 76.

<sup>131</sup> LÉVINAS, *Totalità e infinito*, Milano, 2016, p. 81.

<sup>132</sup> Né essa può “essere un alibi per astenersi dalla lotta giuridica e politica all’interno di un istituzione”. Abbandonata a sé stessa la giustizia “è sempre prossima al male, ovvero al peggio perché il calcolo più perverso può sempre riappropriarsene”. “Una garanzia contro questo rischio esige di saturare e suturare l’appello alla giustizia, sempre ferito”.

<sup>133</sup> DERRIDA, *op. cit.*, p. 79-85.

<sup>134</sup> LYOTARD, *La condizione postmoderna*, (trad. it. di C.Formenti), Milano, 2012, p. 7

<sup>135</sup> ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, p. 49.

# JUS CIVILE



no alla dinamica giuridica “poiché essa è il diritto obbiettivo e perciò non esige alcun altro fondamento”<sup>136</sup>. Occorre solo che il fatto, per essere giuridicamente rilevante, sia valutato da una “una coscienza storicamente determinata in una data collettività”<sup>137</sup>. In tal modo la “riflessione si sposta dall’effettività alla misura scelta per calcolare il peso giuridico dei fatti”<sup>138</sup> e si espone alla critica di trascurare, del tutto, la dimensione normativa.

La prospettiva opposta è chiarissima<sup>139</sup>. Non esiste un criterio unico ed universale. Nella valutazione dei fatti “ciascuno di noi sceglie il proprio criterio nessun criterio è interdetto, nessun criterio è obbligatorio; la scelta è affidata alla volontà del singolo “che sceglie la norma fondamentale, molteplice e discordante come garanzia di validità dei criteri di giudizio applicati ai fatti storici”. “Questa scelta lo può condurre all’interno di “uno Stato, o in una banda criminale, o in una setta mistica, o in un gruppo rivoluzionario”<sup>140</sup>. Non esiste un ordine concreto precostituito<sup>141</sup>. “Norma e fatto comunicano attraverso il giudizio, i fatti restano ciò che sono, ma vengono messi a confronto dal soggetto giudicante” che è ciascuno di noi quando scegliamo la norma “fondamentale che governa la nostra vita”. Insomma il significato giuridico dell’effettività non è oggettiva, ma sta “piuttosto in noi che giudichiamo i fatti dall’esterno e li commisuriamo ad un criterio da noi prescelto”<sup>142</sup>.

A ciò è possibile replicare che la rilevanza giuridica dei fatti e delle situazioni soggettive presuppone un ordine<sup>143</sup> espresso da un sistema di fonti. Nel pensiero europeo del primo novecento “la teoria politica trae la giustizia dal valore indiscusso della spontaneità”; ma in tal modo non si fonda una teoria né si enuncia una verità oggettiva per il semplice motivo che la libertà individuale non ha l’ultima parola<sup>144</sup>. Un passo in avanti si ha quando si prende in considerazione l’Altro<sup>145</sup> e “la società che è luogo della verità”<sup>146</sup>. Il diritto, in questa dimensione, deve

---

<sup>136</sup> IRTI, *Significato giuridico dell’effettività*, cit., p. 13, 15.

<sup>137</sup> PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953, p. 139.

<sup>138</sup> IRTI, *Significato giuridico dell’effettività*, op. cit., 13.

<sup>139</sup> IRTI, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, p. 137-140.

<sup>140</sup> IRTI, *Significato giuridico*, cit., p. 31.

<sup>141</sup> Come teorizzato da ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, passim e da SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino, 2002, p. 14, ma anche ID., *Dialogo sul potere*, Milano, 2012, passim.

<sup>142</sup> Così IRTI, *Significato giuridico*, cit., p. 32.

<sup>143</sup> ROMANO, *Frammenti di un dizionario*, cit. p. 209ss.

<sup>144</sup> LÉVINAS, op. cit., p. 82 “La libertà spontanea dell’io che non si preoccupa della propria giustificazione è un’eventualità inscritta nell’essenza dell’uomo separato: di un essere che *non partecipa più*”, p-89; e sul punto anche DERRIDA, op. cit., p. 74.

<sup>145</sup> LÉVINAS, op. cit., p. 96 “La sua esistenza giustificata è il fatto principale, ” perché “se l’altro può investirmi ed investire la mia libertà di per sé arbitraria, questo significa che io stesso, posso, in fin dei conti sentirmi come l’Altro dell’Altro “La significazione degli esseri si manifesta non nella prospettiva della finalità, ma in quella del linguaggio”. “il silenzio non è una semplice assenza di parola.. È l’inverso del linguaggio: l’interlocutore ha dato un segno ma si è sottratto a qualsiasi interpretazione-e qui è il silenzio che spaventa” p. 90.

<sup>146</sup> LÉVINAS, op. cit., p. 83. “l’essenza della ragione non consiste nel garantire all’uomo un fondamento e dei poteri, ma nel metterlo in questione e nell’invitarlo alla giustizia” p. 87. “io non sono solo ... la società è il luogo della verità” p. 100.

## JUS CIVILE



tener conto dell'estensione del diritto altrui, e della giustizia che si presenta sempre con “una certa dissimmetria e una qualche violenza”, perché esige di rimuovere le differenze ed ha “come statuto di verità” il fare”, il “forse”<sup>147</sup> e un giudizio che si manifesta come attenzione all'alterità, come vera “condizione della storia”<sup>148</sup>.

Questo giudizio investe anche i fatti e la loro percezione effettiva. Conoscere significa comprendere e giustificare, privando il fatto “di ciò che è compiuto, di ciò che è passato”; isolando la verità che da esso promana ed orienta. Solo in questo momento “passiamo da un'attività che non tiene in considerazione niente ad una considerazione critica del fatto” che deve cogliere quelle differenze nella realtà da valutare in base ad un testo che per noi è la Costituzione reublicana.

Con essa si supera un ordine basato sulla sovranità di un centro politico e la libertà dei singoli. Si fondano invece valori primi ed equidistanti. La inviolabilità dei diritti e la solidarietà che non hanno bisogno di un centro, ma di un bilanciamento. Un eccesso di garanzie o di doveri rompe l'equilibrio, espresso da un patto che obbliga ogni cittadino a camminare assieme verso una direzione “giusta” che deve assicurare a ciascuno una esistenza libera e dignitosa. Non un obiettivo ideologico che divide, ma un principio costituzionale che unisce. Che deve essere realizzato non dallo Stato ma dalla Repubblica. Non solo dalla Politica, dunque, ma da un coordinamento fra i poteri legislativo, giudiziario e amministrativo.

Diviene chiaro allora che l'*essenza giuridica del fatto*, distinta dall'efficacia<sup>149</sup>, orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva o del conflitto perché consente di *conoscere* il fatto, nella sua essenziale manifestazione della diversità e delle differenze, e di *valutarlo* tramite il principio di effettività rispetto a un ordine descritto negli articoli 117, 2 e 24 Cost., 13 Cedu e 47 carta di Nizza.<sup>150</sup>

Sicché, in caso di violazione della situazione in tal modo protetta si dovrà esaminare la tutela prevista da regole (interne e comunitarie) e dalla giurisprudenza consolidata. Se la protezione non è adeguata andrà ricondotta ad uno standard costituzionale interno o comunitario attraverso un'interpretazione integrativa, legittimata da una fonte costituzionale. Ed è chiaro che, in questi limiti, *il principio di effettività non riduce il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto* in virtù di norme di sistema che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> DERRIDA, *op. cit.*, p. 82 “*Forse*, bisogna sempre dire *forse* per la giustizia...C'è giustizia solo nella misura in cui c'è l'evento possibile, evento che in quanto tale eccede il calcolo, le regole, i programmi, le anticipazioni ecc. Questo eccesso della giustizia rispetto al diritto e al calcolo..non può e non deve servire da alibi per astenersi dalle lotte giuridico-politiche, all'interno di una Istituzione o di no Stato”.

<sup>148</sup> Così LÉVINAS, *op. cit.*, p. 87 e 88.; ma anche DERRIDA, *op. cit.*, p. 82 secondo cui l'affermazione di Levinas (la verità presuppone la giustizia) “presuppone sempre la dimensione di giustizia degli enunciati performativi, cioè la loro essenziale precipitazione. Questa non si dà mai senza una certa dissimmetria e una qualche violenza”.

<sup>149</sup> Anche se diverse sono le ricostruzioni concettuali proposte sul punto: per una sintesi VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 378.

<sup>150</sup> REICH, *op. cit.* 213ss.

<sup>151</sup> GAVAZZI, Effettività, principio di, in *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma, 1989, p. 4.

# JUS CIVILE



Certo il principio non rende giuridico qualsiasi fatto: al contrario è strumento per valutare se una situazione è ordinata in diritto attraverso una selezione dei fatti e interessi rilevanti proprio in base all'effettività<sup>152</sup>. La critica di confondere così fatto e diritto non coglie nel segno. Il principio è fonte di diritto e richiama, in ogni singolo problema di vita, un metro di valutazione espresso dall'ordine che si deve attuare. La Corte costituzionale italiana interviene per garantire la effettività della tutela dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia assicura nell'ambito comunitario il massimo effetto utile delle direttive, a protezione del mercato, dei consumatori e di altri soggetti. La Corte di Strasburgo assicura l'effettività di un ordine che impone il rispetto della Convenzione europea dei diritti umani da parte degli Stati aderenti.

In ogni caso l'effettività è utilizzata dalle Corti *come antidoto alla astrattezza delle tutele e delle situazioni soggettive, arricchisce il loro contenuto ampliando gli obblighi positivi degli Stati e favorendo l'attuazione giurisprudenziale di rimedi capaci di rimuovere gli ostacoli al loro esercizio e adeguati alla protezione sostanziale dell'interesse*<sup>153</sup>.

Le finalità e le potenzialità sono insomma chiare. Eliminare le restrizioni nella protezione dei diritti, potenziare la funzione ermeneutica e individuare i rimedi più adeguati alla lesione<sup>154</sup>.

Tutto ciò nella pluralità di ordinamenti che esigono tutele diversificate per fatti conoscibili attraverso la decostruzione delle regole (giustizia) e la verità giuridica del fatto (effettività). Attività proprie del giudice ma non solo.

L'ermeneutica di per sé non è sufficiente ma deve coniugarsi con la dogmatica che sola può ridurre la complessità del sistema ed evitare che si prospetti una pluralità di possibili decisioni, inaccettabile per il sistema giuridico. Come si è osservato, da tempo<sup>155</sup>, ci sono solo tre vie di uscita: una decisione "programmata nei dettagli dalle leggi", l'individuazione di un ordinamento "transitivo di tutti i valori rilevanti", oppure l'"uso di criteri indeterminati e mutevoli, fissati relativamente al caso singolo e solo per esso". Tutte queste soluzioni presentano "manifestamente delle difficoltà" ed "hanno in comune la tendenza a fare ameno della dogmatica giuridica"<sup>156</sup>.

Ma ciò esige un altro tipo di riflessione.

---

<sup>152</sup> PIOVANI, *Effettività (principio di)*, cit., p. 430

<sup>153</sup> Fra le prime sentenze: Corte eur. dir. uomo, *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, par. 24-28 (in tema di maltrattamenti familiari e l'assenza di una tutela adeguata ed effettiva della donna coniugata); *Lopez Ostra c. Spagna*, 9 dicembre 1994, par. 52-58 (in tema di emissioni intollerabili); *Opuz c. Turchia*, 09 giugno 2009 (ancora su maltrattamenti familiari e rimedi statali ineffettivi).

<sup>154</sup> Indica questa triplice funzione della effettività nelle pronunzie della Corte di Giustizia REICH, *op. cit.*, p. 91.

<sup>155</sup> N. LUHMANN, *op. cit.*, p. 79.

<sup>156</sup> N. LUHMANN, *op. loc. cit.*, 80.