

LA SCIENZA
GIURIDICA
DEI CIVILISTI
CONTEMPORANEI

AURELIO **GENTILI**



La scienza giuridica dei civilisti contemporanei

The Contemporary Private Law Lawyers' Legal Science

AURELIO GENTILI

Professore emerito di diritto civile, Università degli Studi Roma Tre.

E-mail: aurelio.gentili@uniroma3.it

ABSTRACT

In questo articolo, l'autore fornisce una breve panoramica delle principali scuole di pensiero nel diritto privato italiano contemporaneo. Tracciando dapprima i grandi cambiamenti nel loro oggetto d'indagine, l'autore distingue quattro principali tipi di studiosi contemporanei di diritto civile, cioè i conservatori, i riformatori, i rivoluzionari e i reazionari.

In this paper, the author provides a brief overview of the principal schools of thought in contemporary Italian private law. By first tracing in broad strokes the major changes in their subject matter, the author then distinguishes four major types of contemporary civil law scholars, i.e. the conservators, the reformers, the revolutionaries and the reactionaries.

KEYWORDS

diritto civile, scienza giuridica, dottrine, metodologia, positivismo giuridico

private law, legal science, doctrines, methodology, legal positivism

La scienza giuridica dei civilisti contemporanei

AURELIO GENTILI

1. *Un paesaggio delle dottrine del diritto civile* – 2. *Ascesa e declino del metodo giuspositivista* – 3. *Civilisti conservatori* – 4. *Civilisti riformatori* – 5. *Civilisti rivoluzionari* – 6. *Civilisti reazionari* – 7. *Unità e pluralismo nella civilistica contemporanea*.

1. *Un paesaggio delle dottrine del diritto civile*

Il paesaggio è notoriamente un genere pittorico minore. Meno noto è che sia un genere laico, che nasce quando l'interesse a celebrare o deprecare cala e prevale la volontà di mostrare le cose come sono. E così qui lo intenderò, cercando di suggerire a chi legge un panorama per quanto possibile fedele degli stili, metodi e tendenze della scienza dei civilisti contemporanei.

C'è però una premessa da fare. Un buon paesaggio della scienza giuridica contemporanea è sì puramente descrittivo. Ma è descrizione di prescrizioni. Per meglio dire: è descrizione di "dottrine" del diritto.

A prima vista non è così: nei giuristi le "teorie" abbondano. E le teorie si presentano come oggettiva descrizione del diritto. Perciò come contributi alla "scienza". Del resto si sa, gli scienziati fabbricano teorie, perché la realtà intorno a loro pone domande. Così quasi in tutti i civilisti quel che nella prima pagina è il problema è nell'ultima una teoria. I loro libri si intitolano spesso "teoria", raramente "dottrina".

È forte il sospetto che tanta abbondanza di "teorie" abbia la banale spiegazione che la burocrazia dell'attività accademica premia l'"originalità". Ma poiché era così anche prima delle riforme sul reclutamento universitario, debbono esserci altre ragioni. Ed è naturale supporle in una aspirazione a quell'*oggettività* che il pensiero comune (ma oggi non la filosofia della scienza) riconosce alle scienze naturali, fatte di teorie. Un'aspirazione comprensibile.

Per il diritto però le cose stanno diversamente. Alla scienza giuridica non può appartenere la stessa oggettività. Non è tanto la realtà quanto il diritto stesso che pone domande: data una disposizione su un caso, *quid juris?* Per rispondere gli autori prospettano "teorie". Ma le vere teorie si propongono come spiegazione scientifica di fenomeni, non come proposta su ciò che dobbiamo pensare di un testo, come invece le dottrine dei giuristi. La scienza dei giuristi perciò non è scienza nello stesso senso. Essi propugnano "teorie" ma a rigore non si tratta quasi mai di vere teorie, cioè di insiemi di proposizioni intese a spiegare una realtà. Per due ragioni.

La prima è che i giuristi a differenza degli altri scienziati *non spiegano, prescrivono*.

Fisici, chimici, astronomi, biologi, elaborano teorie per individuare le cause, illustrare i processi e motivare gli effetti di fenomeni reali. Quel che essi fanno dunque è spiegare. Non è detto che facciano solo questo: anche gli scienziati puri possono avere tendenze ideologiche e quindi fare scienza normativa. Un fisico può essere relativista o invece quantista. Un economista marginalista o invece neoistituzionista. Un economista, per esempio, descriverà quando spiega le cause della stagflazione, ma prescriverà quando indica i modi di superarla. E lo farà secondo il suo credo, neoliberalista o keynesiano. Ma comunque farà scienza di fatti.

I giuristi non spiegano. La loro "scienza" (ma si può chiamarla così?) è scienza di norme, non di fatti, ed è scienza normativa, non descrittiva¹. È *scienza di norme*, che non esistono in natura ma solo nel discorso, come *significati prescrittivi*. Ed è *scienza normativa* perché non dice come le

¹ La questione è esaminata da KALINOWSKI 1982 (ma con conclusioni qui disattese). In tema v. anche KANTOROWICZ 2008; CARRINO 1989; KELSEN 2008; BOBBIO 1994, 335 ss.; BARBERIS 1990, spec. 298 ss.; FERRAJOLI 2007, 43 ss.

cose stanno, ma come debbono stare. Dunque prescrivono: dicono quale debba essere il diritto nel contesto dato.

La seconda è che *manca ai giuristi la realtà* rispetto alla quale costruire teorie.

Uno scienziato puro ha davanti a sé fatti e può constatarli, condurne verifiche, e testare su di essi le proprie ipotesi. In tutti i casi i fatti possono smentirlo. Possono smentirlo quando descrive: Tolomeo sostiene che il sole gira intorno alla terra ma Copernico dimostra che questa è illusione. E possono smentirlo quando prescrive. L'economista dirigista, o liberista, contro la recessione proporrà "più Stato" o "più mercato", ma se l'economia non riprende, vuol dire che la ricetta è sbagliata.

Non così un giurista. Anche volendo, non potrebbe. Perché non è dei fatti che il giurista fa "scienza". Certo, ci sono fatti anche nel diritto, fatti naturali e soprattutto fatti sociali, regolati dalle prescrizioni del diritto. Ma la scienza che se ne occupa come fatti è la sociologia o l'economia. Il giurista si occupa delle prescrizioni, che non si constatano, non si verificano, non servono da test. Le prescrizioni non si possono constatare, si possono solo interpretare². Né delle prescrizioni si possono condurre verifiche: si può tutt'al più verificarne l'effettività, non certo la validità. Né il giurista può testarvi la sua "teoria": nel diritto l'inottemperanza è violazione, non falsificazione.

Privi di una realtà da spiegare i giuristi non propongono dunque teorie ma dottrine. E questo che vale in generale per i giuristi vale ad egual ragione per i civilisti. Anche i civilisti non fabbricano teorie. Fabbricano, come dicevo, dottrine. Un panorama della civilistica è dunque un panorama di dottrine.

Dico "dottrine", al plurale, perché da sempre la civilistica italiana si divide in "scuole"³; un tempo fieramente avverse, oggi per fortuna meno contrapposte. Tutte propongono una visione del giusto modo di ricostruire il sistema giuridico delle leggi vigenti: si rivela in questo il loro genere comune. Ciascuna vuol differenziarsi per il punto di vista adottato: e qui starebbe la differenza specifica. Dico "starebbe", perché non sempre in queste "scuole" si trova, oltre la fedeltà al capo, che per lo più si traduce nell'imitazione dei suoi temi e del suo stile, anche una precisa cifra scientifica.

C'è, alla base di questa *unità* che sovrasta una varietà di puro fatto, una ragione storica. Il metodo della civilistica al di là di stili e di accenti è da due secoli, dal tempo cioè delle codificazioni, il metodo positivista: tener conto del dettato legale, intenderlo, applicarlo. Ma oltre la comune necessità di tener conto della legge, e quanto al modo di intenderla e applicarla, ci sono varianti. In queste risiede il *pluralismo* della civilistica.

Con queste premesse passo a descrivere il panorama.

2. *Ascesa e declino del metodo giuspositivista*

In principio fu l'esegesi. Nati i codici, bisognava analizzarli. E infatti la prima scuola civilistica moderna è stata per ottant'anni l'*Ecole de l'exégèse*⁴. I civilisti italiani, avuto il loro codice, ne hanno riprodotto l'atteggiamento⁵.

È noto però che alla fine del XIX secolo hanno concepito una infatuazione per un metodo diverso, nato in Germania come *diritto scientifico*⁶, in cui i concetti determinano il "vero" senso

² Si è lungamente discusso e tuttora si discute se interpretare sia per sua natura attività cognitiva o valutativa o addirittura creativa. In tema, PINO 2017; GUASTINI 2004, 31 ss.; VELLUZZI 2012, 21 ss.; CHIASSONI 1990, 147 ss.; COMANDUCCI, 1999; DICHIOTTI 2003; MODUGNO 2012, 43 ss.

³ Sulle scuole civilistiche v. ALPA 2009; GROSSI 2002; PERLINGIERI 1979; PERLINGIERI, TARTAGLIA POLCINI (eds.) 2013; indicazioni anche in FERRAJOLI 1999.

⁴ BONNECASE 1924.

⁵ Esempi in PACIFICI MAZZONI 1869-73; BORSARI 1871-81; RICCI 1877-86; GIORGI 1884; LOMONACO 1883-84;

⁶ SAVIGNY 1886, par. 14, 68 ss.; PUCHTA 1854, par. XIX, 13.

delle leggi scritte⁷; un metodo che ha preso il nome di *dogmatica*⁸.

Esegesi e dogmatica poggiano su un presupposto: che il discorso del giurista parta dal dato normativo. È questo il giuspositivismo⁹ teorico, per cui nessuna risposta alla domanda *quid juris* ha senso se non è ricondotta a dati di legge positiva. Da ciò deriva una precisa tecnica di impostazione dei problemi divenuta – come dicevo – caratteristica comune dell’atteggiamento dei civilisti.

Ma il trionfo del positivismo ha condotto il loro metodo ben oltre.

L’identificazione del diritto con la legge ha imposto una cesura tra ciò che è nel dettato legale, ed è diritto, e ciò che non lo è. Ha cioè separato il diritto dall’altra cultura, inducendo *autoreferenzialità*. Prima non era così: se il diritto è in natura, è nella *recta ratio*, è nella morale, questo bagaglio penetra nella riflessione *sub specie juris*. Dopo, sia pure con vaste eccezioni (ieri la giurisprudenza degli interessi, la scuola del diritto libero, il giuspositivismo inclusivo, e oggi la giurisprudenza dei valori, il diritto vivente, la teoria dei diritti umani), ha dominato il positivismo metodologico esclusivo.

Inoltre l’identificazione della legge con il suo testo ha imposto una cesura tra il presunto suo significato proprio e ogni altra possibile lettura. Ha cioè separato il testo legale dal suo contesto culturale, inducendo *formalismo*. Prima non era così: la forma della legge era illuminata dalla sostanza sociale, etica, economica ad essa sottesa. Dopo, ha dominato il positivismo ideologico formalista.

Infine, l’aspirazione ad un diritto scientifico dotato di oggettività, che riproduca il modello scientifico allora trionfante del positivismo, ha imposto di credere le leggi intrinseche ai fatti che esse regolano, che perciò producono effetti rigorosamente determinati da una interna efficienza causale, al modo dei fatti naturali. Dove il senso comune ci dice che gli effetti giuridici dei fatti giuridici dipendono dal discorso del diritto, il positivismo ci dice che il discorso del diritto dipende dagli effetti giuridici dei fatti giuridici.

Il tempo logora. All’inizio del XXI secolo il formalismo autoreferenziale non ha più lo stesso predominio sul metodo dei civilisti. Giuspositivismo ideologico e metodologico tramontano. Ma la tecnica di base, la riconduzione alla disposizione legale, e la convinzione dell’efficienza causale dei fatti giuridici, connotano ancora, sia pure in forme spurie, il filone principale degli studi civilistici. Soprattutto negli studi di limitato respiro il metodo seguito è al fondo di questo genere. Il giuspositivismo teorico sopravvive. Solo che è praticato con poco rigore. D’altronde ci sono per ciò precise giustificazioni.

Il dogmatismo ha ceduto in conseguenza del mutamento della legislazione.

Mutamento quantitativo anzitutto. Costruito sui codici, il dogma ha tenuto finché il diritto privato è più o meno coinciso con i codici. Ma prima la legislazione d’emergenza di guerra, poi la legislazione ideologica del fascismo, quindi la legislazione costituzionale, dopo di ciò l’alluvione di leggi speciali, infine le leggi o addirittura i codici di settore¹⁰, hanno fatto sì che oggi ci sia molto più diritto privato fuori che dentro il codice. E che i dogmi del codice siano impotenti per la legislazione ad esso esterna.

Mutamento qualitativo poi. Principi costituzionali, carte dei diritti, convenzioni internazionali, legislazione comunitaria, all’esterno, leggi provvedimento, leggi-contratto, leggi esemplate sull’effetto economico e non sul concetto giuridico, all’interno, sfuggono completamente ai vecchi dogmi.

⁷ SAVIGNY 1886, I, par. 32, 216: «noi riconosciamo la legge nella sua verità, vale a dire in quel modo, nel quale può essere appresa da noi mediante l’applicazione di un processo logico normale»; PUCHTA, 1854, loc. cit.: «Queste [*scilicet*: le leggi] non si fondano sopra una esterna autorità, ma valgono solo in quanto si possono logicamente dedurre dai principi del diritto esistente».

⁸ Per la svolta verso l’indirizzo dogmatico in Italia v., tra altri, CHIRONI 1888; GIANTURCO 1901; COVIELLO 1915; SCIALOJA 1933-34; PACCHIONI 1933; FERRARA 1985; BETTI 1994; SANTORO PASSARELLI 1966.

⁹ Per il giuspositivismo, e le sue prospettive, ci si rifà qui a BOBBIO 1996.

¹⁰ Un quadro in PINO 2014.

L'autoreferenzialità ha ceduto in conseguenza del mutamento del mondo.

Non si può discutere di biodiritto senza etica e biologia, di mercato senza economia e finanza, di nuove famiglie senza sociologia e morale. I giuristi che sbandieravano il concetto giuridico di questo e di quello si sono accorti che i loro concetti erano solo parole, sui cui significati premeva un mondo.

È discutibile, invece, se la fede nella causalità giuridica abbia ceduto. Sarebbe spontaneo pensare che la tecnica positivista usuale, la tecnica del fatto considerato dal legislatore che, individuata attraverso un approccio concettuale la norma vigente che lo regola, produce l'effetto previsto, sia caduta in disuso. Invece si sbaglierebbe a credere che il vecchio metodo sia morto e sepolto. Anzi! Agli occhi dei più i fatti giuridici continuano a produrre effetti giuridici, e la risposta del diritto ai problemi della prassi non è tanto una questione di corretta interpretazione del discorso del legislatore quanto una questione di corretta ricognizione della natura giuridica del fatto. Il cognitivismo vacilla, ma resiste.

Non più formalista sebbene tuttora formale, non più autoreferenziale sebbene tuttora dogmatico, non più certo di conoscere l'oggettiva verità del diritto sebbene tuttora intenzionato a riuscirci, il metodo tradizionale positivista continua a caratterizzare il grosso della produzione scientifica. Ma con varianti. La civilistica contemporanea mi pare appunto essere un repertorio dei diversi modi in cui si è reagito agli eccessi del formalismo, al vizio di autoreferenzialità, alle frustrazioni del cognitivismo.

Da questo punto di vista i civilisti contemporanei possono essere distinti in filoni – si intende: con approssimazione – in base al modo in cui reagiscono al logoramento del metodo tradizionale. E di questi ora bisogna dire. Mi pare di ravvisarne quattro: conservatori, riformatori, rivoluzionari, reazionari. Solo per rendere l'idea dell'approccio metodologico, farò qualche sporadico esempio¹¹.

3. *Civilisti conservatori*

Un primo filone nel pluralismo della civilistica è quello dei giuristi che rientrano tuttora nel metodo tradizionale, ne perpetuano i modi, e quindi potrei chiamarli, per stabilire una nomenclatura, *giuristi conservatori*. Giuristi conservatori in senso letterale, perché appunto, conservano il metodo tradizionale, secondo le sue tradizionali caratteristiche.

Quali esse siano, ho detto: tenere sempre stretto conto del dato normativo. Ma nell'intenderlo è per lo più venuto meno quell'eccesso di formalismo e quella chiusa autoreferenzialità che almeno fino alla metà del XX secolo aveva contrassegnato molti autori (forse non i migliori). Oggi, seppure con prudenza, anche i giuristi che possiamo definire conservatori sono per lo più consci che le parole della legge, da cui partono, recano con sé idee, esigenze, sfondi culturali da cui non si può prescindere. Senza dubbio questo contesto del testo legale è anche fonte di ambiguità ed incertezze. Ma comunque è fonte di profondità e di apertura del metodo da tenere nell'interpretazione.

Metodo a volte praticato egregiamente, e con risultati che sembrano testimoniare la persi-

¹¹ Molti altri nomi sarebbe stato possibile qui ricordare, oltre quelli che il lettore troverà richiamati, per i vari indirizzi. Ma non è lo scopo di queste pagine fare un elenco di tutti i giuristi significativi, né tantomeno esprimere avventati e soggettivi giudizi sugli Autori, bensì solo segnalare – anche attraverso qualche esempio – tendenze dottrinali.

Per questo i nomi qui ricordati non sono stati scelti in base al valore intrinseco, ma semplicemente in base alla idoneità ad esemplificare un tipo di approccio metodologico. E con la consapevolezza che diffondersi sui molti possibili nomi avrebbe trasformato il saggio in un catalogo.

stente validità, se la mano è abile, come negli scritti ieri di Salvatore Pugliatti¹², di Rosario Nicolò¹³, di Rodolfo Sacco¹⁴, oggi di Vincenzo Roppo¹⁵, o di Antonio Gambaro¹⁶, tanto per fare dei meri esempi tra molti possibili¹⁷; autori aperti ad altri apporti ma di base tuttora dogmatici.

A volte praticato approssimativamente, solo imbellettato da qualche aggiunta esornativa di citazioni culturali, e sostenuto da una argomentazione non serrata.

Senza giudicare, il confronto suggerisce una considerazione: che il metodo tradizionale si conferma tuttora valido quando chi vi fa ricorso sa immettere nella forma delle categorie consuete anche la sostanza dei problemi, vacuo quando chi lo usa rimastica concetti invecchiati pretendendo che la realtà vi si adegui. Più che il metodo in sé dunque è il modo di servirsene a decidere della validità del discorso.

In questo filone si colloca molta produzione in duplice senso minore, che ignara delle sue criticità riproduce il metodo in modo ingenuo. In quanti saggi *l'incipit* è ancora: "L'articolo tale della legge tale recita..."! Peccato che la commedia sia vecchia.

Ma si sa: se non si può fare giurisprudenza dei concetti si fa giurisprudenza dei concettini.

4. *Civilisti riformatori*

Al logoramento della dogmatica autoreferenziale molti civilisti sentono il bisogno di reagire. Avvertono una insufficienza nel metodo tradizionale, un *vizio di metodo* che richiede un correttivo. Ne conservano allora la tecnica ma rimaneggiata in modo da superarlo.

A questo vizio, a questo logoramento della dogmatica autoreferenziale, reagiscono anzitutto giuristi *riformatori*. Perché non immettere nuovo sangue nelle vecchie vene? Con buona pace del giuspositivismo metodologico. Nessuno di questi indirizzi però mostra allo stato puro il metodo integrativo cui attinge per rafforzare quello tradizionale. E tutti secondo la tecnica consueta tengono stretto conto del dato normativo. Per questo riformatori.

Una prima corrente di riformatori, tutt'altro che unitaria, anzi molto variegata, attinge alla sociologia. Sono i civilisti che accanto al dato positivo fanno incessante appello agli interessi ed al modo in cui questi animano le forme giuridiche. Conservano, con maggiore o minore maestria, la tecnica tradizionale, ma la temperano con una attenta analisi del dato sociale. Solo per far comprendere potrei esemplificare tra i nomi prestigiosi di ieri, per una versione moderata, Pietro Rescigno¹⁸ e, per una versione più avanzata, Stefano Rodotà¹⁹. Per l'oggi non faccio esempi, perché un qualche tratto di questo tipo è diffusissimo, sia pure con esiti diseguali, presso la maggior parte degli autori.

Una seconda corrente attinge all'ermeneutica filosofica. Del resto l'ermeneutica, con le sue precomprensioni, i suoi circoli ermeneutici, il suo richiamo alla tradizione, si addice tantissimo al modo in cui i civilisti amano argomentare. Vero è che in ambiente civilistico nessuno dei frequentatori di questo approccio può dirsi un ermeneutico puro. Ma sempre a modo di esempio si possono fare nomi, anche prestigiosi, di aderenti. Ieri Luigi Mengoni²⁰ e Giuseppe Benedetti²¹,

¹² PUGLIATTI 2012.

¹³ NICOLÒ 1962; NICOLÒ 1978.

¹⁴ SACCO 1975.

¹⁵ ROPPO 2011; ROPPO 2002. Di stampo più tradizionale ROPPO 1989.

¹⁶ GAMBARO 2017.

¹⁷ Non è possibile qui indicare tutti gli Autori – numerosi – che proseguono al meglio la tradizione dogmatica. Indico perciò solo qualche nome che mi pare significativo non solo e non tanto per "qualità" (indubbia) quanto per specifica fedeltà al metodo, sebbene utilizzato con stile personale e innovativo.

¹⁸ RESCIGNO 1977; RESCIGNO 1987.

¹⁹ RODOTÀ 1964; RODOTÀ 1990; RODOTÀ 2015.

²⁰ MENGONI 1996. Di stampo invece tradizionale, e quindi ascrivibile al filone conservatore MENGONI 1975.

oggi Guido Alpa²², pur conservando la memoria del metodo classico, se ne discostano più o meno intensamente grazie ad apporti ermeneutici. Ne risulta un approccio in cui si confrontano tutte le visioni del diritto che hanno avuto diffusione nella civilistica. Difficile dire se ciò attinga un metodo. Certo è uno stile.

Rarissimi invece i civilisti che attingano al metodo dell'analisi del linguaggio. Potrei tutt'al più portare ad esempio un illustre giuscommercialista che è anche un civilista, come Floriano D'Alessandro²³. Oppure dovrei, somma ineleganza, parlare di me²⁴.

Riformatori più radicali quei civilisti – ed è una quarta corrente – che applicano al diritto il metodo dell'economia. Anche qui nessuna purezza. Del resto, per applicarlo a pieno titolo occorrerebbe essere economisti più che giuristi. Ma non mancano giuristi capaci di interloquire. Tali anzitutto quelli che si rifanno all'analisi economica del diritto. Negli scritti di Pietro Trimarchi²⁵, di Roberto Pardolesi²⁶, (tanto per fare dei nomi tra altri che potrei ricordare), l'impostazione è ancora classica ma il criterio della soluzione è di stampo giuseconomico. E tali, in direzione opposta, quelli che avversano la prospettiva neoliberalista: un esempio negli scritti di Ugo Mattei²⁷.

Infine, un certo numero di civilisti, nel resto tradizionali, si applica ad elaborare, e non mutuare dagli specialisti, una “teoria generale del diritto civile” che è una forma di alta dogmatica. Esempi tra vari possono essere taluni lavori più recenti di Umberto Breccia²⁸ o di Pasquale Femia²⁹.

La scienza giuridica che risulta da queste tendenze non è altra da quella della tradizione ma certo è diversa dal formalismo autoreferenziale. E già per questo potrebbe essere preferibile. Ma non tocca a me giudicare.

5. *Civilisti rivoluzionari*

Se molti giuristi constatando il logoramento del metodo dogmatico ne conservano pur sempre la tecnica ma la arricchiscono con altri apporti, e per questo li ho chiamati riformatori, alcuni a quel logoramento reagiscono predicando di quella tecnica l'abbandono. Li chiamerò perciò *rivoluzionari*.

Anche qui abbiamo versioni moderate e versioni estreme.

Una versione moderata è negli scritti di Pietro Perlingieri³⁰. Sul presupposto che innovazioni socio-economiche e pluralismo delle fonti abbiano reso “aperto” il sistema, viene predicato un primato del diritto sulla legge, ispirato da “valori-guida”, che privilegiano non legalità e forma, come nel vecchio metodo sillogistico, ma “legittimità e meritevolezza”. Sono i valori della “persona”, che hanno riconoscimento nella Costituzione ma prima ancora hanno radici nella cultura della comunità. Il compito del giurista è tradurli in soluzioni applicative, ricostruendo l'ordinamento del caso concreto a partire dai principi. Il che va fatto individuando secondo criteri di “ragionevolezza” la fonte formale ad esso pertinente.

Una versione più radicale è invece negli scritti di Nicola Lipari³¹. Anche per Lipari la decisione sul caso si radica nei valori condivisi. Occorre aprirsi alla sociologia. E ispirarsi a principi generali

²¹ BENEDETTI 1999. Di stampo invece tradizionale, e quindi ascrivibile al filone conservatore BENEDETTI 1969.

²² ALPA 2017. Di stampo invece tradizionale, e quindi ascrivibile al filone conservatore ALPA 1999.

²³ D'ALESSANDRO 1989.

²⁴ GENTILI 1982; GENTILI 2013; GENTILI 2015.

²⁵ TRIMARCHI 2017; TRIMARCHI 2010.

²⁶ PARDOLESI 2010, 123; PARDOLESI et al. 2006. Di stampo più tradizionale PARDOLESI 1979.

²⁷ MATTEI 2011; MATTEI 2013.

²⁸ BRECCIA 2019. Di stampo tradizionale invece opere precedenti, come BRECCIA 1991.

²⁹ FEMIA 2012. Di stampo tradizionale invece opere precedenti, come FEMIA 2004.

³⁰ PERLINGIERI 1992; PERLINGIERI 2006. Di stampo più tradizionale invece opere precedenti, come PERLINGIERI 1962; PERLINGIERI 1987.

³¹ LIPARI 2017; LIPARI 2013. Di stampo tradizionale invece opere precedenti, come LIPARI 1964; LIPARI 1970.

che *non* sono desumibili dal sistema delle norme. La certezza del diritto del resto non deriva dalla “razionalità sussuntiva” ma dalla condivisibilità della soluzione: la vera regola del caso emerge come modello dell’azione collettiva solo quando non vi è più «contrasto tra comportamenti praticati e comportamenti previsti». La legge non può rendere legittimo ciò che non è nel comune sentire. Decisivo in ciò è il ruolo della comunità interpretativa, composta dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Il cui metodo è la ragionevolezza, intesa come accettabilità sociale.

Di nuovo non tocca a me giudicare queste rivoluzioni. Giusto per un minimo di analisi critica direi che la *pars destruens* (pluralismo delle fonti, importanza dei principi, presenza dei valori) è difficilmente contestabile. I giuristi che non ne tengono conto semplicemente parlano di un diritto che non c’è più. La *pars construens*, certamente brillante, indubbiamente accattivante (chi può essere contrario alla ragionevolezza?) pone qualche problema, perché apre ad un certo arbitrio dell’interprete sulla scelta dei valori e dei principi, e sul modo di applicarli, che decidono quale sia il diritto nel caso controverso. E questo è un po’ inquietante: se il “diritto” è ciò che è deciso dalla scelta dell’interprete, allora *non* è ciò che decide quella scelta.

Ma forse è solo questione di retto intendimento della dottrina affermata. Che va compresa al di là di certe formule estremiste che la esprimono, da *non* prendere alla lettera: se la soluzione “ragionevole” del caso concreto fosse *sic et simpliciter* quella del “comune sentire”, quella che «supera il divario tra comportamenti praticati e previsti», beh...allora si potrebbe legittimamente sostare in seconda fila.

6. *Civillisti reazionari*

Ad ogni rivoluzione segue una reazione. Troviamo così nel panorama che vado dipingendo giuristi *reazionari*. Giuristi, cioè, che in luogo di una fuga in avanti auspicano un ritorno alla purezza del metodo tradizionale.

Lo sono in forma più moderata quei giuristi che, come Carlo Castronovo³², ancora credono nella validità del positivismo. Lamentano allora l’eclissi del diritto civile, cioè dei concetti e modelli di una tradizione bimillenaria, ne denunciano la progressiva dissolvenza, che giudicano sciagurata, e la imputano a tre cause: a) l’uso che si fa dei principi della Costituzione; b) la giurisprudenza creativa rimedialista; c) il diritto privato europeo come elaborato dalla Corte di giustizia. Di qui una “perdita della neutralità del formalismo pandettistico”, la sostituzione alla “sussunzione del fatto nella fattispecie di un apprezzamento di esso alla stregua di un valore”, il passaggio da una regolamentazione neutrale, secondo fattispecie scandite dalla legge, a un rimedialismo più vicino ai bisogni, ma non avallato da una distinta scelta legale, a tutto scapito del principio di legalità. Il rimedio suggerito al male è ovvio: il ritorno alla tecnica del positivismo, e il ripristino dei suoi assunti ideologici e metodologici.

Lo sono in forma estrema quei giuristi che al positivismo non credono affatto, ma alle sue alternative meno ancora, e come Natalino Irti³³ predicano un approccio nichilista, più formalista e più autoreferenziale anche del vecchio metodo tradizionale. Punto di partenza è la constatazione che non c’è nessuna verità, nessun fondamento oggettivo alla base del diritto. Esso è interamente consegnato alla volontà che lo pone, qualunque essa sia. Ciò che vi è di oggettivo è soltanto la tecnica del produrre e applicare norme. Inutile appellarsi ai valori come pretesi fondamenti. I valori stessi sono posti dalla volontà che crea diritto. Pretendono di elevarsi a criteri di giudizio, ma né sono oggettivi – perché mera espressione dell’ideologia che guida la volontà che li pone – né sono efficaci – perché i principi, i valori, che chi predomina eleva a

³² CASTRONOVO 2015. Di stampo più tradizionale opere come CASTRONOVO 1998; CASTRONOVO 2006.

³³ IRTI 2007; IRTI 2005; IRTI 2016. Di stampo più tradizionale opere come IRTI 1996; IRTI 1973.

canoni del sistema, sono norme senza fattispecie, e la decisione che ad essi si ispira non è quindi applicazione di una regola, ma diretta soluzione del conflitto, non predeterminata, e perciò incalcolabile. Se qualcosa resiste, in questo sprofondare nel nulla, è la forma, cioè apparati e procedure, tecniche della produzione, dell'interpretazione e della applicazione del diritto. Forma senza contenuto. Forma per ogni contenuto. Forma come salvagente del giurista sbalottato dai marosi dei contenuti.

Come non ho giudicato la rivoluzione non giudicherò la reazione. Non è lo scopo di queste pagine. Riferendomi alle idee e non agli Autori potrei dire che ancora una volta quanto alla *pars construens* riconosco la validità delle critiche, o quanto meno la necessità di tenerne conto: è un fatto che la moltiplicazione delle fonti e la pressione della giurisprudenza abbiano sconvolto il diritto civile come lo conoscevamo. Ed è un fatto che la volontà del legislatore (o del giudice "creativo") sconvolga gli assetti consolidati, e che l'appello a principi e valori renda il diritto incalcolabile.

Delle soluzioni proposte come alternativa dottrinale – tornare indietro, fuggire in avanti – non dirò che questo: a favore del ritorno al neutrale metodo dogmatico sta certamente il vantaggio che offre in termini di oggettività e contro gli arbitri degli interpreti; a favore del riconoscimento del fatto che nel diritto non c'è alcun fondamento oggettivo sta l'incontestabile verità che esso dipende dalla volontà che lo pone. Solo: ma siamo sicuri che il metodo dogmatico fosse *neutrale* e non il travestimento di un'ideologia nell'astrazione? e che l'interprete che lo pratica non possa piegarlo come vuole, sol che sia abbastanza abile? e siamo sicuri che la volontà che pone il diritto sia anch'essa diritto, e non sia semplicemente *politica*, e non diritto? e che il diritto non inizi solo *dopo*, con il discorso che razionalizza quella volontà?

7. Unità e pluralismo nella civilistica contemporanea

Chi dipinge un paesaggio ritrae il bosco, non le foglie, le case, non i mattoni, il mare, non le gocce. Mi scuso, perciò, ma spero che sarò giustificato, se il panorama è sommario, se i nomi sono solo esempi, se innumerevoli civilisti degni di menzione non sono nominativamente ricordati, se parecchio è rimasto fuori della cornice.

Con i suoi difetti di messa a fuoco, però, questa a me pare la fisionomia della scienza civilistica attuale: unità e pluralismo. Unità perché nessuno abbandona del tutto il metodo tradizionale. Pluralismo perché ciascuno sentendone i limiti cerca oggi un diverso rimedio ai vizi che quel metodo rivela.

Devo sottolineare: *oggi*. Per questo aspetto mi limito a segnalare quello che si può ricavare da un dato biografico che i richiami bibliografici segnalano: basta leggere le loro opere iniziali, tipicamente concettuali, più o meno formali se non formaliste, sapientemente dogmatiche, per constatare che gli odierni giuristi, i reazionari, come i rivoluzionari, come i riformatori, furono tutti da giovani dei ligi positivisti. Che siano dei positivisti delusi?

Come che sia: unità e pluralismo. Ma un pallido pluralismo, perché spesso si fatica un po' a cogliere cosa distingue la scuola di Tizio dalla scuola di Caio. E una stanca unità, perché la coltivino, la riformino, la rivoluzionino, la recuperino come unica salvezza, quasi tutti i civilisti gravitano tuttora intorno alla tecnica del fatto che in base alla norma produce l'effetto.

Che il vizio del metodo sia proprio lì?

Riferimenti bibliografici

- ALPA G. 1999. *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè.
- ALPA G. 2009. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza.
- ALPA G. 2017. *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, Marietti.
- BARBERIS M. 1990. *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, Giappichelli.
- BENEDETTI G. 1969. *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, Giuffrè.
- BENEDETTI G. 1999. *Diritto e linguaggio: variazioni sul diritto muto*, Milano, Giuffrè.
- BETTI E. 1994. *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- BOBBIO N. 1994. *Scienza giuridica*, in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli.
- BOBBIO N. 1996. *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli.
- BONNECASE J. 1924. *L'École de l'exégèse en droit civil*, Paris, Boccard.
- BORSARI L. 1871-81. *Commentario del codice civile italiano*, I-VI, Torino, Giappichelli.
- BRECCIA U. 1991. *Le obbligazioni: caratteri generali, adempimento inadempimento*, Milano, Giuffrè.
- BRECCIA U. 2019. *Discorsi sul diritto: appunti per un corso di teoria generale del diritto*, Pisa, Pacini Giuridica.
- CARRINO A. (ed.) 1989. *Metodologia della scienza giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- CASTRONOVO C. 1998. *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè.
- CASTRONOVO C. 2006. *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè.
- CASTRONOVO C. 2015. *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè.
- CHIASSONI P. 1990. *L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*, in *Studi Tarello*, II, Milano, Giuffrè, 147 ss.
- CHIRONI G.P. 1888, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, Barbera.
- COMANDUCCI P. 1999. *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in BESSONE E. (ed.) *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, modelli, metodi*, Torino, Giappichelli, 1 ss.
- COVIELLO N. 1915. *Manuale del diritto civile*, Milano, Società editrice libraria.
- D'ALESSANDRO F. 1989. *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, Cedam.
- DICIOTTI E. 2003. *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*. Disponibile in www.dispi.unisi.it/sites/sto6/files/allegatiparagrafo/22-05-2013/wp45.pdf (consultato il 15 aprile 2019).
- FEMIA P. 2004. *Annulamento del contratto e danno da contrattazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- FEMIA P. 2012. *Segni di valore*, in RUGGERI L. (ed.) *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- FERRAJOLI L. 1999. *La cultura giuridica nell'Italia del novecento*, Roma-Bari, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, Laterza.
- FERRARA F. 1985. *Trattato di diritto civile italiano*, rist. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- GAMBARO A. 2017. *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Milano, Giuffrè.
- GENTILI A. 1982. *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, Jovene.

- GENTILI A. 2013. *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè.
- GENTILI A. 2015. *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I-II, Torino, Giappichelli.
- GIANTURCO E. 1901. *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, Barbera.
- GIORGI G. 1884. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I-IX, Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli.
- GROSSI P. 2002. *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè.
- IRTI N. 1973. *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, Jovene.
- IRTI N. 1996. *Testo e contesto*, Padova, Cedam.
- IRTI N. 2005. *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza.
- IRTI N. 2007. *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza.
- IRTI N. 2016. *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli.
- KALINOWSKI G. 1982. *Disputa sulla scienza normativa*, Padova, Cedam.
- KANTOROWICZ H.U. 2008. *La lotta per la scienza del diritto*, rist., Sala Bolognese, Arnoldo Forni Editore.
- KELSEN H. 2008. *Scienza giuridica e diritto*, Torino, Giappichelli.
- LIPARI N. 1964. *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè.
- LIPARI N. 1970. *Autonomia privata e testamento*, Milano, Giuffrè.
- LIPARI N. 2013. *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè.
- LIPARI N. 2017. *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè.
- LOMONACO L. 1883-84. *Istituzioni di diritto civile italiano*, I-III, Napoli, Jovene.
- MATTEI U. 2011. *Beni comuni: un manifesto*, Roma-Bari, Laterza.
- MATTEI U. 2013. *Contro riforme*, Torino, Einaudi.
- MENGONI L. 1975. *Gli acquisti a non domino*, Milano, Giuffrè.
- MENGONI L. 1996. *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè.
- MODUGNO F. 2012. *Interpretazione giuridica*, Padova, Cedam.
- NICOLÒ R. 1962. *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè.
- NICOLÒ R. 1978. *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- PACCHIONI G. 1933. *Dei contratti in generale*, Torino, Giappichelli.
- PACIFICI MAZZONI E. 1869-73. *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli.
- PARDOLESI R. 1979. *I contratti di distribuzione*, Napoli, Jovene.
- PARDOLESI R., COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., ULEN T. 2006. *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, il Mulino.
- PARDOLESI R. 2010. *Analisi economica e diritto antitrust*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (eds.). *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 123 ss.
- PERLINGIERI P. 1962. *I negozi sui beni futuri. I. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.

- PERLINGIERI P. 1979. *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- PERLINGIERI P. 1987. *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.
- PERLINGIERI P. 1992. *Diritto comunitario e legalità costituzionale: per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.
- PERLINGIERI P. 2006. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.
- PERLINGIERI P., TARTAGLIA POLCINI A. (eds.) 2013. *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.
- PINO G. 2014. *Interpretazione e crisi delle fonti*, Modena, Mucchi.
- PINO G. 2017. *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in «Rivista di Filosofia del Diritto», 2013, I, 77 ss.
- PUCHTA G.F. 1854. *Corso delle istituzioni*, I, Napoli, Diogene.
- PUGLIATTI S. 2012. *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè.
- RESCIGNO P. 1977. *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, Jovene.
- RESCIGNO P. 1987. *Persona e comunità*, Padova, Cedam.
- RICCI F. 1877-86. *Corso teorico-pratico di diritto civile*, I-IX, Torino, Utet.
- RODOTÀ S. 1964. *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè.
- RODOTÀ S. 1990. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, il Mulino.
- RODOTÀ S. 2015. *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza.
- ROPPO V. 1989. *Contratti standard. Autonomia e controllo nella disciplina dei contratti di impresa*, Milano, Giuffrè.
- ROPPO V. 2002. *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli.
- ROPPO V. 2011. *Il contratto*, Milano, Giuffrè.
- SACCO R. 1975. *Il contratto*, Torino, Utet.
- SANTORO PASSARELLI F. 1996. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene.
- SAVIGNY VON F.C. 1886. *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Einaudi.
- SCIALOJA V. 1933-34. *Studi giuridici: Diritto romano*, Roma, Anonima Romana Editoriale.
- TRIMARCHI P. 2010. *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, Giuffrè.
- TRIMARCHI P. 2017. *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danni*, Milano, Giuffrè.
- VELLUZZI V. 2012. *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, Ets.

