

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



## CONTRIBUTI DI:

Paolo Grossi  
Luigi Ferrajoli  
Aurelio Gentili  
Claudio Scognamiglio

Enrico Quadri  
Luigi Balestra  
Giuseppe Conte  
Giovanni D'Amico

Francesco Macario  
Roberto Mastroianni



GIUFFRÈ EDITORE

### *Direzione*

Giuseppe CONTE (Università di Firenze) - Fabrizio DI MARZIO (Corte di Cassazione)

### *Comitato di direzione*

Fabio ADDIS (Università di Brescia) - Luigi BALESTRA (Università di Bologna) - Giovanni D'AMICO (Università di Reggio Calabria) - Stefano DELLE MONACHE (Università di Padova) - Raffaele DI RAIMO (Università del Salento) - Francesco MACARIO (Università di Roma Tre) - Marcello MAGGIOLO (Università di Padova) - Emanuela NAVARRETTA (Università di Pisa) - Fabio PADOVINI (Università di Trieste) - Michele PERRINO (Università di Palermo) - Claudio SCOGNAMIGLIO (Università di Roma "Tor Vergata")

### *Consiglio scientifico*

Guido ALPA (Università "La Sapienza" di Roma)	Matthias MAHLMANN (Universität Zürich)
Mads ANDENAS (University of Oslo)	Marco MARAZZA (Università "Universitas Mercatorum")
Andrea BIONDI (King's College London)	Roberto MASTROIANNI (Università di Napoli "Federico II")
Jean-Sébastien BORGHETTI (Université Panthéon-Assas)	Andrea MORA (Università di Modena)
Alexandra BRAUN (University of Oxford)	Peter Arnt NIELSEN (Københavns Universitet)
Mario CAMPOBASSO (Seconda Università di Napoli)	Luca NIVARRA (Università di Palermo)
Paolo CAPPELLINI (Università di Firenze)	Mauro ORLANDI (Università di Roma "Tor Vergata")
Brian CHEFFINS (University of Cambridge)	Gianmaria PALMIERI (Università del Molise)
Claudio CONSOLO (Università "La Sapienza" di Roma)	Andrea PANZAROLA (Università LUM "Jean Monnet")
Paoloeffisio CORRIAS (Università di Cagliari)	Giovanni PERLINGIERI (Seconda Università di Napoli)
Enrico DEL PRATO (Università "La Sapienza" di Roma)	Carlos PETIT (Universidad de Huelva)
Giovanni DORIA (Università di Roma "Tor Vergata")	John PHILLIPS (King's College London)
Gillian DOUGLAS (Cardiff University)	Giorgio RESTA (Università di Bari)
Francesco FIMMANÒ (Università del Molise)	Luigi Antonio ROVELLI (Corte di Cassazione)
Toni M. FINE (Fordham University)	Massimo RUBINO DE RITIS (Seconda Università di Napoli)
Giusella FINOCCHIARO (Università di Bologna)	Giuseppe SANTONI (Università di Roma "Tor Vergata")
Andrea FUSARO (Università di Genova)	Franco SCARPELLI (Università di Milano-Bicocca)
Henry B. HANSMANN (Yale Law School)	Henry E. SMITH (Harvard Law School)
Mark GEISTFELD (New York University)	Lorenzo STANGHELLINI (Università di Firenze)
Aurelio GENTILI (Università di Roma Tre)	Umberto TOMBARI (Università di Firenze)
Stefan GRUNDMANN (European University Institute)	George TRIANTIS (Stanford Law School)
Fabrizio GUERRERA (Università di Messina)	Gianroberto VILLA (Università Statale di Milano)
Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ (Universidad de Valencia)	Graham VIRGO (University of Cambridge)
Paola LUCARELLI (Università di Firenze)	Stefan VOGENAUER (University of Oxford)
	Nancy A. WELSH (Penn State University)

### *Redazione*

Paola CILLO, Alessandra CAVUOTO

### *Concept e graphic design*

Ad Maurizio Maselli/Digital Kitchen

### *Composizione e stampa*

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

# Indice

---

PAOLO GROSSI

*Sulla odierna fattualità del diritto* . . . . . p. 11

LUIGI FERRAJOLI

*Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità* . . . . . p. 27

AURELIO GENTILI

*L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina* . . . . . p. 47

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO

*Dignità dell'uomo e tutela della personalità* . . . . . p. 67

ENRICO QUADRI

*Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata* . . . . p. 95

LUIGI BALESTRA

*Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale* . . . . . p.133

GIUSEPPE CONTE

*The Italian Way of Mediation* . . . . . p.163

GIOVANNI D'AMICO

*Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)* . p.197

FRANCESCO MACARIO

*Assolutezza, pienezza, inviolabilità, esclusività: il diritto di proprietà nelle codificazioni europee. In memoria di Michele Costantino* . . . . . p.227

ROBERTO MASTROIANNI

*La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati* . . . . . p.283

*Gli Autori di questo fascicolo* . . . . . p.319

## Sulla odierna fattualità del diritto

---

Quale conseguenza della svolta, che sta attualmente vivendo la scienza giuridica in Italia e che consiste in una visione del diritto più come ordinamento della società che come un comando che dall'alto si proietta su di essa, si è addirittura capovolta la relazione fra categorie giuridiche e fatti socio-economici. Abbandonato il mito della purezza del diritto, dominante fino agli inizi del Novecento, oggi assistiamo a una decisa fattualità del diritto, intendendo con questo sintagma una enorme virulenza dei fatti che hanno la capacità di condizionare il diritto e di plasmarlo.

Nelle pagine che seguono si precisano le tappe di un itinerario, che è crescente nella seconda metà del Novecento, sottolineando per l'Italia il ruolo della Costituzione repubblicana del 1948 e dell'inserimento dello Stato italiano entro il tessuto economico e giuridico di una Europa sempre più unita. In questa odierna fattualità non è di poco conto – anche in Italia – il fenomeno nuovo della cosiddetta “globalizzazione giuridica”, ossia di un complesso di istituti giuridici, non previsti dai Codici e dalle legislazioni degli Stati o dalle norme degli organismi sovra statuali, ma creati dagli operatori economici perché ritenuti necessari ai bisogni nuovi del mercato.

*As a result of the change, which legal science in Italy is currently undergoing and which consists of a vision of the law more as an ordering of society than a command that is projected on it from above, even the relationship between*

*legal categories facts and socio-economic factors has been inverted. By the abandonment of the myth of the purity of the law, dominant until the beginnings of the twentieth century, today we are witnessing a strong factuality of law, meaning a huge virulence of the facts that have the ability to influence and to shape the law.*

*In the pages that follow the stages of a journey are set out, which is increasing in the second half of the twentieth century, emphasizing for Italy the role of the Republican Constitution of 1948 and the inclusion of the Italian State within the legal and economic fabric of a Europe increasingly more united. In this current factuality it is not insignificant – even in Italy – the new phenomenon of the so-called “legal globalization”, i.e. a complex of legal arrangements, not covered by the codes and laws of the States or by the rules of the supra-state bodies, but created by traders because they are considered necessary to the new needs of the market.*

Sommario: 1. Sul significato della nostra intitolazione – 2. Sul carattere ordinamentale dell’odierno diritto – 3. Sui caratteri della modernità giuridica – 4. Resistenze e inquietudini nel primo Novecento – 5. Il segno e il senso di un secolo pos-moderno: sempre più società, sempre meno Stato – 6. Il recupero della fattualità ed alcuni eventi formidabili del secondo Novecento – 7. Sulla singolare fattualità della odierna globalizzazione giuridica.

### **1. - Sul significato della nostra intitolazione.**

Credo che si debba tentare la preliminare chiarificazione di un titolo reso oscuro da un vocabolo, “fattualità”, ignoto all’uso corrente ma da me assunto a carattere tipizzante del diritto di questo nostro tempo <sup>1</sup>.

Fattualità deriva palesemente dal sostantivo “fatto”, e fattualità del diritto significa una particolare e peculiare relazione tra “fatti” e diritto.

Con questa ulteriore domanda integrativa: che cosa si intende per “fatti”?

---

<sup>1</sup> Questo saggio trae origine dalla lezione tenuta in Viterbo, il 1 ottobre 2013, per l’inaugurazione del corso di laurea in Giurisprudenza all’interno del Dipartimento di studi umanistici e sociali della Università della Tuscia.

Una sorta di piattaforma, che funge da imprescindibile contesto in cui il diritto opera. Fatti naturali, che possono consistere in conformazioni della realtà materiale, della *rerum natura*, ossia in una certa complessione geografica di un territorio, in un certo assetto climatico, nel decorso brutto del tempo, e così via; fatti sociali, che possono consistere in tensioni e lotte sociali, assestamenti organizzativi, costumanze, e così via; fatti economici, che possono consistere in dovizia o scarsità di prodotti vitali, circolazione o stasi dei prodotti, e così via.

Con questa conclusiva precisazione: fattualità del diritto – che è, lo sappiamo, una specifica relazione che viene a crearsi tra fatti e diritto – si concretizza nella inseparabilità tra fatti e diritto; anzi, in una enorme virulenza dei fatti, che hanno la vigoria di condizionare il diritto e di plasmarlo. Trattandosi, in sostanza, di forze che si radicano nelle strutture profonde di una civiltà, che agiscono in basso e premono da sotto in su, fattualità del diritto significa che, da parte di questo, si ha un adeguamento a quelle forze, a tal punto che la dimensione umana del diritto, legata alla conoscenza e alla volontà di individui e di gruppi, ne è profondamente incisa.

---

013

---

Il sottostante ordine naturale sociale economico diviene per sua intrinseca capacità ordine giuridico, congiungendo e saldando la divisione per piani – il sociale, l'economico, il giuridico – in una struttura complessa ma assolutamente unitaria.

## **2. - Sul carattere ordinamentale dell'odierno diritto.**

È per ciò che oggi, da parte della più vigile e consapevole scienza giuridica, la quintessenza del diritto è colta e identificata in un ordinamento, non già in un comando, in una norma (o in un insieme di comandi, di norme). Se la norma, infatti, è generata in alto e si proietta sulla società con una ferma indisponibilità a farsi permeare da quanto avviene nel magma naturale sociale economico, la visione ordinamentale ci presenta un osservatorio capovolto, con la dimensione giuridica pienamente disponibile a permearsi dei valori ed interessi circolanti all'interno di quel magma.

Non si ripeterà mai abbastanza che il cambio terminologico – ossia da norma a ordinamento – non è un problema meramente nomenclatorio, ma

si incarna in un cambio di mentalità giuridica. Il diritto può attuarsi concretamente in *ordinamento* soltanto a una condizione: che, nell'effettività, si facciano i conti con valori ed interessi circolanti in una determinata società, che si abbiano occhi e orecchi attenti verso il basso, pronti a un adeguamento in relazione a quanto in basso avviene.

Non è un caso che di ordinamento giuridico si parli fittamente nel corso del Novecento e che, proprio nel 1918, nell'anno finale di una guerra mondiale che sembra fungere da cippo confinario tra un prima e un poi <sup>2</sup>, un giuspubblicista italiano, osservatore attento e acuto del proprio tempo, Santi Romano, volti la pagina della scienza giuridica in Italia scrivendo il breviario del nuovo diritto e intitolandolo "L'ordinamento giuridico" <sup>3</sup>. Romano comincia a disegnare il volto nuovo, traendo le linee della nuova orditura da quanto egli vede svolgersi intorno, un itinerario fervido di cui ha constatato l'emersione già nei primi anni del secolo <sup>4</sup>, che l'evento della guerra ha ancor più stimolato, che continua spedito nell'immediato dopoguerra con una corsa che è facile prevedere proiettata nei tempi lunghi.

Un tempo davvero nuovo per il diritto e per la *iurisprudencia* in grazia del crescente rilievo della fattualità; un tempo, un secolo, il Novecento, che è nuovo proprio per questo suo carattere che lo rivela *altro* e *diverso* dal tempo precedente, dalla modernità giuridica; anzi, che ne fa un tempo addirittura di segno opposto (almeno nel colmo della sua maturità), sì da rendere per esso corretta una qualificazione di pos-moderno da intendersi all'insegna di una forte discontinuità.

Per capire bene questa dialettica diacronica e per cogliere appieno il significato storico della fattualità novecentesca (nella quale siamo tuttora immersi), può essere opportuno tentar di fissare il tratto tipizzante della modernità giuridica.

---

<sup>2</sup> Per i motivi che saranno esplicitati più avanti (§. 5 e relativa nota 14).

<sup>3</sup> Consultabile ora comodamente nella ristampa della 2ª edizione del 1946: *L'ultimo Santi Romano*, Milano, 2013, con un ampio corredo bio-bibliografico a cura di Alberto Romano.

<sup>4</sup> Il riferimento è al discorso inaugurale tenuto presso l'Università di Pisa nel 1909 e intitolato "Lo Stato moderno e la sua crisi". La crisi era individuata da Romano soprattutto nella virulenza sempre maggiore delle formazioni sociali, che frammentavano la compatta massificazione del "sociale", ostacolando i comandi generali e astratti dell'apparato di potere dello Stato nella loro totalizzante proiezione sulla massa dei cittadini.

### 3. - Sui caratteri della modernità giuridica.

Tratto che si può, senza indugi, identificare in una vigorosa ripugnanza verso i fatti. Spieghiamoci meglio.

Quando si parla di modernità giuridica, ci si intende riferire a una civiltà, che trova la sua maturità nei secoli XVIII e XIX e una prima realizzazione nel nuovo ordine socio-politico-giuridico instaurato dalla rivoluzione francese. È una civiltà elitaria, che, dal punto di vista storico-giuridico, reperisce la sua tipicità nella convinzione – da parte della classe borghese definitivamente vincente con i moti del 1789 – dell'enorme funzione coesiva e unitiva rappresentata, per il costruendo Stato, dalla dimensione giuridica, e nella conseguente convinzione della esigenza di controllarla puntigliosamente. Si volle vincolare la produzione del diritto unicamente allo Stato, identificando la fonte <sup>5</sup> suprema nella espressione della volontà del potere politico, ossia nella legge, e postulando una pluralità di fonti rigidamente inserite in una scansione gerarchica.

Il risultato fu la *riduzione* sostanziale delle fonti a quella collocata al vertice della piramide gerarchica – ovviamente, la legge – impedendo ogni autonomia a fonti che fossero voci immediate della complessità dei fatti.

---

015

---

È esemplare la sorte della consuetudine, una fonte che aveva avuto un ruolo notevole nell'evolversi della antica esperienza romana e addirittura predominante nella intiera civiltà medievale, ma che, agli occhi della inesorabile strategia borghese, aveva il difetto, deleterio, di essere un fatto ripetuto nel tempo e destinato – per il suo particolarismo – a eludere ogni filtro e a minare, quindi, la saldezza del nuovo edificio giuridico.

Il risultato fu un *riduzionismo* impietoso, impeditivo di un sostanziale pluralismo giuridico, con il pesante sacrificio di quella *complessità* che avrebbe dovuto, invece, rappresentare una ricchezza per l'ordine giuridico perché specchio coerente della sottostante complessità della società.

In una officina fertilissima di mitologie giuridiche quale è stata la moder-

---

<sup>5</sup> Soltanto per lo studente novizio si precisa che, nel linguaggio usuale dei giuristi, si intende con il vocabolo "fonti" identificare le forme con cui il diritto si manifesta nella vita sociale. Nello statalismo, cui si accenna nel testo, non si ha una reale pluralità di fonti, giacché una sola fonte, la legge, collocata nello scalino più alto della piramide gerarchica, è in grado di condizionare (e, quindi, asservire) tutte le altre.



nità<sup>6</sup>, a tutto questo impianto – effettivamente anche se non formalmente – strategico<sup>7</sup> si accompagnò l'approntamento di un ineccepibile armamentario teorico; che consisté soprattutto nel carattere astratto e formale del diritto, ossia sovraordinato ai fatti, ossia immune dalla contaminazione con i fatti materiali. La sua purezza, la sua astrazione dal magma fattuale fu il mito cui il geometrismo degli illuministi settecenteschi aveva dato un fondamento primo e che lo statalismo giacobino e napoleonico aveva reso indiscutibile. L'astrattezza irrobustiva un più efficace controllo del diritto, ormai completamente voluto e sistemato nei palazzi alti del potere centrale dello Stato, mentre il mondo dei fatti – una palude rischiosa perché non compiutamente controllabile dal potere – veniva esiliato al di fuori della muraglia compatta proteggente il territorio della giuridicità<sup>8</sup>.

Ai fini di una maggiore chiarezza servirà una elementare ma eloquente esemplificazione, dedicata a un principio enfaticamente sbandierato su tutti i gagliardetti della Rivoluzione, la *égalité*, e ai due istituti/cardine dell'ordine giuridico borghese, la proprietà privata individuale e il contratto, strumento/principe per una capillare circolazione proprietaria.

---

016

*Egalité*: di uguaglianza si tratta, ma solo di uguaglianza giuridica. Prima grossa conquista, che libera il cittadino moderno dai condizionamenti iniqui connessi alla appartenenza a un ceto, ma che si arresta qui senza far nulla per attenuare quelle disuguaglianze di fatto che lasciano il miserabile completamente immerso nella sua miseria.

Proprietà: chiunque ha il diritto a essere proprietario, perché i vincoli cetuali dell'antico regime sono stati cancellati, e, se il cittadino qualunque non vi accede, ciò è unicamente imputabile alla sua negligenza o alla sua stupidità. Non basta: la proprietà è concepita in modo esclusivamente soggettivo, cioè come potere che si proietta dall'individuo sulle cose, senza

---

<sup>6</sup> Per chi volesse saperne di più, cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2007.

<sup>7</sup> Formalmente, infatti, si presentava come il ristabilimento di un primordiale stato di natura, storicamente mai esistito, artificiosamente disegnato a tavolino – dapprima dai giusnaturalisti seicenteschi, poi dagli illuministi settecenteschi – per dare un fondamento inoppugnabile al nuovo individualismo. Si trattava, in sostanza, di una mera affabulazione, la cui valenza concreta era strategica, cioè volta a difendere un certo assetto della società.

<sup>8</sup> In questa visione, tipica del normativismo positivista moderno, infatti, legalità e giuridicità venivano a coincidere, tanto che, al di là dei confini della legalità, è il regno della assoluta irrilevanza giuridica.

che la qualità di queste possa venire in qualche considerazione, un potere – per giunta – il cui esercizio non è suscettibile di controlli o limitazioni (se non, eccezionalmente, per motivi di utilità pubblica).

Contratto: è l'accordo tra due o più individui giuridicamente uguali, senza che si possa avere una qualche considerazione per la disparità nella posizione sociale ed economica delle parti e per i più che probabili condizionamenti della libertà del consenso (solo a fine Ottocento, all'interno di un affiorante solidarismo giuridico, si elevaranno alcune voci <sup>9</sup> sulla sostanziale iniquità di una parità puramente astratta, troppo spesso smentita dalla effettività della vita quotidiana).

#### 4. - Resistenze e inquietudini nel primo Novecento.

Il mito della purezza e il culto della astrattezza intimamente connessi, come abbiamo visto, allo statalismo e al legalismo imperanti sono caratteri duri a morire, sia perché le fondazioni borghesi perdurano nei differenti Stati, sia soprattutto perché il giurista formalista e legalista di un paese di *civil law* (come l'Italia) li serba anche nel cuore come valori inabdicabili. Il giurista italiano, e – singolare a dirsi – particolarmente il cultore del diritto civile <sup>10</sup>, resta basilarmente un normativista, mentre la visione ordinamentale di Santi Romano gli scivola sulla pelle senza impregnarlo, quasi come la pioggia sulle penne di un palmipede. Educato a vedere rinserrata la sua disciplina entro complessi normativi chiamati Codici e soddisfatto di dover fare i conti con sistemi certi chiari armonici e di eccellente fattura tecnica, il civilista, malgrado che sia il cultore di una branca disciplinare vissuta dal *quisquis de populo* nel magma sociale quotidiano, appare diseducato a riscoprire la complessità del diritto e un pluralismo autentico di fonti.

Vorrei, anche su questo punto, chiedere l'ausilio a un esempio, sempre al fine di far raggiungere al nostro argomentare una definitiva limpidezza.

---

<sup>9</sup> Forse, la più sonora è quella di Emanuele Gianturco, prestigioso docente di Diritto civile nell'Ateneo napoletano, che volle dedicare una sua solenne prolusione, nel 1891, a "L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale", sottolineando l'esigenza di non arrestarsi alla soglia di una uguaglianza meramente giuridica perché causa di sostanziali iniquità.

<sup>10</sup> Singolare, perché è il diritto che dovrebbe essere chiamato a registrare una esperienza quotidiana di vita del comune cittadino nella sua storicità, ossia nel suo perenne divenire.

L'esempio concerne, appunto, un civilista italiano, che non è né culturalmente pigro, né sordo al gran mutamento che coinvolge tutto il secolo ventesimo nel suo distendersi, un giurista verso cui ho dichiarato più di una volta la mia ammirazione come portatore di una salvante inquietudine culturale: è il fondatore della scuola civilistica messinese e uno dei protagonisti della scienza giuridica italiana novecentesca, Salvatore Pugliatti. In un suo robusto saggio giovanile, "Esecuzione forzata e diritto sostanziale", validissimo esempio di severa costruzione giuridica <sup>11</sup>, egli si pone il problema dei confini e della strutturazione dell'universo giuridico. Ecco una frase espressiva: «Il fenomeno giuridico è un fatto storico-sociale giuridicamente qualificato: il nucleo (elemento sostanziale) sta nel fatto, l'elemento qualificativo (elemento formale) promana dalla norma» <sup>12</sup>. Se in questo apprezzabile tentativo di storicizzazione non risultasse chiaro il ruolo della norma – elemento qualificante – soccorre una frase di poco precedente: «La fonte di ogni effetto giuridico è la norma, la quale però non è tutto il fenomeno giuridico».

---

018

---

Discorso inappagante e anche aporetico. Infatti, accanto alla percezione che il fenomeno giuridico è realtà ben più ampia di un insieme di norme e che esso viene a identificarsi in un fatto storico-sociale, la visione normativistica – ancora forte e suadente nel giovane Pugliatti – ha il sopravvento fino al punto di concludere nel completo isterilimento dei fatti (se effetti giuridici possono provenire soltanto da una norma). Pugliatti ci darà testimonianza dello snodarsi di una riflessione che si fa sempre più complessa, con una inversione di tendenza nello studioso maturo a favore di un ben definito storicismo <sup>13</sup>, ma in quel 1935 quando egli, poco più che trentenne, scrive il saggio sull'esecuzione forzata, l'inquietudine culturale – presente già allora – provoca antinomie e turba la linearità della argomentazione.

---

<sup>11</sup> Ora in: *Scritti giuridici*, I, 1927/1936, Milano, 2008.

<sup>12</sup> S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, ora in *Scritti giuridici*, I, 1927/1936, Milano, 2008, 807.

<sup>13</sup> Cfr. P. GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, ora in P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, 531 ss.

**5. - Il segno e il senso di un secolo pos-moderno: sempre più società, sempre meno Stato.**

L'esempio or ora fatto indica nel Novecento un tempo di transizione impastato di movimenti e mutamenti e, quindi, di instabilità e di incertezze, ma anche un tempo che si distanzia sempre più dalle certezze moderne, certezze che disvelano a occhi ormai emancipati le loro fondazioni mitologiche e la loro fragile consistenza di semplici strategie conservative.

Gli eventi che costellano il secolo sono formidabili, e sono tutti decisamente propulsivi di una precisa linea di tendenza, che potremmo sintetizzare così: sempre più società, sempre meno Stato.

Già alla sua inaugurazione lo Stato borghese perde il suo carattere monoclasse subendo nel 1913 la conquista sociale del suffragio universale maschile, che era stata ritardata il più possibile.

Negli anni tra il 1915 e il 1919 la legislazione eccezionale di guerra, dietro le pressanti esigenze della lotta bellica, aveva di parecchio attenuato il mito della astrattezza proprio nella disciplina di istituti "costituzionali" dell'ordine giuridico borghese quali la proprietà e il contratto <sup>14</sup>.

Negli anni Venti e Trenta appaiono definitivamente vinte le due ripugnanze della modernità verso il fattuale e verso il collettivo: non è più "scandaloso" parlare di contratto collettivo <sup>15</sup> o, secondo un linguaggio divenuto corrente, di "contratto/tipo" e di "contratto per adesione" <sup>16</sup>, con un notevole *vulnus* per la concezione individualistica dello strumento contrattuale; la proprietà come potere sulle cose è chiamata a fare i conti con le qualità di queste, ed il bene, prima oggetto passivo e assolutamente neutro della volontà del proprietario, comincia ad avere un suo protago-

---

<sup>14</sup> Per esempio, obbligando i proprietari a determinate coltivazioni ritenute rilevanti nel lungo periodo bellico, o, dietro il sostanziale inappagamento per il dogma della uguaglianza giuridica delle parti, prevedendo soluzioni di equità per i contraenti economicamente deboli.

<sup>15</sup> In una visione squisitamente individualistica il contratto poteva essere pensato soltanto come individuale o plurimo, quest'ultimo avente come parti una pluralità di soggetti individuali.

<sup>16</sup> Forme contrattuali, che venivano a limitare anche pesantemente la libertà del volere individuale di una delle parti contraenti.

nismo quale fatto strutturale ed economico <sup>17</sup>. Precisamente in relazione a questo profondo riesame del rapporto soggetto/cose, la civilistica più avveduta degli anni Trenta e Quaranta non manca di parlare de *le* proprietà <sup>18</sup>, dove quel plurale segnala diverse proprietà a seconda delle diverse qualità dei beni.

Non solo, ma è proprio negli anni Venti/Trenta che si rompe l'unità civilistica, tenacemente difesa perché baluardo della continuità di una concezione astratta fondata sul soggetto quale individuo unitario. Si comincia, invece, ad ascoltare le voci che vengono su dalle cose e si fa largo un "diritto agrario" quale branca specifica che trova la legittimazione della sua specificità in fatti rilevanti come il fondo rustico e la sua coltivazione (rilevanti anche giuridicamente) <sup>19</sup>.

Fattualità che emerge e complica inevitabilmente il paesaggio giuridico, dove si è perduto il vecchio puntiglio (ma anche la vecchia strategia) per una semplicità di protagonisti (lo Stato e l'individuo singolo), per una semplicità di linee quasi geometriche, per una assoluta purezza di forme (quella dello *abstrakte Zivilrecht* così caro ai pandettisti tedeschi dell'Ottocento): da un lato, le cose con il loro inevitabile carico di materialità; dall'altro, le formazioni sociali, che la Rivoluzione aveva creduto di poter cancellare dalla faccia della terra, che avevano però continuato una vita latente tra le pieghe della società quale insostituibile articolazione di essa e che, dalla fine del secolo XIX, nella progrediente crisi dello Stato, dimostravano una sorprendente vitalità per la loro efficace tutela di valori e interessi sentiti e vissuti (religiosi, assistenziali, economici).

Il meta/legale, cacciato a forza fuori del recinto della giuridicità, ora che l'artificiosissimo edificio legale costruito dalla modernità va sempre più cedendo, ora che il diritto può spontaneamente recuperare la sua naturale

---

<sup>17</sup> Non dimenticabili, perché antesignane nella loro carica provocatoria, le pagine scritte dal civilista Enrico Finzi nel 1923 ("Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà") e nel 1935 ("Diritto di proprietà e disciplina della produzione"), oggi leggibili in: E. FINZI, *L'officina delle cose. Scritti minori*, a cura di P. GROSSI, Milano, 2013.

<sup>18</sup> È la grande lezione, in Italia, di Enrico Finzi, Filippo Vassalli e, successivamente, anche dello stesso Salvatore Pugliatti (per un sommario approccio, mi basti rinviare a: P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860/1950*, Milano, 2000, 231 ss.

<sup>19</sup> Si veda in: P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., entro il capitolo sesto, il paragrafo intitolato "Una disciplina di nuovo conio: il diritto agrario".

complessità, ritorna ad essere parte cospicua – forse, la prevalente – del paesaggio giuridico.

## **6. - Il recupero della fattualità ed alcuni eventi formidabili del secondo Novecento.**

Ma gli eventi davvero formidabili – per riprendere un’aggettivazione usata poco sopra – devono ancora imporsi sul proscenio della storia italiana (e non soltanto italiana); ciò avverrà nel terreno fertile della seconda metà del secolo.

Il primo è, da noi, indubbiamente la Costituzione, che a me qui interessa quale espressione del costituzionalismo europeo novecentesco. È una seconda fase della storia costituzionale, frutto di assetti istituzionali autenticamente democratici <sup>20</sup>, dove è inappagante la riduzione di una “carta” allo schematico catalogo di situazioni soggettive protette del cittadino astratto secondo la tipica architettura delle varie carte settecentesche, ma dove, al contrario, si cerca di scrivere dettagliatamente il breviario giuridico di uomini in carne ed ossa <sup>21</sup>. E lo si fa cercando di leggere spassionatamente, fuori dalle unilateralità ideologiche, fra le trame di una società civile italiana che, dal ’45 in poi, è gremita di speranze e di certezze nuove, tutte fondate sui valori sepolti dalla dittatura fascista ma custoditi vivissimi dalla coscienza popolare.

La Costituzione del ’48 – che non ha nulla di elitario, ma che vuol dialogare con il cittadino qualunque, e lo può fare perché lui riconosce in essa problemi e soluzioni connessi ai propri affanni quotidiani – non si rinchiude nella solitudine di raffinate tecniche giuridiche, ma traduce formalmente in principi e regole, sia i valori universalmente condivisi, sia gli elementari fatti di vita emergenti nel tessuto economico e sociale.

La Costituzione è uno scossone forte per il sonnacchioso ordine giuridico

---

<sup>20</sup> La civiltà borghese peccò fortemente in democraticità sotto parecchi profili, ma soprattutto riducendo l’accesso al voto soltanto a chi fosse titolare di un determinato censo. È lampante l’esempio offerto dal nuovo regno unitario d’Italia, nel quale, nell’anno iniziale di vita della nuova entità politica, era chiamato al voto un numero inferiore al 2% dell’elettorato maschile.

<sup>21</sup> Ho ritenuto di riaffermare questa elementare, ma troppo dimenticata, verità storica in una recentissima lezione maceratese: *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, Macerata, 2013 (anche in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 3, 607 ss.).

ufficiale, ma salvifico. Pretende, però, dal giurista, soprattutto dal civilista, una palingenesi interiore, che non può non consistere nell'abbandono del comodo rifugio di un sapere astratto e nel confronto impietoso fra le regole imbalsamate nei Codici e i valori e interessi viventi nella società, finalmente innalzati a bussola giuridica per legislatori e interpreti <sup>22</sup>.

Il secondo evento di estremo rilievo è la sempre maggiore implicazione della nostra Repubblica all'interno dell'Europa, di quell'Europa che lentamente e faticosamente si evolve da semplice mercato comune a comunità e infine a unione politica e giuridica. E mi preme qui unicamente una sottolineatura: all'inizio dell'itinerario c'è un mercato, ossia il coordinamento dell'economia di vari Stati, ossia una attenzione particolare alla dimensione economica ritenuta relevantissima per le isole statuali dell'allora arcipelago europeo.

Né, durante il suo sviluppo, l'Europa ha mai dimenticato di fare i conti con la fattualità economica, piattaforma imprescindibile anche per l'Unione politica e giuridica. E se ne sono sempre accorti e tuttora se ne accorgono i giuristi italiani, ai quali, ancora immersi in miti puristici o memori di essi, era facile misurare la distanza di quelli rispetto a una normazione e a una giurisprudenza europee intrise di fattualità economica; la quale, per i canali osmotici fra Stato italiano e Unione, ha rappresentato un contributo al recupero odierno della dimensione fattuale del diritto <sup>23</sup>.

## 7. - Sulla singolare fattualità della odierna globalizzazione giuridica.

Ho parlato più sopra, icasticamente, delle regole imbalsamate nei Codici, ed è vero non soltanto in rapporto all'evento profondamente nuovo della Costituzione, ma altresì in rapporto a quel movimento/mutamento che ha percorso tutto il secolo ma che è diventato sconvolgente negli ultimi decenni. Una società abbastanza statica – quella ottocentesca, per esempio – può tollerare le artificiose forzature di un diritto quasi esclusiva-

---

<sup>22</sup> E la più vigile riflessione civilistica italiana si impegna, a far data dai tardi anni Sessanta, nel *rileggere* il Codice alla luce della Costituzione.

<sup>23</sup> Si confronti quanto rilevavo recentemente in: *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio*, intervento che rappresenta la "Pos-fazione" al seguente volume: F. MACARIO-M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010.

mente legale, anche se di pernicioso riduzionismo si tratta; ma una società, come quella del tardo Novecento, che, in grazia di un assetto dichiaratamente democratico, cede a un pluralismo che è sociale e giuridico insieme, non può che ritenere soffocante la ferrea costrizione legalitaria della ufficialità borghese.

Lo stesso Codice Civile del 1942, pur con tutte le sue non poche innovazioni e i suoi tentativi di aperture in tema di lavoro e di impresa, e malgrado l'eccellenza della sua orditura tecnica mercé l'opera dei migliori privatisti italiani, resta sempre più distante nell'immobilismo cartaceo che lo fissa e lo vincola a scelte corrispondenti alla condizione della società e della scienza giuridica italiane degli anni Trenta; né varrà la successiva legislazione speciale a sottrarre il diritto legale da una sua indiscutibile *Isolierung* rispetto alla dinamica rapida dei fatti.

Soprattutto sotto il profilo economico il paesaggio è andato sempre più mutando nel profondo, oggetto di un processo, corrosivo e costruttivo insieme, corrosivo del vecchio e costruttivo di nuovi strumenti. Il capitalismo maturo, che anche in Italia si viveva in quegli anni, pretendeva strumenti nuovi, ignoti al vecchio Codice ancora vigente, ma i soli idonei ed efficaci per disciplinare una dinamica economica sostanziosamente nuova.

Ed è tutto un rigogliare di intuizioni e di invenzioni nate nella fucina della pratica economico-finanziaria, sottoposte a una prima categorizzazione giuridica da attrezzati studi professionali, maggiormente definite da uomini di scienza e da giudici (mentre l'assorbimento sul piano legislativo è tardo e scarso). Nei vecchi "manuali" elementari per novizi di primo anno (per esempio, il perspicuo Trabucchi, su cui io, a mio tempo, studiai) le uniche parole straniere che potevano reperirsi erano latine e si riallacciavano a remoti istituti del diritto romano, non mancando di compiere un ossequioso riferimento alla *insula in flumine nata*, con la quale nessun giudice avvocato notaio avrebbe mai avuto la possibilità di confrontarsi<sup>24</sup>. Nei "manuali" recenti e recentissimi le pagine sono, al contrario, folte di

---

<sup>24</sup> In quanto accessione di incrementi naturali, costituiva un caso di scuola tra i modi di acquisto originario della proprietà.



termini inglesi e danno un volto precisato alle intuizioni abbozzate dalla prassi dietro le pretese assillanti del mercato.

Già, il mercato! Il quale, da nazionale e internazionale si distende in una proiezione europea e, poi, anche globale in una articolazione diffusa che si dispiega ben oltre l'emisfero occidentale fino a ricomprendere ormai il medio ed estremo oriente. Se la vecchia e ottusa politica del tempo di ieri amava riflettersi in un territorio, cioè in un fazzoletto geografico più o meno grande segnato da confini difficilmente valicabili, all'economia ripugnano le frontiere, specialmente quando sono artificiose come quelle troppo spesso stabilite dalle guerre e dai trattati di diversi poteri politici; e ripugnano tanto più quando, come negli ultimi anni, si è assistito (e tuttora si assiste) a uno sposalizio perfetto fra la dimensione economica e le mirabolanti invenzioni della rivoluzione digitale veleggianti tranquillamente al di sopra delle muraglie ideali erette dagli Stati fra di loro <sup>25</sup>.

C'è di più. Dinnanzi a legislatori nazionali (e anche sovranazionali) irretiti nei giochi partitocratici delle assemblee parlamentari e condannati a una sostanziale impotenza, lo stesso potere economico non si è limitato a coniare istituti nuovi rispondenti ai nuovi bisogni, ma si è dato una efficiente organizzazione a livello globale, autonoma dagli ordinamenti statuali e internazionale e prescindente dall'ausilio e dalla tutela degli Stati, che fosse, di per sé, in grado di conferire effettività al nuovo diritto economico globale <sup>26</sup>.

Orbene, mercato e globalizzazione hanno un solo significato ai nostri occhi, ed è grazie a questo significato che ho ritenuto doveroso un cenno alla fine di questa lezione. Anche se spesso siamo di fronte al fenomeno notissimo della dematerializzazione delle nozioni di proprietà e di beni grazie a quella simbiosi strettissima, cui si accennava più sopra, tra dinamica economica globale e sviluppo delle tecniche digitali (e il fondo ru-

---

<sup>25</sup> Efficacemente, la più profonda conoscitrice italiana della globalizzazione giuridica, Maria Rosaria Ferrarese, parla di un "diritto sconfinato" (M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inveniva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006).

<sup>26</sup> La cosiddetta globalizzazione giuridica consiste ormai in un canale di produzione giuridica, che corre parallelo a quelli degli Stati e dell'organizzazione internazionale, che ha propri giudici (arbitri) per comporre eventuali controversie insorgenti nella esecuzione delle clausole contrattuali e che ha proprie fonti consistenti in consuetudini e in raccolte dei più rilevanti lodi arbitrali (si veda la sintesi di F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 5ª ed., Bologna, 2010).

stico descritto da Ulpiano continua a vivere solo in un ristrettissimo cantuccio), è la dimensione economica a imperversare portando avanti interessi e pretese intrisi di fattualità. La dematerializzazione, che è oggi protagonista nel mercato finanziario, non è una purificazione *dalla* realtà economica, ma, al contrario, una accesa fattualità economica che, grazie alla fruizione delle tecniche digitali, si è affrancata dalla prigione della materialità e dai controlli della geo-politica, ed è in grado di meglio soddisfare i grezzi e impuri interessi di quel personaggio globale che è l'odierno uomo di affari.

Come è scritto nel titolo di quest'ultimo paragrafo, si tratta di una fattualità singolarissima, però ugualmente tesa a mandare in soffitta il legalismo formalista escogitato dalla civiltà moderna a propria difesa.

## Gli Autori di questo fascicolo

---

Paolo GROSSI, professore emerito dell'Università di Firenze, accademico dei Lincei, giudice della Corte costituzionale

Luigi FERRAJOLI, professore emerito di Filosofia del diritto, Università di Roma Tre

Aurelio GENTILI, professore ordinario di Diritto civile, Università di Roma Tre

---

319

---

Claudio SCOGNAMIGLIO, professore ordinario di Diritto privato, Università di Roma "Tor Vergata"

Enrico QUADRI, professore ordinario di Diritto privato, Università di Napoli "Federico II"

Luigi BALESTRA, professore ordinario di Diritto privato, Università di Bologna

Giuseppe CONTE, professore ordinario di Diritto privato, Università di Firenze

Giovanni D'AMICO, professore ordinario di Diritto privato, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

Francesco MACARIO, professore ordinario di Diritto privato comparato, Università di Roma Tre

Roberto MASTROIANNI, professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"