

## *Editorial*

### **Venti anni di *Diritto e Processo* nello Studio perugino del XXI secolo. Nel solco di una lunga tradizione: dalla Scuola del commento all'interesse giuridicamente rilevante.**

[ANTONIO PALAZZO<sup>(\*)</sup>]

SOMMARIO: 1. *Diritto e Processo*. – 2. Integrazione e internazionalizzazione. – 3. Genesi del diritto a Perugia: la Scuola del Commento. – 4. *Expressio causae* e promesse gratuite. – 5. *Aequitas*, rapporti intersoggettivi e interessi commutativi. – 6. Influenza della Scuola del Commento nel *common law* moderno. – 7. Il diritto a Perugia dopo l'unità d'Italia: Giuseppe Messina e le relazioni industriali nella sociologia di Sturzo. – 8. Dal positivismo delle "regole" al positivismo degli "interessi": Gioacchino Scaduto e la sua Scuola.

1. *Diritto e Processo* compie vent'anni. Era il 2001 quando abbiamo pensato, unitamente alla Scuola perugina, ad un Annuario giuridico dell'Università, che potesse raccogliere contributi su temi al contempo classici e innovativi, e che tenesse presente le continue interrelazioni tra situazioni giuridiche soggettive e tutela delle stesse, che è poi l'essenza del *civil law*. L'allora M. Rettore Francesco Bistoni mostrò sensibilità e attenzione per l'iniziativa, sensibilità e attenzione perpetuate ed accresciute – stante anche il ruolo di insigne costituzionalista – nell'attuale M. Rettore Maurizio Oliviero, entrato a far parte dello *Scientific Board*.

In questi vent'anni la *Rivista* si è evoluta, rappresentando una degna vetrina per Colleghi affermati, ma anche per giovani che si sono affacciati e si affacciano alla carriera con risultati pregevoli, ampliandosi sia nei contenuti che nelle iniziative editoriali collegate.

Relativamente al primo aspetto, alla sezione dedicata ai saggi (*Articles*), si sono via via aggiunte quelle dedicate all'analisi della giurisprudenza o di particolari argomenti di attualità (*Overviews*) e a celebrare gli Amici e Colleghi che ci hanno lasciato (*In memoriam*); da ultimo, l'offerta si è arricchita con due *Focus* concernenti il diritto ambientale (*Environmental Law and Policy*) e il rap-

---

<sup>(\*)</sup> Accademico dei Giusprivatisti Europei, Università degli Studi di Perugia, *Editor in Chief*.

porto tra diritto, scienza e tecnologie (*Law and Technologies*), particolarmente apprezzabili perché seguiti da giovani valenti ricercatori, entrambi Membri dell'*Editorial Board of Europe*, la Dott.ssa Sabrina Brizioli e il Dott. Silvio Pietro Cerri, *Focus* sui quali ci vorremmo brevemente soffermare.

Lo scopo di *Environmental Law and Policy* è quello di aprire una finestra sugli strumenti giuridici di tutela ambientale, attraverso contributi di esperti della materia. Nel rispetto dei settori scientifici di provenienza dei singoli autori e della interdisciplinarietà della *Rivista*, ciascun contributo fornisce un'indagine accurata e specialistica di una ben individuata tematica afferente alla vasta materia ambientale. Gli studi non si occupano del medesimo topic, né si inseriscono nella trattazione di una stessa tematica prestabilita o imposta dal Comitato scientifico, scelta editoriale rara nell'attuale panorama degli *Special Issue. Environmental Law and Policy* rappresenta, infatti, uno spazio libero di confronto e al tempo stesso un laboratorio scientifico, in cui ciascun esperto ha la possibilità di esprimersi attraverso le personali ricerche ed esperienze professionali e introdurre dei nuovi profili di studio ed attualissimi temi di indagine. Esso è stato ideato e organizzato con lo scopo di permettere la divulgazione di una nuova dottrina del diritto ambientale, una letteratura scientifica di una emergente generazione di studiosi che si muovono, interagiscono e collaborano per dar vita ad una virtuosa cooperazione la cui finalità è la conoscenza di un settore in continua evoluzione.

Analogamente, da questo numero, *Law and Technologies* rappresenta un esperimento editoriale il cui scopo è quello di aprire una finestra sugli strumenti giuridici di protezione delle libertà fondamentali e dei dati personali, di sicurezza informatica e d'informatica forense. Ciascun contributo approfondisce una ben individuata tematica attinente, in particolare, al commercio elettronico, alla digitalizzazione e all'affidabilità di reti e sistemi informatici ed informativi. Anche in questo caso, i lavori di ricerca non si occupano del medesimo topic, né si inseriscono nella trattazione di una stessa tematica prestabilita, in linea con le scelte editoriali poc'anzi rappresentate.

Per quanto concerne le iniziative scientifiche collegate, *Diritto e Processo* può vantare un vasto panorama, che spazia dalla riproposizione dell'opera completa di Maestri del passato (*Pubblicazioni*), ai saggi monografici (*Mono-*

grafie), a saggi su argomenti specifici (*Quaderni*), ad opere dedicate alla formazione degli studenti (*Manuali*), a raccolte di scritti interdisciplinari e atti di convegni (*Studi tematici*), agli studi compiuti nell'ambito di progetti europei (*Jean Monnet Chair TeKla Studies*), sino a commenti alla legislazione (*Commentari*).

2. La svolta è avvenuta nel 2013 con la internazionalizzazione della *Rivista*, grazie all'apporto specifico dei Colleghi messicani, sapientemente guidati da Mario I. Álvarez Ledesma, *Co-Editor in Chief*, e, più in generale, di quelli latino-americani.

*Diritto e Processo* celebra la collaborazione tra la Scuola giuridica perugina e i Colleghi della Escuela Libre de Derecho di Città del Messico, dell'IN-DEPAC (Instituto des Studios Superiores en Derecho Penal) di Città del Messico e della Escuela Judicial de Oaxaca, che vedono tra i docenti titolari anche il mio allievo Roberto Cippitani.

Il progetto scientifico che sta alla base di questa collaborazione parte dagli ottimi rapporti con gli studiosi messicani e cerca di favorire l'obiettivo più ampio di creare uno spazio giuridico comune tra Europa e America Latina. Che diritto europeo e americano abbiano origini e sviluppi comuni è un fatto che non va ulteriormente dimostrato. Eppure oggi queste importanti interrelazioni stanno alla base dell'integrazione giuridica tra le due sponde dell'Atlantico.

Nei due continenti, fino a pochi decenni fa, gli studiosi e gli operatori del diritto erano custodi di un sapere circoscritto entro i confini del diritto nazionale. Si volgeva lo sguardo al diritto degli altri Paesi solo per un esercizio storico o comparatistico, senza una reale ricaduta applicativa sul diritto interno.

Negli ultimi decenni, però, si è prodotto un fenomeno irresistibile e irreversibile, che è costituito dall'integrazione regionale. Una integrazione che si è voluta all'inizio soltanto economica, ma che è divenuta essenzialmente giuridica. Le fasi di questo processo sono ovviamente diverse in Europa e in America Latina. Ma sono uguali gli obiettivi da raggiungere ed il contributo dei giuristi al loro raggiungimento. Inoltre, proprio in virtù di quella area

di famiglia che ha prodotto nel passato importanti contaminazioni, i due processi di integrazione giuridica trovano reciproco impulso dal confronto reciproco, per evidenziare problemi, proporre soluzioni, evitare errori.

Questo confronto è particolarmente evidente nei richiami contenuti nelle fonti e nella giurisprudenza delle Corti latino-americane.

Tale riferimento si osserva nelle forme di collaborazione tra gli Stati sudamericani, che stanno passando da accordi economici e settoriali (come il Mercosur) ad una cooperazione di carattere politico, basata sull'idea di "solidarietà", sviluppo sostenibile e sulla riduzione delle asimmetrie tra regioni (come è accaduto per il trattato dell'Unasur, ma anche per gli sviluppi del Mercosur, come la creazione del fondo per la convergenza strutturale, la creazione della banca del sud, la dichiarazione sui diritti del consumatore, il *Mercosur Sociolaboral*). Questo passaggio si ispira e cita spesso letteralmente il percorso dell'Unione Europea.

Inoltre, il modello europeo guida la letteratura e la giurisprudenza che supportano i processi di integrazione. Infatti, le Corti latino-americane, istituite nell'ambito degli accordi intergovernativi, fanno sempre più riferimento ai concetti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, seguendone inoltre il metodo interpretativo, che costituisce in Europa un essenziale strumento di integrazione giuridica. È il caso del Tribunale Permanente di Revisione del Mercosur, il quale, richiamando anche talune decisioni della Corte di Giustizia, utilizza nozioni quali diritti umani, diligenza e buona fede, diritto alla corretta informazione e così via, che non sono esplicitamente contenuti nelle fonti intergovernative<sup>(1)</sup>. Per non parlare, ovviamente, dell'influenza che il diritto europeo, soprattutto quello privato, hanno avuto e hanno sui codici dell'America Latina.

Allo stesso modo la letteratura giuridica europea potrebbe trarre importanti spunti di riflessione dal diritto dell'America Latina, che già da tempo ha affrontato questioni legate a società multietniche, il confronto con i modelli nordamericani, la globalizzazione.

---

<sup>(1)</sup> Solo per citare un esempio: *Commissione c. Francia* – C-265-95; caso *Schmidberger* (C-112-00).

In questo quadro la Scuola perugina ha stretto rapporti scientifici e personali con studiosi e istituzioni americane, poi sfociati nel Dottorato europeo ed internazionale sui temi dell'integrazione regionale (intitolato alla Società della Conoscenza e coordinato dal mio allievo Andrea Sassi), partecipando a convegni e seminari, organizzando ricerche comuni.

Questo nostro progetto si collega strettamente all'impegno per la costruzione di un diritto europeo che si realizza attraverso diverse iniziative di ricerca, anche per mezzo della collaborazione con l'Accademia dei Giuristi Europei diretta dall'amico Giuseppe Gandolfi.

La collaborazione ha prodotto in poco tempo una oramai consolidata consuetudine di attività scientifiche e didattiche: due numeri speciali celebrativi; i corsi tenuti a Città del Messico e a Perugia; la partecipazione a Convegni; la redazione di alcune voci del prestigioso Dictionario historico-judicial del Mexico, realizzato dalla Suprema Corte de Justicia de la Nación messicana<sup>(2)</sup>; la collaborazione dei colleghi messicani all'opera in tre volumi "Diritto privato", edita da Utet (a cura di Alberto Donati, Alessandro Garilli, Silvio Mazzaresse, Andrea Sassi)<sup>(3)</sup>.

3. *Diritto e processo* si inserisce in una tradizione antica e prestigiosa, colmando, a nostro avviso, una lacuna. Mancava, infatti, un Annuario giuridico nella Università in cui è nata la c.d. *Scuola del commento*, che ha dato impulso fondamentale alla costruzione di un diritto comune nell'ambito dello spazio europeo, coniugando il diritto romano (essenzialmente tardoantico e giustiniano<sup>(4)</sup>) con elementi di diritto germanico e, soprattutto, con il diritto

---

<sup>(2)</sup> Le voci redatte dall'Università degli Studi di Perugia e da noi coordinate sono le seguenti: *Permanencias del derecho civil* (Antonio Palazzo); *Derechos patrimonialmente neutros* (Andrea Sassi); *Antitrust (en el Derecho Europeo)* (Francesco Scaglione); *Derecho subjetivo y Interes legitimo* (Valentina Colcelli); *Solidaridad (en las relaciones jurídicas)* (Roberto Cippitani).

<sup>(3)</sup> Il contributo di M.I. Álvarez Ledesma è "L'Accesso alla giustizia"; quello di B. Sosa Morato si intitola "Persona y Derecho".

<sup>(4)</sup> Non a caso nell'Università di Perugia è attiva, da quasi cinquant'anni (la sua istituzione risale al 1973), l'Accademia Romanistica Costantiniana, Centro di ricerca di livello internazionale, pensato e fortemente voluto dall'Amico Giuliano Crifò (del quale quest'anno ricorre il decennale della scomparsa) e ora alacramente guidato dalla Sua allieva Marialuisa Navarra.

to canonico. Queste interrelazioni, proiettate nel presente, costituiscono al contempo l'ispirazione e la visione della *Rivista*, focalizzandosi su tradizione e modernità. Ed è per queste ragioni che, richiamando alcune osservazioni che avevano accompagnato l'uscita del primo numero, vogliamo in questa sede dar conto dell'importanza della Scuola giuridica perugina, dagli albori al XX secolo, con particolare riferimento al diritto civile, che ha costituito il laboratorio per la formazione e lo studio degli interessi della persona, poi trasfusi, sotto forma di situazioni giuridiche soggettive, nelle norme di diritto positivo<sup>(5)</sup>.

L'insegnamento del diritto civile nello *Studium Perusinum* ha una storia secolare che, sia pure con una crisi nei secoli XVII e XVIII, registra nomi illustri di giuristi titolari della disciplina.

Nel 1308, l'anno stesso della Bolla Clementina di riconoscimento dello Studio generale perugino, Jacopo da Belviso († 1335) vi teneva già la cattedra di diritto civile suscitando le invidie dei Bolognesi che gli avevano ingiunto di tornare subito nella sua Università di nascita e formazione. E il Consiglio dei Priori e dei Savi di Perugia deliberava il 9 settembre di quell'anno di inviare a Bologna una "solenne ambasceria" per indurre i bolognesi a consentire al civilista Belviso *gratia et amore communis Perusii et populi*, di continuare il suo insegnamento perugino. Braccio di ferro tra i due comuni che continuò per anni con minacce e lusinghe al Belviso da parte di entrambe le istituzioni<sup>(6)</sup>. I dieci anni di Jacopo a Perugia decidono, secondo l'Ermini, dell'avvenire dello Studio: «è per lui che la Scuola si avvia per quel nuovo metodo scientifico, che la farà maestra a tutti di dottrina civilistica»<sup>(7)</sup>.

Vero continuatore del Belviso è Cino de' Sighibuldi o Sinibuldi da Pistoia

---

<sup>(5)</sup> Ci permettiamo di rinviare ad A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 2 ss., spec. pp. 3 ss. e 117 ss.; A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 1 ss., spec. p. 19 ss.; A. PALAZZO, *Permanenze del diritto civile*, in questa *Rivista*, 2006-2009, p. 479 ss.; ID., *Permanencias*, in M.I. ÁLVAREZ LEDESMA, R. CIPPITANI (coord.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, 2013, p. 502 ss. V. anche P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, 4ª ed., Torino, 2016, spec. p. 4.

<sup>(6)</sup> G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, I, Firenze, 1971, p. 127 ss.

<sup>(7)</sup> G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 129.

(† 1336), considerato l'iniziatore della cultura civilistica e della *Scuola del commento*, che era sicuramente a Perugia sul finire del 1326 dove dava consigli al Comune e dove i documenti lo ricordano nel 1328-29 sulla «Cattedra ordinaria di diritto civile». E a Cino succede Bartolo da Sassoferrato († 1357), «una delle più forti menti di giurista che l'umanità abbia mai avuto»<sup>(8)</sup>. Bartolo entrò nella Scuola civilistica perugina di Cino e come sentiva dire da lui Baldo<sup>(9)</sup>: «ciò che formò il mio ingegno fu la lettura di Cino». Bartolo rimase sulla cattedra di diritto civile a Perugia sino alla morte; solo tra il 1342-43 e il 1351-53 fu a Pisa per leggervi l'Inforziato.

Nome illustre è pure il successore e allievo di Bartolo, Baldo degli Ubaldi o Baldeschi († 1400)<sup>(10)</sup>, che aveva conseguito probabilmente il Dottorato tra il 1343 e il 1344 su presentazione di Bartolo. Varie città si contesero la presenza di Baldo: Bologna, Pisa, Firenze, Padova, Piacenza e Pavia (ove morì), ma il più lungo periodo di insegnamento lo trascorse nella sua Perugia.

Dice Ermini: «se Bartolo è senza dubbio il massimo giurista del secolo per limpidezza dei concetti, visione sintetica dei problemi e rigore di costruzione dogmatica, Baldo supera il Maestro per ricchezza di erudizione, acume giuridico, modernità di atteggiamenti. Scrisse un suo discepolo, Paolo di Castro: “Pro certo fuit uno polito dottore et seppe bene anche lui indurre più sottilmente che Bartolo; ma pur generalmente seguita meglio il Vero che Baldo”»<sup>(11)</sup>.

Tra i fratelli di Baldo, Pietro porta un contributo materiale agli studi e all'insegnamento del diritto civile a Perugia<sup>(12)</sup>. La sua opera più importante costituisce il fondamento del diritto moderno teso a tutelare l'unità del patri-

---

<sup>(8)</sup> L'espressione – dice Ermini (*Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 137) – è usata da Giason del Maino, in l. 132, D. 45, 1. Su cui v. anche F. CALASSO, *Bartolo da Sassoferrato*, in *Diz. biografico degli italiani*, VI, Roma, Ist. Enc. it. Treccani, 1965, spec. p. 28 ss. (estr.).

<sup>(9)</sup> BALDUS, in *Feud.*, II, 26.

<sup>(10)</sup> Su cui, da ultimo, F. TREGGIARI, *Baldo degli Ubaldi (1327-1400). Una bio-bibliografia*, Perugia, 2021.

<sup>(11)</sup> G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 146 ss.

<sup>(12)</sup> Cfr. G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 152 ss.

monio familiare nella trasmissione a causa di morte<sup>(13)</sup>: in essa si rinvencono, ad esempio, riferimenti alla divisione di beni tra fratelli, ove si consiglia di non smembrare quella parte di patrimonio per mezzo della quale l'ascendente esercitava un'attività produttiva. Queste ascendenze si rinvencono nel pensiero della civilistica attuale in tema di istituti alternativi al testamento e in alcuni provvedimenti legislativi recenti, quali la legge 55 del 2006 introduttiva dell'istituto del "Patto di famiglia"<sup>(14)</sup>.

Anche l'insegnamento del Notariato assurge a dignità universitaria nello Studio Perugino dei secoli XIV e XV con nomi illustri quali Maffeo di Riguccio che vi legge l'*ars notaria* di Rolandino de' Passeggieri<sup>(15)</sup>.

Ma è stato l'insegnamento di Bartolo, con il suo rigore tecnico-giuridico, il centro della cultura civilistica più ricco di contenuti a Perugia. Se Cino da Pistoia viene considerato il fondatore della *Scuola del commento* sono Bartolo e poi Baldo ad incidere sui fondamenti della cultura giuridica europea. A loro si deve la soluzione della questione dell'*expressio causae* e delle promesse gratuite, nonché l'utilizzo del procedimento equitativo che è arrivato sino ai nostri giorni.

4. In relazione al primo problema i due Commentatori riservarono grande attenzione alla dottrina dell'efficacia dei *nuda pacta*, che Bartolo, distinguendosi per la consueta finezza argomentativa, pone al centro delle sue riflessioni definendola «*materia subtilis et bona*», ed alla quale il giovane Baldo – appena ventunenne – dedicherà gran parte dei suoi già maturi studi, redigendo all'uopo un apposito trattatello (*De pactis*)<sup>(16)</sup>.

Si tratta di una svolta epocale nella storia del diritto civile, attesi i suoi riflessi determinanti sulla dogmatica moderna delle obbligazioni, che trova le sue ascendenze nel diritto romano postclassico ove la storia della donazione

---

<sup>(13)</sup> PETRI DE UBALDIS, *Tractatus de duobus fratribus et aliis sociis*, Lugduni, 1550, spec. p. 133 ss.

<sup>(14)</sup> Sul punto v. A. PALAZZO, *Testamento e istituti alternativi*, Padova, 2008, p. 431 ss.

<sup>(15)</sup> G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 183 ss.

<sup>(16)</sup> Cfr. S. RICCOBONO, *Stipulationes, contractus, pacta. Corso di diritto romano*, Milano, 1935, p. 418 ss.

ha un impatto dirompente sul vecchio sistema dello *ius civile*: l'ingresso della donazione causale, infatti, contribuisce – insieme alla nuova *stipulatio* – a ribaltare la dottrina ulpiana (D.2.14.7.4), secondo cui, com'è noto, «*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem; igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*».

D'altro canto, non è un caso che l'emersione della causa (o motivo oggettivato) si accompagni alla crisi del vecchio formalismo, atteso che già la *stipulatio*, fonte di obbligazioni per eccellenza, viene ritenuta nulla, qualora si presenti *sine causa*, proprio nel momento in cui perde la sua forma tradizionale, come si evince, tra l'altro, dalle invalidità della *stipulatio turpi ex causa* o viziata da dolo, che della causa, invece, presuppongono l'esistenza<sup>(17)</sup>.

Il *pactum donationis*, in buona sostanza, è *nudum* perché privo di *vestimentum*, ma è efficace perché ha una sua propria *causa*. Il *vestimentum*, in altri termini, non va inteso come sinonimo di *causa*, nell'accezione classica (ma insincera) di *datio*, bensì nel senso di forma solenne, atteso che, come riferisce la migliore dottrina, ai cui studi insuperati è d'obbligo rinviare in questa sede, «il *pactum* assorbì la *stipulatio* senza forma»<sup>(18)</sup>.

D'altra parte, l'estrema rilevanza dell'innovazione giustiniana in tema di *pactum donationis* è testimoniata dalle importanti riflessioni del *doctor ultramontanus* Jacques de Révigny, il quale, in polemica con la Glossa azoniana, attribuisce al consenso il ruolo di *vestimentum* nella donazione, in quanto elevata dall'ordinamento a *species contractus*, del tutto azionabile prescindendo

---

<sup>(17)</sup> Sull'argomento, rimangono insuperate le pagine di S. RICCOBONO, *Stipulationes, contractus, pacta*, cit., p. 174 ss. V. anche C. MANENTI, *Teoria generale dei Pacta*, Siena, 1891, *passim*; e il nostro, *Scienza e insegnamento del diritto civile a Perugia. Dalla Scuola del commento alla giurisprudenza degli interessi*, in F. TREGGIARI (a cura di), *Giuristi dell'Università di Perugia. Contributi per il VII centenario dell'Ateneo*, Roma, 2010, p. 256.

<sup>(18)</sup> S. RICCOBONO, *Stipulationes, contractus, pacta*, cit., p. 430. E v., chiaramente, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 1993, p. 487 ss. Dice Burdese (ivi, p. 490): «Caduto l'antico formalismo, ogni convenzione può, con qualche limitazione, presentarsi come *stipulatio*, e pertanto viene ormai a risultare priva di significato la massima *ex pacto actio non nascitur*, benchè la si trovi ancor riprodotta nelle fonti giustiniane, ove risulta ormai solo vera per i patti (tipico il *pactum de non petendo*) in ordine ai quali la mancanza di azionabilità deriva dall'intento stesso delle parti».

dall'adozione di una forma particolare: «[...] *donatio erat conventio nuda ante iustinianum voluit iussi quod ex pacto donationis posse agi. Unde similiter venditio est conventio vestita quia contrahitur consensu sic et donatio. Sic dico in aliis casibus ubi lex iuvat conventionem distinguendo eam et eam reponendo in speciem. Unde dico quod vestitur consensu donatio sic et venditio quia voluit iustinianus quod ex consensu donationis agetur sic et ex consensu venditionis*»<sup>(19)</sup>.

Le fonti postclassiche confermano quindi il fatto che la forma solenne non è mai stata, in diritto romano, la “stampella” cui si appoggia una “causa debole” o, ancor peggio, una donazione “astratta”, per la semplice ragione che, tutte le volte in cui i motivi oggettivati acquistano rilevanza, la donazione è un negozio causale. E tale aspetto è presente nel pensiero di Bartolo e soprattutto di Baldo, il quale affermava che il *promissor*: «*si voluisset donare, hoc expressisset [...] ergo, nulla inserta causa, paesumitur stultitia non liberalitas [...] unde voluntas non facit eum debitorem*»<sup>(20)</sup>.

Il pensiero dei Commentatori è stato ripreso e sviluppato in chiave moderna dal fondatore della scienza comparatistica italiana, Gino Gorla, che insegnò a Perugia per un breve periodo nella seconda metà degli anni trenta del XX secolo.

È infatti sulla dottrina di Gorla che si fondano gli sviluppi della civilistica attuale secondo cui la causa dell'attribuzione regge l'efficacia della promessa e vale a superare il vecchio feticcio formalista che serviva a colmare la presunta deficienza causale delle attribuzioni unilaterali non donative, origine delle preoccupazioni gorliane<sup>(21)</sup>. Forma solenne e promessa unilaterale, infatti, non costituiscono più un inscindibile binomio concettuale. L'evolu-

<sup>(19)</sup> JACQUES DE REVIGNY, *Lectura super Digesto veteri*, in *l. Iurisdictionum ff. de pactis*, fol. 129 vb., in *Lectura Codicis*, r. a. Bologna, 1967.

<sup>(20)</sup> BALDI, *In quartum et quintum codicis, de non num. pec., l. generaliter* (C. 4, 30, 13) un. 13, 15.

<sup>(21)</sup> Cfr. G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 196, secondo il quale «la causa di liberalità presenta questo carattere particolare, di essere una causa generale o generica, che comprende tutte le promesse di dare non aventi un certo carattere tipico o una *causa sufficiente* [...]; sicché la forma della donazione serve o può servire per rendere valide le promesse di quel genere, che altrimenti valide non sarebbero». V. i nostri *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, p. 160 ss., e *Le donazioni* (artt. 769-809), in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000, p. 52 ss.

zione del sistema privatistico, in ordine al fondamento della sanzionabilità della promessa unilaterale registra singolari mescolanze provenienti dalla storia del pensiero giuridico<sup>(22)</sup>: dalla *pollicitatio* romana alla dottrina della *aequitas* canonica, dalla *fides* tomistica di ispirazione aristotelica – che apre la strada alle teorie della scolastica spagnola sulla morale dell’obbligo<sup>(23)</sup> – alla “laicizzazione”<sup>(24)</sup> giusnaturalista della promessa fondata sulla *aequitas constituta* groziana<sup>(25)</sup>, il punto d’approdo (o di non ritorno) non è rimasto (o, forse, non è mai stato) il dogma volontaristico di matrice pandettistica<sup>(26)</sup>. Le riflessioni della dottrina attuale – e le avanguardie quasi pionieristiche della giurisprudenza – sul contratto con obbligazioni del solo proponente, configurato quale negozio unilaterale, dimostrano che il cammino della scienza civilistica – che origina dal diritto romano postclassico, e prosegue nello Studio perugino attraverso Bartolo e Baldo per arrivare nel secolo XX a Gino Gorla – in ordine alle ragioni della giuridicità del vincolo assunto unilateralmente si è oggi concluso. Infatti, la dicotomia contratto-promessa non esprime più una contrapposizione di concetti antitetici, ma una semplice alternatività dei modi di acquisto derivativo *inter vivos* dei diritti<sup>(27)</sup>.

## 5. Riguardo al secondo problema, concernente l’uso del procedimento

---

<sup>(22)</sup> In argomento, v. il nostro studio in A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L’interpretazione della norma civile*, Torino, 1996, spec. p. 68 ss.; e *Interessi permanenti*, cit., spec. p. 54 ss.; L. MOCCIA, *Promessa e contratto*, in *I contratti in generale* (Aggiornamento 1991-1998) a cura di G. Alpa e M. Bessone, I, Torino, 1999, p. 297 ss.

<sup>(23)</sup> Cfr. A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997.

<sup>(24)</sup> L. MOCCIA, *Promessa e contratto*, cit., p. 308 ss.

<sup>(25)</sup> Cfr. G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 18 ss.; A. PALAZZO, A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L’interpretazione della norma civile*, cit., p. 80 ss.

<sup>(26)</sup> In argomento, v. And. D’ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, I, *Profilo storico e comparativo*, Torino, 1992; ID., *Le promesse unilaterali* (artt. 1987-1991), in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1996, p. 241 ss.; A. ORESTANO, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2019, p. 7 ss. e 131 ss.

<sup>(27)</sup> A. PALAZZO, *Promesse gratuite e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 181 ss. Sul punto, v. le belle pagine di G. GORLA, *La “logica” illogica del consensualismo o dell’incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 255 ss.

equitativo<sup>(28)</sup>, i due Commentatori, non solo si servivano dell'*aequitas* (anche *non scripta*) per colmare eventuali lacune del sistema, ma propendevano per un utilizzo tale da consentire di evidenziare la *ratio* effettiva della disposizione e di disapplicarla nel caso concreto, qualora risultasse che il fine voluto dal legislatore venisse disatteso nell'ipotesi di applicazione rigida del precetto<sup>(29)</sup>: così, a proposito della previsione concernente la fattispecie in cui un soggetto spargeva sangue all'interno del palazzo comunale (punita con la pena di morte) i due *Commentatori* precisarono che, allorché il fatto avveniva, ad esempio, ad opera di un medico o di un barbiere-cerusico nell'intento di salvare un malato, la *ratio legis* «veniva meno» e il precetto, con la relativa sanzione, non potevano trovare applicazione<sup>(30)</sup>.

Questo uso del procedimento equitativo risale ad epoca antichissima. Secondo Aristotele la natura dell'«equo» è di essere correzione della legge, nella misura in cui essa «è carente» a causa del suo carattere universale<sup>(31)</sup>, ma

---

<sup>(28)</sup> Sul tema, l'indagine più completa e attuale è di A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011.

<sup>(29)</sup> Sul pensiero di Bartolo e di Baldo in merito al concetto di *bona fides* interrelato a quello di *aequitas canonica*, si veda P. FEDELE, *Ricordo di Baldo degli Ubaldi. Rileggendo il suo commento al Cap. I Lib. XV "De pactis" delle Decretali di Gregorio IX*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni – La forma degli atti nel diritto privato*, Napoli, 1988, spec. p. 159 ss.; più in generale, sull'importanza dei *Commentatori* nel panorama culturale cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, trad. italiana di Santarelli e Fusco, coord. da Grossi, Milano, 1980, I, spec. p. 115 ss., il quale sottolinea come «solamente chi conosce le vite tormentate di queste personalità [...] è in grado d'apprezzare la misura e lo spirito del contributo ch'essi dettero alla cultura europea» (p. 117); l'influenza di tali personalità (con particolare riguardo a quella di Bartolo) sul pensiero giuridico europeo sino al settecento è evidenziata, tra gli altri, anche da R.C. VAN CAENEGEM, *Introduzione storica al diritto privato*, ed. italiana con presentazione di M. Ascheri, Bologna, 1995, pp. 79, 109; da J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, ed. italiana, Bologna, 1996, p. 160 s.; da A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, ed. italiana, Bologna, 1999, p. 110 s.; e, di recente, A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, spec. p. 56 ss.

<sup>(30)</sup> Cfr. P.G. CARON, *"Aequitas" romana, "misericordia" patristica ed "epicheia" aristotelica nella dottrina dell'"aequitas" canonica*, Milano, 1971, p. 74 ss., spec. p. 80 s.

<sup>(31)</sup> *Etica Nicomachea*, V, 14, 1137b, 25, trad. italiana con introduzione e note di C. Natali, Bari, 1999, p. 215. La traduzione più appropriata è la seguente: «L'equo è giusto, ed è migliore di un certo giusto, non del giusto in assoluto, ma di quel giusto che difetta per astrattezza.

è soltanto nel mondo romano che il diritto diviene scienza e si procede nella fattispecie analizzata alla corretta applicazione della regola o, se del caso, alla sua disapplicazione: l'*interpretatio* va oltre il dato formale e attraverso il procedimento equitativo consente di realizzare quel contemperamento di interessi a tutela di tutte le parti del rapporto<sup>(32)</sup>. Emblematico è il pensiero di Giuliano (II sec. d.C.), secondo il quale la buona fede, che regola il momento della formazione del contratto e del suo svolgimento, impone un limite al contenuto del rapporto: nell'ipotesi in cui le parti pattuiscono l'esonero del venditore dalla responsabilità per l'evizione della cosa, qualora quest'ultima intervenga, il venditore stesso, pur non essendo tenuto al risarcimento del danno, deve comunque restituire il prezzo, essendo contrario a buona fede la circostanza che il prezzo possa essere trattenuto quando il compratore "perde" la cosa<sup>(33)</sup>. Il principio è arrivato sino a noi: cfr. art. 1488 c.c.

Ancora prima, riguardo alle interrelazioni tra clausole generali ed equità<sup>(34)</sup>, Celso affermava che oggetto della ricerca pratica del giurista doveva essere il bene dei singoli nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, bene attuato e realizzato *ratione bonae fidei* e, con il contemperamento di opposti interes-

---

Ed è questa la natura dell'equo, di essere correzione della legge, laddove essa è carente a causa del suo carattere universale».

<sup>(32)</sup> Sul punto, A. PALAZZO, *Interessi permanenti ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, I, Padova, 2002, spec. pp. 15 ss. e 24 ss.

<sup>(33)</sup> Cfr. L. VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea (Atti del convegno in onore di A. Burdese)*, Padova, 2003, IV, p. 349 s.

Altre volte i giuristi romani, per giustificare un eventuale contrasto tra la soluzione adottata in concreto e la regola generale, fanno riferimento al concetto di *utilitas*, il quale è così divenuto uno strumento ambivalente, segno della possibile coesistenza nel ragionamento giuridico di pensiero sistematico e di pensiero problematico: M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, spec. pp. 3 e 207 ss.

<sup>(34)</sup> Per un uso attuale delle clausole generali e dell'equità, intese in un senso che favorisce la soluzione di casi pratici in maniera adeguata alla giustizia del caso concreto, v. la pregevole analisi di P. RESCIGNO, *Rimeditazioni sulla buona fede: omaggio ad Alberto Burdese*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza storica e contemporanea (Atti del convegno in onore di A. Burdese)*, cit., IV, p. 568 ss., spec. p. 569.

si (*aequitas*)<sup>(35)</sup>, applicava principi fondamentali che – consolidatisi in epoca recente anche attraverso il richiamato passaggio alla c.d. giurisprudenza degli interessi – sono arrivati sino a noi, tanto da essere recepiti nelle Carte costituzionali e nei Trattati dell'Unione (c.d. *permanenze*)<sup>(36)</sup>.

La dottrina aristotelica trova terreno fertile soprattutto nell'elaborazione dogmatica di San Tommaso d'Aquino (1225-1274), riletta alla luce dell'interpretazione che di essa fornì il Cardinale Caietano (1468-1534) nei suoi *Commentaria in Secundam Secundae Divi Thomae de Aquino* del 1518<sup>(37)</sup>. Secondo San Tommaso, infatti, accanto alla giustizia distributiva, che impone allo Stato doveri di impiegare i beni della Terra a vantaggio di tutti i membri della comunità, esiste un concetto di giustizia commutativa, che richiede allo Stato di assicurare l'equità dello scambio nei contratti tra privati. Entrambe queste forme di giustizia sono espressione della giustizia legale, che consiste nel dovere fondante di promuovere e rispettare il bene comune.

San Tommaso applica i principi di equità e di buona fede alla materia contrattuale, ponendo le basi del diritto privato del mercato; la dottrina tomistica plasmerà profondamente il pensiero della *Scuola del commento* e di quella dei *doctores medievali* della Scuola perugina in particolare.

Assai interessante è la prospettiva di lettura del *iustum pretium* offerta dall'Aquinate, il quale, nella vigenza del divieto canonico delle *usurae*, ammetteva tuttavia che non fosse *turpe lucrum* il prezzo concordato in base alle regole del mercato, al di fuori di comportamenti abusivi che, distorcendo il funzionamento del mercato stesso, portassero a sovrapprofitti iniqui<sup>(38)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Si veda l'ampia analisi di A. PALAZZO, *Interessi permanenti*, cit., p. 15 ss. Precedentemente Labeone (ca. 45 a.C.-22 d.C.) aveva applicato il principio al fine di ritenere "ingiusta" la pretesa dell'adempimento dell'obbligazione corrispettiva nell'ipotesi in cui la controprestazione non fosse stata eseguita, ma è soltanto in epoca adrianea che i giuristi danno rilievo al sinallagma funzionale e la buona fede viene utilizzata per consentire alla parte adempiente il recupero del valore della prestazione effettuata in caso di mancata esecuzione della controprestazione per causa non imputabile: cfr. L. VACCA, *Buona fede*, cit., IV, p. 333 ss., spec. p. 345 ss.

<sup>(36)</sup> Sul significato del termine "permanenze" v. ancora A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, cit., spec. pp. 1 ss. e 37 ss.

<sup>(37)</sup> J.M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, 1996, p. 198 ss.

<sup>(38)</sup> Cfr. A. SAPORI, *Studi di teoria economica*, (Sansoni) Firenze, 1955, p. 279. Sul punto,

La questione prospettata da San Tommaso nella *Summa Theologiae* riguarda la vendita di grano ad un prezzo elevato, in conseguenza di una scarsità momentanea dell'offerta, da parte di un commerciante che è al corrente del prossimo mutamento delle condizioni di mercato in senso più favorevole all'acquirente (II<sup>a</sup>-IIae q. 77 a. 3 arg. 4): «*Praeterea, si aliquis teneatur dicere defectum rei venditae, hoc non est nisi ut minuat de pretio. Sed quandoque diminueretur de pretio etiam sine vitio rei venditae, propter aliquid aliud, puta si venditor deferens triticum ad locum ubi est carestia frumenti, sciat multos posse venire qui deferant; quod si sciretur ab ementibus, minus pretium darent. Huiusmodi autem non oportet dicere venditorem, ut videtur. Ergo, pari ratione, nec vitia rei venditae.*»

Orbene, secondo San Tommaso, la circostanza, ignorata dall'acquirente e taciuta dal venditore, che il prezzo sarebbe diminuito a seguito dell'imminente aumento dell'offerta di frumento, non comporta l'ingiustizia del prezzo già praticato, atteso che alla data della vendita era diversa l'entità dell'offerta stessa (II<sup>a</sup>-IIae q. 77 a. 3 ad 4): «*Ad quartum (respondeo) dicendum quod vitium rei facit rem in praesenti esse minoris valoris quam videatur, sed in casu praemisso, in futurum res expectatur esse minoris valoris per superventum negotiatorum, qui ab ementibus ignoratur. Unde venditor qui vendit rem secundum pretium quod invenit, non videtur contra iustitiam facere si quod futurum est non exponat. Si tamen exponeret, vel de pretio subtraheret, abundantioris esset virtutis, quamvis ad hoc non videatur teneri ex iustitiae debito.*»

Questo pensiero medievale è ancora attuale, perché ci ricorda che i valori del mercato non sono avulsi dagli interessi dei contraenti, sicché il prezzo di mercato è equo se rispecchia la reale utilità che il bene o il servizio scambiato presenta per le parti.

La riflessione tomistica può essere a buon diritto considerata la radice storica della moderna dottrina dell'abuso di posizione dominante mediante imposizione di prezzi non equi, dal momento che le condizioni dell'offerta sono eque se il loro mutamento è causato da circostanze sopravvenute (*per superventum negotiatorum*) sottratte alla volontà del venditore, il quale è costretto ad innalzare il prezzo in risposta all'aumento della domanda. Si tratta di

---

ampiamente, A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, cit., p. 355 ss., spec. p. 363.

una posizione dominante transitoria, che non è foriera di comportamenti scorretti di stampo monopolistico. Ad ogni modo, anche l'esempio portato da San Tommaso d'Aquino è indirettamente la conferma del fatto fondamentale che l'equità è connaturata allo scambio, a condizione che i termini di esso siano liberamente e consapevolmente accettati da entrambe le parti.

La giustizia commutativa nel diritto privato è dunque riconducibile alla *aequitas singularis* di ascendenza aristotelico-tomistica e della *Scuola del commento*, perché consente al giudice di tener conto della particolarità degli interessi di ciascuna delle parti nell'applicazione della normativa contrattuale.

6. Anche in ambito anglosassone viene sottolineata l'importanza dell'equità nella formazione delle regole giuridiche: si afferma infatti che la funzione dei principi giuridici «è quella di contrastare le tendenze verso la rigidità e il legalismo, nel senso di attaccamento alla norma come fine a se stessa più che come mezzo per conseguire decisioni giuste. Vi è, pertanto, sempre un elemento di relatività nella nozione di equità. I principi che arrivano ad essere considerati come equitativi riguardano quegli aspetti del diritto che necessitano di modifiche. Man mano che il diritto si consolida, muta la funzione dei principi, che vengono ad essere impiegati in modo più marginale, solo per controllare l'applicazione delle norme in ordine a situazioni di fatti particolari»<sup>(39)</sup>.

---

<sup>(39)</sup> P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, trad. italiana di Maccioni, con presentazione di A. Giuliani e appendice di L. Moccia, Milano, 1981, p. 143, che richiamano la celebre affermazione di sir Henry Maine, che definì l'equità come un complesso di principi giuridici aventi – in virtù della loro estrinseca superiorità – il potere di sostituirsi alla vecchia legge. Emblematica è l'esperienza attuale del diritto israeliano, che dimostra ancora una volta le strette interrelazioni sussistenti tra equità e clausole generali, con particolare riferimento alla buona fede: si osserva in dottrina che anche in tale realtà non si «esiterà ad attuare il principio della buona fede a fianco delle norme specifiche sulla tutela del consumatore, e cioè, che il principio di buona fede vada applicato alla fase precontrattuale dei contratti di consumo [...]. Questa è dunque la natura del principio di buona fede: espandersi in aree precedentemente non coperte, ed obbligarci, anche in quanto parti di trattative, a rispettarci l'un l'altro»: così A.M. RABELLO, *Israele fra common law e civil law, verso la codificazione del suo diritto contrattuale*, in V. BERTORELLO (a cura di), *Io comparo, tu compari egli compara: che cosa, come, perché?*, in *L'alambicco del comparatista*, coll. diretta da M. Lupoi, 6, Milano, 2003, p. 271, ed ivi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

Diffusore delle idee dei Commentatori in ambito anglosassone è stato Alberico Gentili, grato ai Maestri perugini per avergli dato prima di Oxford la massima formazione. Il Gentili pronunciò due orazioni in lode delle Accademie di Perugia e di Oxford e l'occasione fu quella delle Assemblee riunite per il solenne conferimento di dottorato a Perugia e di cattedra ad Oxford (1602 e 1603).

Ecco come si esprime il Gentili sul metodo di studio seguito a Perugia e sulla prova che viene richiesta per la creazione di un dottore<sup>(40)</sup>: «Gli studenti ricevono dai dottori al termine di ogni lezione la indicazione del tema che sarà trattato prossimamente, e degli scrittori e interpreti e dove questi si possono reperire, affinché siano letti prima della lezione che segue, e ad un tempo sia esaminato ciò che poi verrà esposto e brevemente vi sia rivolta attenzione, onde i dottori abbiano poi pochissimo da esporre di cui i discepoli non abbiano in precedenza preso conoscenza: utilissimo metodo di studio, poiché non è sufficiente che gli uditori ascoltino con tutta attenzione il professore, ove già non abbiano precedentemente conosciuta la materia; lodatissimo metodo anche per i sermoni sacri come riferisce Crisostomo. E grave colpa è ritenuta comportarsi diversamente, negligenza che danneggia tutto, negligenza grandissima che è matrigna certamente dell'erudizione. Se poi ambisci il grado dottorale, devi adire tre dottori designati, che ti indicano la legge sulla quale il giorno seguente dovrai parlare e dissertare con loro: duro esame (credete ad un esperto), per timore del quale non pochi partono verso altre accademie a conseguire il grado, pure avendo seguito l'intero corso di studi a Perugia; e che ad alcuni di coloro che si arrischiano ad affrontarlo, fa sentir dire, dai tre dottori insieme, non essere loro ancora lecito di aspirare alla dignità del dottorato. Se poi ti è stato concesso di chiedere tale dignità, allora accedi al collegio e ricevi la indicazione di due testi, che interpreterai entro ventiquattro ore. Assistono i dottori della tua professione, quaranta, cinquanta giureconsulti, e il più giovane disputa con te contro le tue tesi. E nulla dico delle altre due tesi alle quali parimenti sei

---

<sup>(40)</sup> A. GENTILI, *Lodi delle accademie di Perugia e di Oxford*, testo latino con versione italiana e note a cura di G. Ermini, Perugia, 1968, pp. 27-31.

tenuto, procurate a te molto prima e forse nemmeno proporzionate alle tue forze, ma che non ritengono di udire. Per i due punti che ti ordinano di discutere, la brevità del tempo concessoti esclude ogni frode e consente un giudizio conclusivo sul tuo sapere e sul tuo merito. Quanta dottrina infatti è appena sufficiente, perché tu possa trarne ciò che riempia ed adorni i due commenti? E d'altro lato, di quanto ingegno vi è bisogno perché tu colga, in tanta angustia di tempo, quel che puoi dire in modo adeguato? Né della tua varia dottrina e del tuo no puerile giudizio: qui necessita davvero la memoria dei giureconsulti e l'acume dei dialettici, qui dove invano cercheresti aiuto nelle carte, che non ti è lecito portare. Ciò, in breve, degli studenti perugini».

Baldo e Bartolo hanno insegnato al mondo giuridico europeo a coltivare attraverso il diritto dei privati l'interdisciplinarietà culturale della giustizia.

La storiografia contemporanea, rivisitando i termini delle dottrine tradizionali, sta dimostrando che il rinnovamento della scienza giuridica nell'età moderna va ricercato nei giuristi del *mos italicus*, come ad esempio Matteo D'Afflitto e Alberico Gentili, piuttosto che nei giuristi umanisti del *mos gallicus*<sup>(41)</sup>.

Ma viene anche per la Scuola perugina il periodo della crisi che «è generale per tutto il mondo civile vivente in regime di diritto comune», che «si accompagna a quella degli Ordinamenti stessi dello Studium Perusinum» e si propone nel sei e settecento anche dopo la riforma operata da Urbano VIII nel 1625<sup>(42)</sup>. In questi due secoli mancano civilisti equiparabili ai Maestri dei secoli precedenti e l'erudizione soffoca la pienezza del metodo tecnico-giuridico di stampo bartoliano.

Il periodo napoleonico e la restaurazione presentano segni di ripresa soprattutto per l'attenzione ai codici ottocenteschi e all'ordine degli studi con una razionalità dei programmi di insegnamento, ma non sono di gran fama i titolari delle cattedre.

---

<sup>(41)</sup> Cfr. M. ASCHERI, *I giuristi, l'umanesimo e il sistema giuridico dal medioevo all'età moderna*, in *El Dret Comú i Catalunya* (Actes del II Simposi International, Barcelona 31 maig - 1 iuny 1991), Barcelona, 1992, p. 145 ss.; A. GIULIANI, *Il modello di legislatore ragionevole (Riflessioni sulla filosofia italiana della legislazione)*, in AA.VV., *La legislazione. Profili politici e giuridici*, Milano, 1992, p. 13 ss.

<sup>(42)</sup> G. ERMINI, *Storia dell'Università di Perugia*, cit., p. 537.

7. È necessario attendere la ripresa della vita universitaria dopo l'unità nazionale per ritrovare a Perugia i nomi più illustri della civilistica italiana ed il conseguente alto livello didattico e scientifico, anche se per la brevità di tempo del loro insegnamento non nasce mai una scuola perugina contemporanea del diritto civile, fra i quali vanno ricordati: Silvio Perozzi (1884-85), Enrico Serafini (1886-89), Alfredo Ascoli (1888-90), Lodovico Barassi (1899-1902), Antonio Scialoja (1906-09), Vincenzo Arangio Ruiz (1909-10), Carmelo Scuto (1910-13), Filippo Vassalli (1911-14), Pietro de Francisci (1916 e 1922), Andrea Guarneri Citati (1923-24). Tra tutti, massimo rilievo, oltre al già richiamato Gino Gorla<sup>(43)</sup>, hanno assunto due insigni civilisti, Maestri della Scuola siculo-romana, che hanno lasciato un segno imperituro della loro saggezza durante il soggiorno perugino, formando allievi che hanno ripercorso in tempi recenti le loro orme, insegnando il diritto civile a Perugia: Giuseppe Messina (1902-1904) e Gioacchino Scaduto (1922-1923).

Mentre la rilevanza scientifica e sociale della scienza di Giuseppe Messina appartiene essenzialmente a quello che attualmente viene qualificato come diritto del lavoro e sindacale, Gioacchino Scaduto è un civilista "puro".

Il pensiero del primo è interrelato con la costruzione sociologico-giuridica delle relazioni industriali e del conflitto di classe in Luigi Sturzo, il quale vede il progresso umano nella sua storicità. La sua indagine sociologica è fondata «sulla conoscenza della storia come azione consapevole degli uomini associati»<sup>(44)</sup>. La sociologia ha per oggetto la società in concreto, nel suo

---

<sup>(43)</sup> V. la produzione perugina di Gino Gorla: *L'atto di disposizione dei diritti*, estratto da *Annali della Regia Università di Perugia*, vol. 46, serie V, vol. 13, Perugia, 1936.

<sup>(44)</sup> G.F. MORRA, *Luigi Sturzo. Il pensiero sociologico*, (Città nuova editrice) Roma, 1979, spec. p. 29 ss. Afferma F. BATTAGLIA, *Croce e i fratelli Mario e Luigi Sturzo*, (Ravenna Ed. Longo) Roma, 1973, p. 91 «come Luigi Sturzo fosse consapevole dell'originalità del suo assunto: fare della sociologia, dopo la grande fioritura francese e germanica dell'800, significa non solo lasciarsi dietro l'eclettismo italiano, che confondeva la sociologia con l'economia politica, che poi veniva chiamata economia sociale, ma disimpegnarsi dalla falsa idea della filosofia della storia». Cfr. al riguardo le pregevoli riflessioni di F. BARBANO, *Storicità e sociologia delle libertà. Appunti sul pensiero sociologico di Luigi Sturzo*, in AA.VV., *Luigi Sturzo nella storia d'Italia*, Vol. I, (Ed. Storia e letteratura) Roma, 1973, spec. p. 255 ss.

Sulla vita e sul pensiero di Sturzo rimangono fondamentali le riflessioni di Eugenio Guccione: v., in particolare, E. GUCCIONE, *Luigi Sturzo tra società civile e Stato*, (ILA Palma)

dinamismo temporale, e allora il metodo più adeguato è quello storico (che può avvalersi di quello sperimentale, ma sempre con la proiezione e la lungimiranza storica). Egli suddivide le forme sociali in principali e secondarie. Le prime sono la famiglia, la politica, la religione; le seconde, il sindacato, le associazioni delle varie categorie sociali quali quelle dei produttori, dei consumatori, ecc.

Questa distinzione regge a una verifica storica e si rivela sempre più utile nella società contemporanea.

Possono così comprendersi da un canto i fondamenti delle leggi sociologiche: *a)* legge della individualità-socialità; *b)* legge del moto verso la razionalità; *c)* legge di unificazione vista nel modo più concreto e moderno: «La società non può mancare di una finalità che l'anima e che valga a mantenere associati gli individui fra di loro. Essendo, però, ogni finalità comune intesa dagli individui secondo il proprio modo di accettarla e di attuarla, la nucleazione sociale è per sé stessa molteplice e si concretizza in una pluralità di società esistenti e naturalmente anche contrastanti non solo per interessi particolari in urto, ma anche per più larghe e successive finalità da attingere»<sup>(45)</sup>; *d)* legge di dualità (o di polarizzazione): non è una legge diversa da quella di unificazione, ma un momento interno ad essa: quando la dualità sociale non si realizza come lotta e conflitto, ma come conciliazione e collaborazione, si ha la diarchia sociologica ossia la compresenza della conservazione e del mutamento. Dualismo limitatamente e provvisoriamente stabilizzato<sup>(46)</sup>.

Ed a questo punto è possibile capire che essendo l'uomo il protagonista della storia, le leggi sociologiche possono essere date soltanto dal comportamento dell'uomo associato in un dato momento storico. Via quindi dal quadro il determinismo marxista, e piena valorizzazione dell'uomo libero

---

Palermo-San Paolo, 1987; sino ai più recenti ID., *Luigi Sturzo*, (Flaccovio) Palermo, 2010; ID., *Luigi Sturzo. Il prete scomodo fondatore del Partito popolare italiano*, (Di Girolamo) Trapani, 2018; ID., *Pensiero e azione di Luigi Sturzo. Prete e statista*, (Il Pozzo di Giacobbe) Trapani, 2019.

<sup>(45)</sup> L. STURZO, *Del metodo sociologico*, in *Opera omnia*, (Zanichelli) Bologna, 1970, pp. 14-15.

<sup>(46)</sup> Si veda L. STURZO, *Del metodo sociologico*, cit., pp. 76-77. Sul valore di questa costruzione v. N.S. TIMASHEFF, *La sociologia di Luigi Sturzo*, (La nuova cultura editrice) Napoli, 1966, pp. 41, 79, 107, 189 e 206 ss.

e associato, in una società ove è la stessa persona a potere decidere storicamente della sua libertà e della consistenza di questa libertà<sup>(47)</sup>.

Queste principali leggi sociologiche, colte incisivamente da Sturzo, sono allora affidate alla coscienza morale e in pratica alla preparazione politica dell'uomo associato. Le associazioni sindacali, forme sociali secondarie, presentano la vigenza di queste leggi ed il diritto sindacale moderno nasce dall'esperienza pratica delle *Trade Unions* inglesi, e dalle riflessioni scientifiche di Messina e di Kahn-Freund.

Anzitutto, l'impossibilità ad essere regolati da leggi dello Stato, interessi che fanno capo a gruppi sociali *rectius* sindacali a nucleazione molteplice. Questi gruppi si presentano con continue e spesso rapide scomposizioni e ricomposizioni di soggetti ad essi aderenti che sfuggono alla complessità del procedimento legislativo statale. Ipotesi concreta della legge sturziana di unificazione che conferma il protagonismo delle persone aderenti al gruppo e smentisce l'idea di massa lavoratrice i cui interessi vengono gestiti dallo Stato.

Ma è la legge della dualità che trova un riscontro puntuale nell'attuale scienza del diritto del lavoro e riguarda le relazioni di conflitto tra i gruppi speciali.

Secondo Messina e Kahn-Freund è sull'idea e sulla realtà del conflitto che si formano e si consolidano i gruppi d'interesse e le loro relazioni. Il conflitto assume, così, una funzione genetica rispetto alla nascita dei gruppi; il conflitto è il *prins* che determina la solidarietà organizzata dei gruppi, lo sviluppo delle loro relazioni, il funzionamento dei metodi di codificazione e di amministrazione degli standard normativi, scaturenti dalla istituzionalizzazione delle predette relazioni<sup>(48)</sup>.

---

<sup>(47)</sup> L. STURZO, *Del metodo sociologico*, cit., p. 26. Sturzo dev'essere considerato il Maestro di filosofia politica che ha fatto compiere con il suo pensiero un passo determinante verso la sua completezza, teorica e pratica, al cattolicesimo liberale che sta pure a fondamento, come vedremo più avanti, della dottrina sociale della Chiesa. D. ANTISERI, *Liberale quelli veri e quelli falsi*, (Rubbettino) Soveria Mannelli-Messina, 1998, p. 951, definisce "lezione decisiva" quella di Sturzo: «Se don Antonio Rosmini, in Italia, è la stella del pensiero liberale cattolico del secolo scorso, don Luigi Sturzo è il maestro del pensiero liberale cattolico del nostro secolo».

<sup>(48)</sup> O. KAHN-FREUND, *Labour and the law*, (Stevens ed.) London, 1972, pp. 15-17.

E ancora in *Der Funktionswandel des Arbeitsrechts*, saggio del 1932, Kahn-Freund vede il ruolo dello Stato nel complesso gioco delle relazioni industriali e scorge come Sturzo le interrelazioni tra società e Stato, guardando da una parte alla società come assetto concreto di poteri sociali disegualmente distribuiti, e allo Stato quale strumento tecnico di regolazione del potere sociale nel terreno delle relazioni industriali, al fine di garantire l'equilibrio dei poteri collettivi, di cui sono portatrici le rappresentanze organizzate degli interessi dei lavoratori e degli imprenditori<sup>(49)</sup>.

Ma Sturzo già sei anni prima, in *Italia e fascismo* (1926), allargava il quadro e la legge di autonomia-interferenza, sfiorata dal civilista tedesco, la vede non soltanto sotto la forma giuridica riguardante le interrelazioni tra la normazione dei gruppi sociali e quella dello Stato che la garantisce, ma ancora più in profondità<sup>(50)</sup>.

Presupposto per Sturzo perché queste interrelazioni siano corrette, è che non esista l'intervento statale nell'economia. Per Sturzo libertà economica, quale presupposto per la più genuina libertà politica, significa diritto soggettivo pubblico di libertà per ogni cittadino di gestire l'economia, di controllare la produzione, il consumo, il risparmio. Le forme giuridiche della partecipazione sono la cogestione e la cooperazione che da un canto riducono la conflittualità e dall'altro rendono eccezionale e soltanto attuabile dall'esterno il sostegno dello Stato all'economia privata. Un sistema sofisticato di assicurazioni private salvaguarderebbe poi l'imprenditore nel caso di fallimento. Ciò posto se lo Stato intervenisse con la sua partecipazione diretta, come è avvenuto da noi con le famigerate Partecipazioni Statali, la libertà contrattuale collettiva tra gruppi sociali verrebbe ad essere inevitabilmente compromessa perché lo Stato diverrebbe parte, prima nel conflitto e poi nel contratto collettivo tra i due gruppi contrapposti, con la conseguenza di non essere più attendibile quale strumento garante di tutela del procedimento contrattuale collettivo.

---

<sup>(49)</sup> O. KAHN-FREUND, *Der Funktionswandel des Arbeitsrechts*, in *Archiv für Sozialpolitik*, 1932. Ma a queste conclusioni era già giunto G. MESSINA, *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, (Vallardi) Milano, 1904.

<sup>(50)</sup> L. STURZO, *Italia e fascismo*, ora in *Opera omnia*, cit., p. 56.

8. Ad un'attenta rilettura delle celebri prolusioni di Gioacchino Scaduto (1898-1979) “*Sull’identificazione dei principii generali di diritto*” e “*Sulla tecnica giuridica*”, entrambe del 1926<sup>(51)</sup>, si possono cogliere le premesse di quel delicato passaggio dalla giurisprudenza dei concetti a quella degli interessi, che la dottrina italiana compirà sulle orme di quella tedesca, mediante l’assimilazione delle tesi di Rudolph von Jhering e del fondatore della Scuola di Tübingen, Philipp Heck<sup>(52)</sup>, contro la degenerazione della metodologia giuridica pandettistica di Savigny, Puchta e Windscheid<sup>(53)</sup>.

---

<sup>(51)</sup> La prima apparve per la prima volta nel vol. VII degli *Annali dell’Università di Perugia*, 1926, p. 11 ss., e fu poi ripubblicata negli *Scritti in memoria del prof. Francesco Innamorati*, Perugia, 1932, p. 189 ss. La seconda, invece, si trova nella *Rivista di diritto civile*, 1927, p. 225 ss. Tutte le opere di Scaduto possono ora leggersi in G. SCADUTO, *Diritto civile*, a cura di A. Palazzo, tt. I-II, Perugia, 2002.

<sup>(52)</sup> Insieme a Philipp Heck (1858-1943), tra i rappresentanti della Scuola di Tübingen (*Tübinger Schule*) vanno annoverati Max von Rümelin (1861-1931) e Heinrich Stoll (1891-1937); alla suddetta Scuola aderirono anche i civilisti di Göttingen Paul Oertmann (1865-1938) e Rudolf Müller-Erbach (1874-1959). Sull’argomento, v. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., II, p. 329 ss., nonché G. ORRÙ, *Giurisprudenza degli interessi*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 171 ss.

<sup>(53)</sup> Parla di “degenerazione del positivismo”, legata ad «un irresponsabile Positivismo strumentale al servizio del potere», F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, cit., p. 307 ss. Qui, invece, ne parliamo in altro senso, più ristretto, quale inevitabile conseguenza, sul piano scientifico, dell’esasperazione concettuale dei pandettisti. Cfr. G. ORRÙ, *Giurisprudenza dei concetti*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IX, Torino, 1993, p. 176 ss. La Scuola scadutiana erediterà pienamente il pensiero del Maestro siciliano nell’adesione convinta e matura al filone positivista: la necessità di tener conto, nell’analisi del dato positivo e nella connessa elaborazione dogmatica, dell’effettiva incidenza dei concetti giuridici nel regime dei rapporti privati, ancorando l’attività ermeneutica agli interessi ed ai valori sottesi al regolamento legale, è messa in luce, a proposito di un’importante indagine sull’*intuitus personae*, da A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, pp. 20-21: «Quel che conta [...] è svelare questi reali interessi per i quali l’intervento legislativo ha predisposto, in un determinato momento storico, un modulo di disciplina positiva; e chiaramente nel contempo la funzione, talvolta solo descrittiva ma più spesso integrativa, esercitata dall’uso dottrinale e giurisprudenziale del concetto e della categoria dell’*intuitus*, rispetto a tale disciplina. [...] Si tratta, cioè, non di attribuire o negare dignità “dogmatica” ad una categoria giuridica che, quanto più appare sfuggente, tanto più sembra ricorrere nelle argomentazioni degli studiosi e nelle motivazioni dei giudici, bensì di accertare la sua effettiva incidenza nel regime dei rapporti privati».

Sulla Scuola storica del diritto e sui pandettisti, v. le nostre osservazioni in A. GIULIA-

La svolta epocale di Jhering verso una giurisprudenza pragmatica ed il superamento di un concettualismo sistematico così accentuato da nuocere persino alle stesse ragioni del positivismo francese post-illuminista<sup>(54)</sup>, deriva essenzialmente, com'è noto, dalla celebre conferenza del procuratore di Stato prussiano Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884), il quale, nel 1848, proclamò a gran voce «La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza (*Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*)»<sup>(55)</sup>. Alla de-

---

NI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, cit., p. 102 ss. La galleria dei pandettisti di spicco e i loro rapporti col positivismo giuridico sono l'oggetto dell'approfondito, ricchissimo studio di F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., pp. 123-176. Sulla crisi del positivismo legislativo e della *Begiffsjurisprudenz* v. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 39, che sottolinea quali fattori di consunzione della giurisprudenza dei concetti quello economico e socio-politico; sotto quest'ultimo profilo, non è senza rilievo che il clima politico in cui scrive Scaduto è contraddistinto dal tramonto dello Stato liberale di impronta giolittiana a causa dell'inasprirsi dei conflitti di classe, con la conseguente ascesa dello Stato corporativo fascista.

<sup>(54)</sup> Cfr. i nostri studi in A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della norma civile*, cit., pp. 106-107: «La giurisprudenza dei concetti influisce sul giovane Jhering che se ne allontanerà con la fine degli anni cinquanta sconcertato dall'esasperato concettualismo dei pandettisti. Egli è il primo civilista di rilievo a rompere con l'astratta sistemazione dei concetti giuridici ordinati in categorie da una mentalità illuministica che crede in un ordinamento positivo creato da giuristi colti. La pandettistica dei suoi contemporanei è infatti una appendice del diritto romano comune europeo che era stato risistemato dai commentatori alciatani».

Su Jhering, v., in particolare, F. WIEACKER, *Rudolph von Jhering*, Stuttgart, 1968 (1<sup>a</sup> ed.: *Rudolph von Jhering. Eine Erinnerung zum 50. Todestage*, Leipzig, 1942). In argomento, v. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (traduzione a cura di S. Ventura), Milano, 1966, pp. 17 ss. e 58 ss. Cfr. altresì M.A. CATTANEO, *Positivismo giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 2: «Il positivismo giuridico francese deriva storicamente in modo diretto dal giusnaturalismo illuministico; quest'ultimo infatti sostiene da un lato una concezione razionalistica della giustizia, fonda il diritto naturale sulla ragione umana, e sostiene dall'altro una concezione volontaristica del diritto positivo, considera questo come l'emanazione della volontà del legislatore. Queste due concezioni sono strettamente legate fra loro, in quanto l'attribuzione al legislatore, alla legge, del carattere di unica fonte del diritto positivo, permette di concretizzare, positivizzare, i principi razionali di giustizia».

<sup>(55)</sup> Il saggio si può leggere in J.H. VON KIRCHMANN, E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza* (a cura di G. Perticone), Milano, 1964, pp. 1-35.

Sulla crisi della scienza giuridica di matrice pandettistica e sulla polemica sollevata dal Kirchmann, v. S. PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*

lusa constatazione di Kirchmann, secondo cui «il diritto positivo è nelle sue estreme determinazioni puro arbitrio»<sup>(56)</sup>, cui più tardi farà eco, quale vessillo di rivincita degli epigoni della Scuola giusnaturalista, la teoria della libera interpretazione del diritto di François Gén<sup>y</sup><sup>(57)</sup>, aveva già risposto Otto von

---

– *Saggi*, Milano, 1951, pp. 691-699. Ecco come Pugliatti (1903-1976) descrive l'agitato clima culturale di quegli anni (p. 693): «Fin dall'inizio, dunque, nello stesso momento in cui cominciava a fervere l'opera ricostruttiva della scienza giuridica, se ne denunciava l'inconsistenza scientifica. Così alla scienza giuridica si dava il viatico: da quel momento, i giuristi procedevano nel loro lavoro di elaborazione sistematica, tra le critiche ricorrenti e le difese non meno tenaci, e quando essi medesimi, sostando nel loro lavoro, si interessavano alle polemiche che lo accompagnavano come inseparabili ombre, si sentivano in preda a ondate ora di scetticismo ora di entusiasmo, che ne raffreddavano o rinfocolavano, con vicenda alterna, ogni slancio». Sintetiche ma chiare le riflessioni di P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Il modello di civil law*, cit., p. 118 ss., spec. p. 120 s.

<sup>(56)</sup> J.H. VON KIRCHMANN, E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, cit., p. 16.

<sup>(57)</sup> G. PERTICONE, *Introduzione* a J.H. VON KIRCHMANN, E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, cit., p. X.

Il problema della arbitrarietà delle norme positive è un vecchio dilemma della cultura filosofico-giuridica: cfr. F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 4: «Il diritto, pertanto, è sempre più chiaramente e consapevolmente “diritto positivo”, cioè posto o prodotto, più o meno consapevolmente, dall'opera dell'uomo. Tuttavia ciò non significa per nulla che sia necessariamente frutto del capriccio o dell'arbitrio. Infatti la prima e più generale ragion d'essere del diritto si ritrova nell'esigenza di sottrarre le vicende umane all'incertezza e all'insicurezza. D'altronde il concetto stesso di regola esclude il ricorso ad una volontà incostante e sempre mutevole. Regole create dall'uomo ambiscono ad una stabilità che vinca la fragilità e l'insicurezza dell'esistenza umana. Dunque il rifiuto di un'origine soprannaturale o, comunque, non umana del diritto dei popoli non significa per nulla il rigetto dell'esigenza di sottrarre il diritto al capriccio della volontà dei potenti o all'incostanza delle cose umane. Il paradosso, che bisogna spiegare, è come mai un diritto creato dall'uomo non sia interamente disponibile da parte della volontà umana. È questo paradosso, infatti, che salva dall'oblio l'antica problematica della legge naturale, cioè quella della possibilità di criteri e di vincoli, non dipendenti dalla volontà umana, che la produzione del diritto positivo deve in qualche modo rispettare se vuole evitare il rischio dell'arbitrio». Sull'argomento v. G. ZACCARIA (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991.

Va qui ricordato, sia pure per inciso, che il contributo di Gén<sup>y</sup> alla critica del formalismo giuridico arricchisce in modo considerevole la galleria degli autorevoli esponenti di quel filone di pensiero che, secondo Renato Treves (1907-1992) [*Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, 1996 (ristampa, con prefazione di Mario G. Losano), pp. 103-

Gierke (1841-1921) nel 1889, sollevando la questione del “compito sociale del diritto privato”<sup>(58)</sup>. Lo farà, implicitamente, anche Scaduto, sottolineando l'importanza del metodo storico naturale di Jhering nel procedimento costruttivo di *trasposizione*, consistente «nel trasportare il concetto giuridico dal campo intellettuale in quello fisico»<sup>(59)</sup>. La novità della riflessione scadutiana risiede proprio nella rivalutazione della tecnica *costruttiva* jheringhiana

---

141; su Treves, v. il saggio di A. TANZI, *Renato Treves. Dalla filosofia alla sociologia del diritto*, Napoli, 1988], in varia misura aprì la via alle concezioni sociologiche del diritto: Jhering, Kirchmann, Hermann U. Kantorowicz (1877-1940), Eugen Ehrlich (1862-1922) [E. EHR- LICH, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano, 1976 (ristampa a cura di Alberto Febbrajo; titolo originale: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig, 1913). Sulla svolta verso il volontarismo nel movimento del diritto libero e sulle tesi di Ehrlich, v. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1970, p. 82 ss. Come ricorda Larenz (p. 84), fu però il Kantorowicz, in un saggio apparso nel 1906 (sotto lo pseudonimo di Gnaeus Flavius: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*), ad inaugurare la svolta verso il soggettivismo, in antitesi alla giurisprudenza formale dei concetti. Sul “modernismo giuridico”, espressione coniata da Widar Cesarini Sforza nel 1912 a proposito della *Freirechtsbewegung*, v. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 102 ss.], e, nel campo del diritto pubblico, Léon Duguit (1859-1928), Maurice Hauriou (1856-1929) e Santi Romano (1875-1947); né si può trascurare, in questa direzione, la tesi idealistica della natura creativa dell'interpretazione di Giuseppe Maggiore (1882-1954) [*L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Palermo, 1914] e Max Ascoli (1898-1978) [*L'interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto*, Roma, 1928 (ristampato a Milano nel 1991, a cura di F. Riccobono, con prefazione e postfazione di R. Treves)]. Sul punto v. la colta e raffinata analisi ricostruttiva di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 146 ss., nonché la concezione soggettivistica del diritto di Widar Cesarini Sforza (1886-1965) [*Il diritto dei privati*, Milano, 1963 (ristampa a cura di Salv. Romano)].

Sul pensiero di Geny, v. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, pp. 143-192, nonché le sintesi di A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Tratt. dir. comp.* Sacco, Torino, 1996, p. 314 ss.; P. GALLO, *Grandi sistemi giuridici*, Torino, 1997, p. 127 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, cit., p. 106 ss. In argomento, cfr. N. LIPARI, *L'interpretazione giuridica*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 125: «Se la legge è (cioè vige, vincola, opera) quale è interpretata, essendo l'interpretazione il procedimento attraverso il quale si assegna significato ad un enunciato, e se quindi in questo senso l'interpretazione è sempre creativa, si deve riconoscere che la giurisprudenza, in quanto professionalmente qualificata all'interpretazione, è fonte di diritto».

<sup>(58)</sup> Cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 59.

<sup>(59)</sup> Sul metodo giuridico-naturale di Jhering, v. W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (a cura di P. L. Lucchini), Milano, 1974, p. 123 ss.

in chiave, per così dire, evolutiva: il concettualismo del primo Jhering<sup>(60)</sup>, quale si trova espresso nella celebre prolusione su “*Il nostro compito*” (*Unsere Aufgabe*)<sup>(61)</sup> sotto forma di elogio della costruzione giuridica<sup>(62)</sup>, non è incon-

---

<sup>(60)</sup> Cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., pp. 27-28: «L’opera giuridica di Jhering è notoriamente contrassegnata da una profonda cesura: mentre nel primo periodo della sua produzione, soprattutto nello *Spirito del diritto romano* e nel saggio introduttivo degli *Annali di Jhering*, egli non soltanto approva la giurisprudenza dei concetti e la costruzione formale di Puchta, ma la spinge fino all’estremo, nel secondo periodo egli l’ha resa oggetto di pungente derisione ed ha cercato di sostituirla mediante un indirizzo completamente diverso».

<sup>(61)</sup> R. VON JHERING, *Il nostro compito (Unsere Aufgabe)*, presentazione della rivista *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, anno I (1857), vol. I, pp. 1-52, ora in R. VON JHERING, *La lotta per il diritto (e altri saggi)*, trad. it. a cura di R. Racinaro, Milano, 1989, pp. 1-48. Lo scritto di Jhering è esplicitamente richiamato in nota da Scaduto nel saggio sulla tecnica giuridica.

<sup>(62)</sup> Cfr. R. VON JHERING, *La lotta per il diritto (e altri saggi)*, cit., pp. 8-9: «Io faccio distinzione fra una giurisprudenza *superiore* e una *inferiore*, fra la *superiore* e *inferiore condizione di aggregato* del diritto. La normale forma di apparizione, in cui il diritto si presenta nella realtà, è quella della *regola* giuridica, che può essere più universale (e in questo caso si suole usare l’espressione *principio* giuridico), oppure più speciale e limitata (e in questo caso è più corrente l’espressione *massima* giuridica). Se la regola ha *esternamente* la forma imperativa è per questo del tutto indifferente; l’elemento imperativo è nell’oggetto. Ora, tutte le operazioni della giurisprudenza, che lasciano alla materia del diritto questa sua forma originaria e immediatamente pratica, che quindi non portano al di là delle massime e dei principi giuridici, sia che li abbiano trovati da sé, sia che abbiano soltanto elaborato quelli dati dal legislatore, io le annovero nella giurisprudenza *inferiore*. L’opposizione della giurisprudenza superiore rispetto a quella inferiore si determina attraverso l’opposizione del *concetto* del diritto rispetto alla *regola* del diritto, e il passaggio del diritto dalla condizione di aggregato inferiore a quella superiore è mediato dalla *costruzione giuridica*, in quanto essa eleva la materia giuridica data a concetti. La trasformazione, che segue da ciò, consiste, *negativamente*, in ciò, che la materia si spoglia completamente della sua forma immediatamente pratica e imperativa, *positivamente*, nel fatto che essa assume la forma di un corpo *giuridico*. La massa complessiva del diritto appare ora non più come un *sistema di norme, di pensieri*, ma come un insieme di *esistenze*, di *potenze* giuridiche. Noi consideriamo la rappresentazione di un *corpo* giuridico come quella più semplice e naturale. Ognuno di questi corpi ha un suo modo particolare, una sua natura e sue caratteristiche, grazie alle quali esso è capace di produrre certi effetti. Il nostro compito di fronte ad esso assume pertanto il *carattere di una ricerca storico-naturale*».

Sul ruolo della elaborazione dogmatica dottrinale come “filtro” tra legislatore e giudice, e sulle riflessioni nascenti dalla prima fase del pensiero di Jhering, v. le osservazioni di F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 163 ss.; e di R. SACCO, *La dottrina fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, pp. 449-465.

ciliabile con lo sviluppo della vita del diritto, ma al tempo stesso resta immune dalla logica giusliberista che affida la ricerca giuridica alla personalità e alla discrezionalità dell'interprete<sup>(63)</sup>.

Scaduto può pertanto essere considerato, a buon diritto, il precursore, lucido e lungimirante, delle attente riflessioni dei giuristi contemporanei, che, risvegliatisi dal generale "sopore dogmatico", hanno tentato di uscire dalla crisi del positivismo legislativo di stampo ottocentesco riqualificando l'ermeneutica giuridica nelle forme e secondo i metodi del pensiero problematico<sup>(64)</sup>. Il limite della funzione euristica della dogmatica, c.d. ermeneutica dogmatica, messo in luce dai giuristi del secondo dopoguerra<sup>(65)</sup>, ha consentito di risolvere il problema principale della giurisprudenza costruttiva di Scuola pandettistica, che, com'è stato recentemente ricordato, «selezionava le soluzioni possibili esclusivamente dal punto di vista della razionalità formale del sistema, governata dal principio logico di non contraddizione, e quindi in funzione dell'interesse di chiusura (o di purezza) del sistema, senza riguardo alle conseguenze nella realtà sociale circostante e alla congruità con le aspettative degli interessati al traffico giuridico»<sup>(66)</sup>.

Nella prolusione sulla tecnica giuridica, si delinea ancora più nettamente il ritratto positivista di Gioacchino Scaduto; della tecnica, infatti, egli esalta la essenzialità per ogni giurista, poiché «senza di essa non si dà retta interpretazione della legge», costituendo «l'unico mezzo di progresso e di sviluppo del diritto costituito».

Scaduto distingue, all'interno della tecnica giuridica, la tecnica legislativa da quella interpretativa. Mentre la prima «si riferisce al rilievo dei bisogni della vita sociale, al modo ed ai mezzi come effettuarlo ed al regolamento di quei bisogni in un sistema armonico di norme coattive», la seconda, invece, è suscettibile di una duplice accezione: «la tecnica interpretativa in senso lato

---

<sup>(63)</sup> Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritto libero*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 279 ss.

<sup>(64)</sup> In questi termini, v. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., pp. 41-42.

<sup>(65)</sup> Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico* (edizione italiana a cura di A. Baratta), Milano, 1970, p. 91 ss.

<sup>(66)</sup> L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 48 ss., spec. p. 56.

abbraccia tutti i mezzi di interpretazione ed applicazione del diritto». *Stricto sensu* essa si identifica con le costruzioni giuridiche.

Contro le tesi di Gény, che, distinguendo nell'attività del giurista il dato dal costruito, relega il ruolo della tecnica giuridica ad un'elaborazione non scientifica, ma artificiale del diritto (consistente in trucchi di mestiere), Scaduto replica che «non è possibile distinguere procedimento scientifico da procedimento tecnico, riferendosi al complesso delle attività necessarie a conseguire i risultati scientifici. Se la scienza giuridica è costituita dalla conoscenza del diritto, questa non si ha che interpretando le norme giuridiche con tutti i mezzi tecnici disponibili»<sup>(67)</sup>. La scienza giuridica non può dirsi sistema, cioè unità organica di regole di diritto, senza un'interpretazione tecnica delle norme giuridiche. Scaduto rifugge perciò dalla contrapposizione effettuata da Gény tra elaborazione scientifica ed elaborazione tecnico giuridica, riecheggiante quella fiducia dell'interprete nel diritto naturale, che lo guida verso un diritto giusto, derivante dalla natura delle cose. L'attaccamento al dato naturale di Gény riflette l'estremo suo disfavore verso la tecnica giuridica, che si esprime nelle costruzioni dottrinali. Concetto e costruzione sono così per Gény strumenti meramente artificiali, «artifici di pensiero spiegati e giustificati col bisogno d'unità inerente allo spirito umano e che lasciano intatte ed indipendenti le realtà di cui esse non sono che i simboli puramente intellettuali e logici».

---

<sup>(67)</sup> Siamo agli antipodi del positivismo giuridico e legislativo: la scientificità del metodo non è nell'aderenza al dato positivo, ma nella ricerca naturalistica del benessere umano. Gény riconosce così la funzione "creativa" – intesa come efficacia di "propulsione" – della giurisprudenza: il sistema giuridico è costruito anche con l'apporto di fonti (non formali) extralegislative. Come ha osservato mirabilmente Rodolfo Sacco, «Geny, rompendo con il mito della completezza della legge, intendeva riaprire vasti spazi alla dottrina – cui affidava il compito di scoprire un nuovo diritto naturale in evoluzione, dipendente dalla natura delle cose –; ma il suo insegnamento valse a legittimare, agli occhi dei suoi contemporanei, soprattutto la creazione del diritto ad opera dei giudici. Nel clima da lui creato, il codice civile svizzero disporrà che in caso di lacuna il giudice disponga come disporrebbe se fosse legislatore»: R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. dir. comp. Sacco*, Torino, 1992, p. 233. In proposito, v. le belle pagine di W. BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario* (lo scritto, che costituisce la prima monografia di Bigiavi, è del 1933, ma è stato ristampato per iniziativa del suo illustre allievo, Francesco Galgano, con prefazione di Marino Bin), Padova, 1989.

Il messaggio contrario di Scaduto è chiaro ed inequivocabile: il tecnico deve indicare il diritto quale è, non quale dovrebbe essere. Questa è la sua “missione”, e le costruzioni giuridiche (imposte dalle disposizioni di legge), che servono a tale scopo, devono, nei limiti del possibile, vale a dire se i mezzi tecnici di cui egli dispone per l'interpretazione della legge lo consentano, rispondere alla realtà sociale<sup>(68)</sup>.

Come si vede, nella prospettiva positivista di Scaduto, secondo quanto si è precedentemente rilevato, la dogmatica e l'elaborazione scientifica del diritto che da essa deriva, sono strumenti della tecnica giuridica al servizio dell'interpretazione della legge, ma sempre nell'ambito della c.d. autointegrazione del sistema, che non ammette altre fonti (sia pure non formali) all'infuori di quelle strettamente normative<sup>(69)</sup>.

---

<sup>(68)</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile*, cit., pp. 222-223: «In conclusione, almeno tendenzialmente (e qui si enuncia un altro criterio metodologico) la scienza giuridica deve costruire ed elaborare concetti (definizioni, distinzioni, etc.) che, rispetto all'ordinamento giuridico a cui appartengono, mantengano quel valore teorico e pratico insieme, che caratterizza la funzione della detta scienza. La costruzione di concetti a fini esclusivamente didattici o mnemonici si ridurrebbe ad una esercitazione dell'attività didattica e della memoria; vana esercitazione se l'una e l'altra devono tendere a svelare e a mantenere in vita le note di una realtà, e non già a tenere in esercizio delle facoltà individuali».

<sup>(69)</sup> Sul problema delle lacune dell'ordinamento giuridico, cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1998, p. 243 ss.

Per la distinzione tra positivismo giuridico e legislativo, v. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, cit., pp. 124-125 e p. 163 ss. ove si analizza dettagliatamente il passaggio dal positivismo scientifico a quello legislativo. Cfr. P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: Introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 405 ss. ed ora in *Scuole, tendenze e metodi*, cit., p. 75 ss. Osserva Perlingieri, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico*, cit., pp. 92-93: «Quando il sociologismo si prospetta decisamente antipositivista assume il vezzo del progressismo; in realtà diventa un comodo atteggiamento per vanificare la funzione promozionale della norma come voluta dal legittimo potere legislativo e per tradire i compiti del giurista. L'equivoco maggiore si ha nella breve ma insidiosa stagione dell'“uso alternativo del diritto” durante la quale a tale formula di per sé contraddittoria si attribuiscono i significati più diversi: dalla vecchia interpretazione c.d. evolutiva alla creazione libera del diritto, dalla giurisprudenza di classe alla concezione nichilista della giurisprudenza. Ma gli entusiasmi, che non pochi danni hanno contribuito a produrre con perdita di credibilità per i giuristi e di fiducia nelle istituzioni, si sono in gran parte spenti. Soltanto un'esigua mi-

In definitiva, l'elemento che proietta il pensiero di Scaduto nel presente e costituisce la sintesi tra il positivismo delle regole e la libertà del giudice propugnata da Gény è rappresentato dal *principio dell'interesse rilevante*, alla cui attuazione nel caso concreto sono deputati il *procedimento equitativo* e il *criterio della causalità concreta*. Infatti, la concezione della causa che pone al centro dei fenomeni giuridici (e, di conseguenza, dell'applicazione delle regole che li governano) l'interesse penetrato nell'atto (c.d. motivo oggettivato o causa in concreto) – declinandola come insieme degli interessi condivisi dalle parti e, quindi, oggettivati nell'atto, da loro idonei a reggere le attribuzioni compiute<sup>(70)</sup> –, supera definitivamente l'equazione causa uguale tipo, figlia di quel concettualismo sistematico che ha imbrigliato il positivismo, disancorandolo dalla realtà effettiva e dai bisogni delle persone.

---

noranza di operatori del diritto manifesta ormai allo scoperto di privilegiare l'abbattimento del "sistema", atteggiamento che si traduce nell'infantile, velleitaria posizione di chi si attribuisce tutti i poteri costituzionali in nome di un'aristocratica interpretazione della volontà popolare e nell'abuso dell'autonomia e dell'indipendenza riservate alle sue funzioni e della non sindacabilità delle decisioni proposte, conquiste irrinunciabili di un moderno stato democratico». Sui pericoli del "dogmatismo sociologico", v. anche P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1994, pp. 61-62.

<sup>(70)</sup> Rinviamo ai nostri A. PALAZZO, *Considerazioni sull'unità concettuale del negozio giuridico*, estratto da *Il circolo giuridico*, (Scuola Tipografica Salesiana) Palermo, 1960, spec. pp. 8 s., 18 e 24 s.; più di recente, in particolare, A. PALAZZO, *Contenuto e forma*, in ID. (a cura di), *I contratti di donazione*, in *Tratt. contratti Rescigno-Gabrielli*, 11, Torino, 2009, p. 45 ss.; e, già prima, ID., *Le donazioni. Artt. 769-809*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000, p. 5 ss.; ID., *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2000, pp. 75 ss. e 120 ss.; ID., *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2002, p. 245 ss.; ID., *Promesse gratuite e affidamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 181 ss.; ID., *Profili di invalidità del negozio unilaterale*, *ivi*, 2002, I, p. 587 ss.

In giurisprudenza, v. almeno: Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. ROLFI, *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un idolum tribus?*, e, poi, Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460, con nota di F.S. COSTANTINO, *Adempimento di debito altrui, fallimento del solvens e revocatoria al vaglio delle sezioni unite (con chiose su "causa concreta" e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)*; in *Giur. it.*, 2010, p. 2080, con nota di M. SPIOTTA, *La "causa concreta" del pagamento da parte del fallito di un debito altrui*; in *Contratti*, 2010, p. 1000, con nota di A. DI BIASE, *La rilevanza della "causa concreta" nella revocatoria fallimentare del pagamento del debito altrui*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 748, con nota di M. GIULIANO, *Adempimento di debito altrui: la causa concreta quale criterio di individuazione della gratuità od onerosità dell'atto*.

L'impiego di un tipo negoziale costituisce, dunque, soltanto un mero strumento per la realizzazione dell'interesse o degli interessi rilevanti sottesi alla fattispecie concreta, con la conseguenza che un tipo, pensato in astratto dal legislatore per il raggiungimento di determinate finalità, ben può essere concretamente utilizzato per scopi differenti, sempre che con esso si realizzino interessi giuridicamente rilevanti e meritevoli di tutela<sup>(71)</sup>.

In altri termini, oggi il positivismo giuridico si pone non più come positivismo delle "regole", né di "principi" astratti, ma come positivismo degli "interessi giuridicamente rilevanti"<sup>(72)</sup>. Ed è su questa linea che gli strumenti di divulgazione e di approfondimento giuridico debbono a nostro avviso operare anche al fine di promuovere l'integrazione culturale e giuridica. In questo senso *Diritto e Processo* è fortemente impegnato e lo sarà anche in futuro.

---

<sup>(71)</sup> Questi concetti, del resto, si pongono in stretta continuazione con il pensiero dei principali esponenti della Scuola del commento, Bartolo e Baldo, a proposito del superamento del formalismo di Ulpiano; non è un caso che l'emersione della causa (o motivo oggettivato) si accompagni alla crisi del vecchio formalismo, atteso che già la *stipulatio*, fonte di obbligazioni per eccellenza, viene ritenuta nulla, qualora si presenti *sine causa*, proprio nel momento in cui perde la sua forma tradizionale, come di evince, tra l'altro, dalle invalidità della *stipulatio turpi ex causa* o viziata da dolo, che della causa, invece, presuppongono l'esistenza: cfr. *retro*, § 4.

<sup>(72)</sup> Cfr. A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *Antonio Palazzo e il positivismo degli interessi nel XXI Secolo*, in questa *Rivista*, 2017, p. 249 ss., spec. p. 250.