

Francesco Donato Busnelli

**Parole del diritto, parole “profane”,
parole “dure”, parole di saggezza**

**Conversazioni sul lavoro dedicate
a Giuseppe Pera dai suoi allievi**

Virus, stato di eccezione e scelte tragiche.
**Le politiche del lavoro, economiche e sociali e la
tutela dei diritti fondamentali nei tempi incerti
dell'emergenza sanitaria e della crisi.**
La costruzione di un nuovo diritto del lavoro.

**Conversazioni sul lavoro a distanza
da agosto 2020 a marzo 2021**

promosse e coordinate da **Vincenzo Antonio Poso**

Gruppo delle Conversazioni sul lavoro del Convento di San Cerbone





Andrea Gabbriellini, *Fuga blu*, 2001 (Ciclo Spazi Necessari)

Francesco Donato Busnelli

Parole del diritto, parole “profane”, parole “dure”, parole di saggezza

*Questo scritto costituisce la rielaborazione di un intervento tenuto al Convegno su “*La scienza del diritto civile e la sua dimensione internazionale*” per la presentazione dei volumi “LE PAROLE DEL DIRITTO. SCRITTI IN ONORE DI CARLO CASTRONOVO” (Milano, 15 novembre 2019), e destinato a essere pubblicato nei relativi ATTI.

1. “Nel modo di pensare del giurista che si muove nel solco della *neodoctrinalist scholarship* la parola si apprezza su un piano che va oltre lo stile e la chiarezza del linguaggio”: così Guido Calabresi introduce, con uno sguardo che supera i confini geografici del diritto civile tra *civil law* e *common law*, la sua “Prefazione” ai tre volumi che raccolgono gli “Scritti in onore di Carlo Castronovo”¹: “l’attenzione alla *parola del diritto*, e con essa il pensiero dogmatico cui si riferisce - spiega il grande Maestro italo-americano - diviene strumento di stabilità del sistema, forse condizione stessa della sistematicità del diritto”².

2. Dalla *Yale Law School* all’Istituto fiorentino di storia del diritto il salto non è forse così azzardato. Mi sono posto il problema rileggendo il bel libro di un vecchio amico, storico del diritto e linguista, “intorno alle parole del diritto”³. L’autore è Piero Fiorelli, allievo di Francesco Calasso e collega di Paolo Grossi, come lui fiorentino. In questa ricerca sulle parole del diritto a un certo punto Fiorelli si esprime così: “Accade che il diritto si vesta di nuove forme, anche in fatto di lingua, in tutte quelle occasioni che i dotti non ritengono degne della loro dottrina e abbandonano all’*uso da profani*”. Certo, l’autore si riferiva, da storico, alla crisi tra il Settecento e l’Ottocento con l’apparire delle costituzioni e dei codici, che privò delle loro ragioni di sopravvivenza il sistema del diritto comune e i principi generali e immutabili di un diritto romano “fuori dal tempo” sostituendoli “con l’impero della legge statale”⁴. Carlo Venturini, compianto romanista pisano, riferiva l’episodio in cui Theodor Mommsen, nell’imminenza dell’entrata in vigore del *BGB*, confidava affranto in una lettera

¹ G. Calabresi, *L’allievo Carlo Castronovo e le parole del diritto. Da Yale a Milano. Spunti e ricordi*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo* I, (Napoli, 2018), 5.

² G. Calabresi, loc. ult. cit.

³ P. Fiorelli, *Intorno alle parole del diritto* (Milano, 2007), 14.

⁴ P. Fiorelli, *Intorno alle parole del diritto*, cit., 33

a Francesco Buonamici che “il mio libro sul diritto penale romano arriverà appunto per celebrare le esequie degli studi del diritto romano”⁵.

3. Ora, nel nostro caso la crisi - se così la vogliamo chiamare - è assai meno drammatica, e comunque opera in certo qual modo in direzione opposta: è la c.d. “ipotesi della decodificazione”, formulata nel 1983 da Natalino Irti in un convegno avente ad oggetto “il problema delle istituzioni di diritto privato” a fronte dell’imponente dilatarsi delle leggi speciali⁶. Ma già nel 1960 Rosario Nicolò aveva avuto modo di chiarire che “avrebbero torto coloro che eventualmente ritenessero il nostro codice civile come una svolta fondamentale dei nostri ordinamenti; [...] il vero è che le vecchie idee-forza erano sì logore, ma non erano ancora mature le nuove, quelle che potranno costituire il fondamento del diritto di domani”⁷

Le esprimono, queste nuove idee, parole che Piero Fiorelli avrebbe detto “profane”, o, se si preferisce, parole ancora in attesa di “rielaborazione dommatica”⁸

Valgano alcuni esempi.

3.1 “Profana” è senza dubbi la parola *fattualità*. Ce lo dice chiaramente Paolo Grossi, riconoscendo il carattere “oscuro” del vocabolo, “ignoto all’uso corrente ma da me assunto a carattere tipizzante del diritto di questo nostro tempo”⁹.

Ma “profana” potrebbe dirsi anche la parola *effettività*, pur se riferita – tiene a precisare Giuseppe Vettori – “a fatti che possono far sorgere certe posizioni giuridiche soggettive in riferimento agli articoli 2 e 24 della Costituzione e all’art. 47 della Carta di Nizza” (così da “coincidere solo in parte con la ‘fattualità’”) ¹⁰. Ricondotto, come concetto, a “un orientamento di pensiero ispirato al *realismo* a scapito degli eccessi di alcune forme di positivismo”¹¹, il c.d. principio di *effettività* non mette tuttavia al riparo dal rischio di introdurre quella che Salvatore Mazzamuto ha chiamato una patente di legittimità “di un diritto giurisprudenziale che camuffa come applicazione del diritto positivo operazioni, in senso proprio, creative della regola del caso concreto”¹².

Paradigmatico, e sconcertante, è al riguardo il caso del “Lodo Mondadori” in cui la Corte di Cassazione, in presenza di un fatto gravissimo (la corruzione del giudice), ha optato per una prioritaria valutazione del danno patrimoniale della parte offesa alla stregua del “principio di effettività, inteso nella sua innegabile dimensione di regola-cardine dell’ordinamento costituzionale”¹³, così da “intervenire pesantemente nell’assetto economico pensato e programmato dalle parti [...] fissando un risarcimento *record* nella storia della responsabilità civile”¹⁴. Eppure, sarebbe stato “proprio il danno non patrimoniale, nella sua genuina identità di sanzione punitiva, a stigmatizzare con maggiore incisività una condotta gravemente offensiva”¹⁵ e a consentire al tempo stesso una più attendibile soluzione della complessa vicenda risarcitoria. Ma “forse era troppo presto per riconoscerlo espressamente”¹⁶.

⁵ Lo si veda anche in S. Borsacchi, *In margine ad un inedito di T. Mommsen, “Societas-Ius”. Munuscola di allievi a F. Serrao* (Napoli 1999), 15 s.

⁶ N. Irti, *Il problema delle Istituzioni di diritto privato. Notazioni introduttive ad un convegno di studi (12-13 novembre 1983)*, *Giust. civ.*, 1983, II, 317 ss. E con riferimento alla c.d. “esperienza pisana” cfr. F.D. Busnelli, *Il problema dei manuali di diritto privato: uno sguardo retrospettivo e una proposta*, *Jus*, 1983, 329 ss.

⁷ R. Nicolò, *Codice civile*, Enciclopedia del diritto, VII (Milano 1960), 242.

⁸ S. Mazzamuto, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, *Contr. impr.* – Europa, 2019, 842.

⁹ P. Grossi, *Ritorno al diritto. II. Sulla odierna fattualità del diritto* (Roma-Napoli 2015), 33.

¹⁰ G. Vettori, *Effettività*, in *Le parole del diritto*, cit., II, 639 s.

¹¹ G. Vettori, *Effettività*, in *Le parole del diritto*, cit., II, 640.

¹² S. Mazzamuto, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law*, cit., 844.

¹³ Cass., 17 settembre 2013, n. 21255.

¹⁴ G. Ponzanelli, *Il danno per la corruzione del giudice*, *Danno e resp.*, 2014, 144 ss.

¹⁵ G. Ponzanelli, *Il danno per la corruzione del giudice*, cit., 145.

¹⁶ F. Benatti, *Il danno punitivo tra forma e sostanza*, *Resp. civ. prev.*, 2014, 57.

3.2 Potrebbe apparire azzardata, a prima vista, una lettura del c.d. criterio di *ragionevolezza* come parola “profana”. Ma la storia delle recenti vicende giurisprudenziali della Corte costituzionale sembra giustificare tale lettura. “La Corte – spiegava causticamente quarantacinque anni fa Antonio Agrò nel commentare l’art. 3 Cost.¹⁷ – afferma di non poter sindacare la giustizia di una certa disciplina, salvo poi sindacarla sotto il profilo dell’arbitrarietà e della ragionevolezza”. Ebbene, la più recente giurisprudenza costituzionale mostra come la *ragionevolezza* sia ormai diventata il vero fulcro della sua attività e sembra confermare come del riferimento all’art. 3 Cost. “si siano quasi perse le tracce”¹⁸. Sempre più essa viene assunta in dottrina come “clausola generale” (altro termine “profano”) che mira a legittimare, grazie al suo carattere “elastico, malleabile”¹⁹, il contributo autonomo o integrativo della giurisprudenza come “strumento di giudizio pragmatico, empirico”²⁰. Si assiste progressivamente a una transizione - tiene a precisare Gustavo Zagrebelsky - “dalla razionalità, che ci offre un criterio formale (la non contraddizione), alla *ragionevolezza*, che ci indica una esigenza materiale, ciò di cui abbiamo bisogno per muoverci in un mondo plurale”²¹: nel quale al modello etico del buon padre di famiglia della nostra tradizione codicistica (art. 1176) si contrappone quello agnostico del *reasonable man*, molto familiare negli ambienti di *common law*.

La contrapposizione, icasticamente rappresentata dal Manzoni con riferimento alla peste che imperversava su Milano – “il buon senso c’era, ma era nascosto per paura del senso comune” – dovrebbe indurre alla cautela nel promuovere la *ragionevolezza* come “criterio supremo di regolazione dei conflitti” nella nuova terra promessa: quella del c.d. *diritto mite*²².

3.3 Parlare di *autodeterminazione* come parola “profana” potrebbe essere addirittura considerato giudizio avventato o persino “blasfemo”. Ma non è così.

Il vocabolo non è rintracciabile nella nostra tradizione codicistica; non è contemplato nella nostra Costituzione; non figura nella Carta di Nizza, ferma ai principi fondamentali della dignità e della libertà. Alla relativa voce il Nuovo Zingarelli (prima ed., 1984) rinvia a una generica “autodecisione”, ossia “al decidere senza subire influenze estranee o costrizioni”.

Proprio in questo senso va interpretata, a mio avviso, la scarna motivazione della sentenza della Corte costituzionale che per la prima volta configura espressamente l’*autodeterminazione* come diritto fondamentale della persona ponendola in rapporto funzionale con il diritto alla salute e ravvisando nel consenso informato, che “trova il suo fondamento negli art. 2, 13, 32 Cost., [...] una funzione di sintesi”²³. Si tratta, dunque, di un principio di “autodeterminazione terapeutica” destinata a legittimare (*rectius*, a confermare), per un verso, la piena libertà del paziente di chiudere una vicenda aperta da una prescrizione di cura da parte del medico in presenza (o in prospettiva) di una situazione patologica (nel caso concreto la corte dichiarò l’incostituzionalità di una disciplina regionale che regolava arbitrariamente le modalità “per il rilascio del consenso informato”), ma non anche, per altro verso, una altrettanto piena libertà del paziente di scegliere (e di “imporre” al medico) come curarsi²⁴.

Non può non sorprendere l’autorevole deduzione secondo cui “si deve muovere da quanto è scritto in questa sentenza [...] per cogliere la sostanza del mutamento”²⁵. “La rottura è netta –

¹⁷ A.S. Agrò, *Principi fondamentali, Art. 1-12*, Commentario della costituzione a cura di G. Branca, (Bologna-Roma 1975), 133, nota 2.

¹⁸ R. Romboli, *La legge “giusta” nello stato costituzionale, Interrogativi sul diritto “giusto”* a cura di E. Rippepe (Pisa 2000), 108.

¹⁹ S. Troiano, *La “ragionevolezza” nel diritto dei contratti* (Padova 2005), 39.

²⁰ S. Troiano, *La “ragionevolezza”*, cit., 160 s.

²¹ G. Zagrebelsky (e V. Marcenò), *Giustizia costituzionale* (Bologna 2012), 202.

²² Così M. Paradiso, *Au bon marché des droits. Tra globalizzazione dei diritti e delocalizzazione della procreazione*, Riv. dir. civ., 2018, 990.

²³ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438.

²⁴ L. Pascucci, *Autodeterminazione terapeutica ed esigibilità delle cure*, in *L’erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, a cura di M. Sesta (Sant’Angelo di Romagna 2014), 207 ss., 220 s.

²⁵ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti* (Roma-Bari 2012), 256.

osservava Stefano Rodotà - si opera un vero e proprio trasferimento di potere, anzi di sovranità. Sovrana nel decidere della propria vita diviene la persona”²⁶.

Non sorprende più di tanto, invece, che l’ipotizzata “rivoluzione del consenso informato”²⁷ abbia riscontrato una crescente adesione giurisprudenziale culminata in una sentenza della Corte di cassazione che, senza disconoscere formalmente il monito della Consulta al “rispetto di modalità compatibili con la dignità della figura umana”²⁸, giunge a svincolare sostanzialmente l’*autodeterminazione* da un simile condizionamento sussumendo al suo interno “l’idea di dignità della persona soggettivamente manifestata” e prendendo le distanze da ogni “considerazione in ordine a una concezione della dignità umana dichiaratamente ostile al soggettivismo della modernità di diritti”²⁹.

Quanto alla dottrina un diffuso indirizzo, per così dire “enfaticamente”³⁰, va addirittura oltre ogni condizionamento attribuendo “alla comparazione la possibilità di dimostrare come sia diffusa l’idea opposta di un diritto alla dignità concepito come diritto di *autodeterminazione* nelle scelte riguardanti la vita privata”³¹. Sennonché quella a tal fine richiamata è una comparazione a senso unico - assunta come una sorta di “imperialismo culturale”³² - che guarda alla *self determination* del principio bioetico americano di *autonomy*, ben diverso dal *Selbstbestimmungsrecht* che, come sottolinea Carlo Castronovo³³, Fritz Schulz include tra “*I principi di diritto romano*” avendo cura di puntualizzare che “nel concetto romano di libertà è immanente l’idea della limitazione”³⁴. Insomma, per dirlo con Tristram Engelhardt Jr., tra “la libertà come condizione della morale” e “la libertà come valore” viene preferita la prima, perché in tal modo “viene meno il fondamento dei doveri verso sé stesso”³⁵.

Ebbene - verrebbe fatto di dire - “gli americani hanno vinto la battaglia”³⁶. Ma soccorrono, qui, i reiterati punti interrogativi che Guido Calabresi ben ricorda: “*Do We Own Our Bodies?*” (1991); “*I nostri corpi ci appartengono?*.” (2014). La “inutilità giuridica del concetto di dignità”³⁷ è la conseguenza dell’affermarsi di “un punto di vista individualista” basato “su una filosofia liberale dell’autonomia che rimane alla radice di gran parte della nostra produzione normativa” - osserva Guido - che disconosce “quella che in Italia viene definita ‘solidarietà’: solidarietà con gli altri, valori di comunità”³⁸. E’ davvero questo il significato giuridico, estraneo al quadro costituzionale del binomio “dignità-solidarietà”³⁹, che vogliamo attribuire all’*autodeterminazione*, parola “profana”?

²⁶ Ivi, 259. Ma v., in altra sede, la seguente precisazione: “la definizione della dignità si concretizza in un quadro in cui la persona si vede riconosciuta piena autonomia di decisione, tuttavia con un limite rappresentato dalla previsione di situazioni di indisponibilità”: S. Rodotà, *Perché laico* (Roma-Bari 2009), 138.

²⁷ S. Rodotà, *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in Trattato di *biodiritto* diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto* a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini (Milano 2010), 179.

²⁸ Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471.

²⁹ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754.

³⁰ Così lo definisce A. Nicolussi, *Testamento biologico e problemi di fine vita*, Europa dir. priv., 466 s.

³¹ G. Cricenti, *Il sé e l’altro. Bioetica del diritto civile* (Pisa 2013), 61.

³² L. Nivarra, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della person*, Europa. dir. priv., 2009, 750.

³³ C. Castronovo, *Autodeterminazione e diritto privato*, Europa dir. priv., 2010, 1037 s.

³⁴ F. Schulz, *I principi di diritto romano*, trad. it. (Firenze 1955), 122.

³⁵ H. T. Engelhardt Jr., *Manuale di bioetica*, ed. it. a cura di M. Meroni (Milano 1991), 84.

³⁶ M. Paradiso, *Au bon marché des droits*, cit., 986.

³⁷ G. Cricenti, *Il sé e l’altro*, cit., 67. Ma v. già, significativamente, R. Macklin, *Dignity is a Useless Concept*, *British Medical Journal*, 327 (2003), 1419 s.: con l’avvento delle nuove tecnologie - osserva l’autrice del saggio - esso cessa di avere un preciso significato “because it simply means ‘autonomy’”.

³⁸ G. Calabresi, “*I nostri corpi ci appartengono?*”, in *L’erogazione della prestazione medica*, cit., 194.

³⁹ “La pienezza della dignità diviene possibile quando esiste una serie di ‘prestazioni’ sociali idonee in primo luogo a eliminare le condizioni di sfruttamento e di degrado e a recuperare l’idea della solidarietà”: S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., 209 s.

4. All'ingresso nel *sistema* (o, forse meglio, in quel che resta del sistema) di parole "profane" sembra corrispondere il misconoscimento, o quanto meno l'occultamento, di parole "dure", vere e proprie "pietre murate" introdotte nell'architettura del nostro codice civile.

Di "parole dure" ha scritto un monaco di Bose, Ludwig Monti, pubblicando una raccolta intitolata *Le parole dure di Gesù*⁴⁰: "il parlare duro da parte di Gesù - scrive l'autore - è un parlare chiaro e forte; è un parlare scomodo, che rifugge gli accomodamenti; parole audaci, senza temere di annunciare le esigenze della giustizia [...] a ogni interlocutore"⁴¹. "Di fronte a queste parole - osserva nella sua prefazione Enzo Bianchi - non sempre i vangeli registrano le reazioni dell'uditorio. Ma in realtà conosciamo bene la reazione al messaggio di Gesù: è stata quasi sempre il rifiuto"⁴²

4.1. Parole "dura" è certamente il "fatto illecito". L'art. 2043, che con l'art. 2059 (norma "innovativa") sancisce il risarcimento del danno, è all'origine di una svolta rispetto all'art. 1151 del codice del 1865, che aveva recepito in tutto e per tutto dal *Code Napoléon* la concezione "riparatoria" della responsabilità civile. Esso si pone all'insegna di un recupero della dimensione romanistica della illiceità inserendo una qualificazione del danno - il danno *ingiusto* - che evoca la nozione di *iniuria* che nella *Lex Aquilia* "risultava orientata a cogliere l'ingiustificatezza della condotta, per sfociare poi nella sintesi ulpiniana secondo cui *quod non iure factum est, hoc est contra ius*"⁴³.

Ma il legislatore del 1942 sembrò quasi non accorgersene. La Relazione della Commissione Reale al progetto del libro "Obbligazioni e contratti" si mostrava convinta che occorresse confermare "il risultato già raggiunto dal nostro codice [del 1865] con la disposizione generale degli articoli 1151 e ss."

Se ne accorge beninteso la dottrina, ma non se ne preoccupa. Il fatto illecito viene trasformato in un mero "fatto dannoso", un presupposto unitario a cui corrispondono "molteplici criteri per procedere all'imputazione di tale fatto a un soggetto determinato"⁴⁴. A sua volta, la colpa (o il dolo) del danneggiante viene considerata semplicemente come uno ("il primo") di questi criteri. Si assiste così alla "transizione dal principio del fatto illecito [...] a quello del fatto dannoso"⁴⁵.

La transizione sembra ormai irreversibile e tale da disattendere i confini del nostro sistema per confluire in un orientamento riconosciuto in generale dai *Continental European Legal Systems* sulla base di una più generale premessa secondo cui "*the idea of punishment is an alien element in private law*"⁴⁶. La nostra giurisprudenza è parsa accogliere con atteggiamento "plaudente" tale orientamento. Nel 2007 la Corte di cassazione non esitava a riconoscere che "nel vigente ordinamento l'idea di punizione e di sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante"⁴⁷, e nel 2015 le Sezioni unite ribadivano che "l'attuale impostazione sia dottrina sia giurisprudenziale, nelle sue manifestazioni più avanzate, concepisce l'area della responsabilità civile come sistema di responsabilità sempre più spesso oggettiva, diretto a realizzare una tecnica di allocazione dei danni secondo i principi della teoria dell'analisi economica del diritto"⁴⁸.

Ma - ecco la sorpresa - appena due anni dopo le Sezioni unite "ritengono che questa analisi sia superata.[...] Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, perché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria della responsabilità civile"⁴⁹, salvo tuttavia correggere il tiro aggiungendo ambigualmente che "questa curvatura deterrente-sanzionatoria non consente ai giudici italiani di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati" posto

⁴⁰ L. Monti, *Parole dure di Gesù* (Milano 2012).

⁴¹ Ivi, 10.

⁴² Ivi, 8.

⁴³ S. Schipani, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale* (Torino 2009), 42 s.

⁴⁴ S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile* (Milano 1964), 78.

⁴⁵ S. Rodotà, *Il problema*, cit., 126.

⁴⁶ H. Stoll, *Penal Purposes in the Law of Tort*, Amer. Journal. Comp. Law, 1970, 7.

⁴⁷ Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183.

⁴⁸ Cass. s.u. 22 luglio 2015, n. 15350.

⁴⁹ Cass. s.u. 5 luglio 2017, n. 16601.

che “ogni imposizione di prestazione personale esige una ‘intermediazione legislativa in forza del principio di cui all’art. 23 Cost.[...] che preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario”⁵⁰. Come dire: torna a vivere l’illecito civile, ma – forse proprio perché parola “dura” – è costretto a camminare con le stampelle?⁵¹. In ogni caso, la soluzione del caso “Iodo Mondadori” (*retro*, n. 3.1) avrebbe forse a questo punto potuto trovare un fondamento più rispettoso del diritto positivo (correttamente interpretato).

4.2 Più difficile è l’inquadramento dell’art. 1343, dedicato alla disciplina della “causa illecita del contratto”, che riproduce pressoché pedissequamente la disposizione dell’art. 1122 del vecchio codice; ma tale norma viene affiancata, all’interno della stessa Sezione rubricata come “causa del contratto”, da due norme “innovative” – l’art. 1344, concernente il “contratto in frode alla legge”, e l’art. 1345, che aggiunge uno specifico riferimento al “motivo illecito” – che sembrano rafforzare la componente di illiceità della norma indagata, così da consentire una interpretazione della norma “parallela” dell’art. 1418, comma 2 all’insegna di un possibile (anche se non esclusivo). carattere sanzionatorio della “nullità del contratto”: la cui azionabilità, in via di principio aperta alla iniziativa di “chiunque vi ha interesse” e suscettibile di essere “rilevata d’ufficio dal giudice” (art.1421, ulteriore norma “innovativa”), vale a evidenziare il carattere di “durezza” dell’intero combinato normativo.

Tuttavia, ancora una volta la dottrina era ben lontana dal riconoscere la plausibilità di una simile conclusione. La qualificazione [della causa] del contratto come “illecito” – si era autorevolmente affermato - “non deve trarre in inganno nel senso di ritenere che si sia in presenza di un illecito in senso proprio: sarebbe una vera contraddizione in termini”⁵². Non solo; ma ancor prima la “ardita” interpretazione dell’art. 1344 prospettata dal “giovane” Luigi Carraro come diretta espressione della massima *Fraus omnia corrumpit* era stata giudicata da Salvatore Pugliatti “un espediente astrattamente logico ma scientificamente poco utilizzabile, che taglia ogni legame con la tradizione”⁵³: una tradizione che imponeva - a giudizio di Giorgio Oppo – “il carattere restrittivo dell’applicazione della norma proibitiva”⁵⁴. Non migliore sorte ebbe, quaranta anni dopo, un’iniziativa pisana di ricerca sulle “pene private”. “La nullità come sanzione civile”, questo era il tema di una relazione che i curatori del relativo convegno⁵⁵ avevano proposto a Natalino Irti. Ebbene, la relazione, trasformata in un saggio pubblicato sulla rivista “Contratto e impresa”, smentiva l’asseritorietà del tema: “Dico subito che, in linea teorica, non attribuirei alla nullità il carattere di sanzione. La nullità non discende da un divieto, ma dall’assenza di un requisito dell’oggetto”⁵⁶.

Tuttavia l’itinerario che, con l’avvento del nuovo secolo, condusse dalla codicistica nullità “strutturale”, posta *ex ante* a garanzia del valido perfezionamento formale della fattispecie contrattuale, alle nuove nullità “funzionali” introdotte dal Codice del consumo, orientate a colpire *ex post* comportamenti suscettibili di attribuire ai “contratti del consumatore” una possibile dimensione di illiceità, avrebbe forse potuto consentire di riconoscere finalmente una dimensione sanzionatoria alla nullità, a cui ricondurre le varie qualificazioni generiche in termini di “misure afflittive”, di

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Di “ipocrisia del danno non patrimoniale solo compensativo” parla A. M. Benedetti, il quale chiarisce: “sorprende la soluzione di compromesso che si è scelto di adottare.[...] Il richiamo all’intermediazione legislativa mi pare ultroneo: la norma c’è, ed è l’art. 2059 c.c.: *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, Riv. dir. civ., 2019,,235 ss.). Ma v. già, in tal senso e con accenti marcatamente critici, R. Simone, in Foro it., 2017,, 2647 s.

⁵² R. Scognamiglio, *Illecito (diritto vigente)*, Novissimo Dig. It., VIII, 1968, e ora Responsabilità civile e danno (Torino 2010), 32.

⁵³ S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1950., 371 ss.

⁵⁴ G. Oppo, *Recensione a L. Carraro, Il negozio in frode alla legge*, Riv. dir. comm., 1944, 179.

⁵⁵ Il convegno si svolse il 30-31 marzo 1984 alla “Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento” (ora Scuola Superiore Sant’Anna). Gli atti furono pubblicati nel volume su *Le pene private* a cura di F.D. Busnelli e G. Scalfi (Milano 1985).

⁵⁶ N. Irti, *La nullità come sanzione civile*, Contr. impr., 1987, 542.

“disapprovazione”, di “riprovazione”, destinate invece a confluire nell’ambigua pseudo-categoria delle “nullità da disvalore”.

Ma così non è stato. Alla “ben nota avversione della dottrina tradizionale” se ne affianca una nuova, influenzata da una dottrina autorevole che identifica la giustizia contrattuale nella sua “adeguatezza al mercato”, sì che non può avvenire che “uno scambio sia [...] ingiusto perché collegato al mercato”⁵⁷. “La nullità [...] è un rimedio – conclude il Maestro torinese -, ma non è una sanzione punitiva”⁵⁸. Si assiste, così, al trionfo del congegno ambiguo del “rimedio” e alla crescente impopolarità della dimensione “dura” di parole “murate” nell’architettura del nostro codice civile.

4.3 E’, questa, una tendenza che parrebbe assumere il carattere della irreversibilità nell’ambito del diritto della famiglia a seguito della recente riforma del codice civile⁵⁹ che con il pedissequo decreto legislativo⁶⁰ ha deciso di sostituire integralmente la “ormai superata nozione di potestà genitoriale”⁶¹ – parola indubbiamente “dura” riferita “all’esercizio di un ufficio di diritto privato vincolato a uno scopo”⁶² - con il nuovo vocabolo “*responsabilità genitoriale*” (nuovo art. 316 cod. civ.): una figura di responsabilità che non coincide con la responsabilità civile da fatto illecito né con la responsabilità patrimoniale del debitore (art. 2740) ma è piuttosto avvicicabile per certi versi alla “*accountability*” della tradizione di *common law*, “che rende il soggetto *accountable* (che sa di dover rendicontare)”⁶³.

Orbene, la “inusitata polivalenza” di significati attribuiti dal linguaggio del legislatore al concetto di “responsabilità”⁶⁴ si presta, qui, ad assegnare a tale concetto un significato, per così dire, “profano” che si alimenta “in considerazione dell’evoluzione socio-culturale, prima che giuridica, dei rapporti tra genitori e figli, [...] che – azzarda la succitata *Relazione illustrativa* (nota 64) - non devono più essere considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori”⁶⁵. Viene evidentemente assunto come “preminente” il punto di vista dei figli in disinvolto ossequio alla “confusa e ambigua”⁶⁶ clausola generale dei *best interests of the child*, riprodotta nella Carta di Nizza come principio ispiratore dei “diritti del minore” (art. 24). Se ne trae la conseguenza che “l’obbligo dei coniugi di mantenere, istruire, educare e assistere moralmente i figli”, che permane apparentemente immutato nella previsione “aggiornata” dell’art.147, deve essere interpretato “secondo quanto previsto dall’innovativo art. 315 bis”, che introduce il prioritario diritto del figlio “a essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente *dai genitori*”: genitori, dunque, non necessariamente identificati come “coniugi”, la cui cerchia si estende, oltre l’ambito della famiglia fondata sul matrimonio, alle note ipotesi di “genitorialità di fatto”, alle nuove figure di “genitore sociale”⁶⁷, fino ad immaginare una nuovissima figura di comunità familiare; la “*comunità dei genitori*”⁶⁸.

Si offusca, così, l’immagine della famiglia “costruita” dalla Costituzione; smarrisce di conseguenza il suo originario approdo il diritto del figlio di “crescere in famiglia” (art. 315 bis,

⁵⁷ R. Sacco (e G. De Nova), *Il contratto*, tomo I, *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, 3° ed. (Torino 2004), 26.

⁵⁸ R. Sacco (e G. De Nova), *Il contratto*, tomo II, *Trattato*, cit., 525.

⁵⁹ Legge 10 dicembre 2012, n. 219.

⁶⁰ D. ls. 28 dicembre 2013, n. 154

⁶¹ “*Relazione illustrativa*” del d.legisl. n. 154/2013.

⁶² F. Caggia, *Il linguaggio del “nuovo” diritto di filiazione*, Riv. crit. dir. priv., 2015, 255.

⁶³ D. Amram, *In familia respondere. La famiglia alla prova della solidarietà e del principio di responsabilizzazione. Contributo ad una ricostruzione sistematica* (Torino 2020), 111.

⁶⁴ R. Scognamiglio, *Responsabilità civile*, Novissimo Dig. It., XV (Torino 1968), 632 s.

⁶⁵ “*Relazione illustrativa*”, cit.

⁶⁶ Così L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, Riv. dir. civ., 2016, 86, 89.

⁶⁷ M. Cinque, *Quale statuto per il “genitore sociale?”*, Riv. dir. civ., 2017, 1475 ss.

⁶⁸ M. Paradiso, *Potestà dei genitori, abuso e “interesse morale e materiale della prole”* Riv. dir. civ., 2008, I, 220.

secondo comma); si prospetta il più generico approdo dei minori a un indifferenziato diritto “alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere” (art. 24, comma 1, della Carta di Nizza).

Di fronte all’emergere di una realtà familiare multiforme e frantumata trova forse una sua giustificazione la nuova *responsabilità genitoriale*, destinata a evidenziare quella flessibilità e adattabilità che, nei sistemi di *common law*, caratterizza la “*accountability*”.

5. “Parole di saggezza”, infine, sono quelle che ci hanno lasciato i Maestri, e in particolare – per quanto mi concerne - coloro a cui devo principalmente l’ispirazione e il sostegno della mia formazione di “giurista del secolo scorso” (così sono stato di recente bonariamente identificato da un amico “non addetto ai lavori”). Le loro parole danno vivida luce ad alcune piccole “scintille” di quel “fuoco” di saggezza che al cospetto dei miei occhi di discepolo ha tracciato l’itinerario di un secolo, *and so on*.

1928 (*Ifamosi ragazzi del “gruppo di Messina”*). Il 3 dicembre Giorgio La Pira invia da Firenze una lettera manoscritta a Salvatore Pugliatti: “Quando verrò a Messina riparleremo del tema più volte abbozzato: il diritto classico romano e il diritto moderno. Non sarebbe questa una via che noi si potrebbe battere insieme, magari per mezzo di una rivista fatta da noi? Tu il civilista, io il romanista. Cosa ne dici? Siamo ragazzi? E’ vero: ma una speranza ardente ci spinge a combattere le belle battaglie dell’intelligenza”⁶⁹.

1936 (*All’origine della famosa “scuola di Messina”*) Il 28 ottobre si laureano con lode e menzione di pubblicazione i tre allievi a cui Salvatore Pugliatti aveva osato affidare il compito di esplorare con le loro tesi i tre capisaldi di una teoria generale del diritto civile: *il soggetto, il diritto soggettivo, gli atti e negozi giuridici*. Angelo Falzea, Ugo Natoli e Michele Trimarchi hanno ripagato con la loro eccezionale bravura l’ardimento del Maestro. E’ nata la “scuola”.

1948 (L’architetto della Costituzione, “afflitto da santa follia”). Esce a stampa “l’Architettura di uno Stato democratico”, con cui Giorgio La Pira ripresenta, con qualche aggiustamento, il suo discorso dell’11 maggio 1947 all’Assemblea Costituente. “Io mi sono detto: l’attuale crisi costituzionale non è senza una essenziale relazione con l’attuale crisi storica; crisi che investe tutti i rapporti umani. Perciò, se vogliamo veramente ritrovare la linea solida di questa nuova architettura costituzionale, sarà necessario impostare, nella prospettiva della crisi che travaglia la civiltà contemporanea, l’attuale crisi costituzionale. Di qui i seguenti problemi:[...] 2) definire esattamente – perché siamo un po’ architetti e quindi abbiamo bisogno di misurare i concetti, vorrei dire anche le parole – in che cosa consista una crisi costituzionale;[...] 4) fare come l’architetto, il quale quando ha fatto la diagnosi dell’edificio crollato, cerca di ricostruire, evitando le carenze dell’edificio che ha studiato.[...] Questo tipo di Costituzione dovrebbe aver salde fondamenta, sicuri muri maestri ed una volta ben costruita. Questa è l’impostazione del mio tema”⁷⁰.

1973 (“*Ieri, oggi, domani*”: *l’ultima lezione di Salvatore Pugliatti*). Il 19 dicembre il professor Pugliatti tiene la sua ultima lezione⁷¹:eccone alcuni stralci. “Il mio *ieri* è remoto, ma non scorre come un quieto ruscello; si misura per intensità piuttosto che in estensione.[...] Il ricordo muove dalla tragedia (28 dicembre 1908) che distrusse *la mia città* e giunge fino alle profonde trasformazioni che hanno cambiato *il volto del mondo* suscitando gravi e imponenti problemi. L’impegno per la risoluzione di questi problemi rappresenta l’*oggi* e il *domani*.

Mi sia consentito un bisticcio.

Se l’*oggi* non risolve i problemi ereditati dall’*ieri*, non ci sarà, per l’umanità, un *domani*.

Si tratta di problemi alla cui soluzione debbono cooperare la scienza, la tecnica, la politica e il diritto. Dico subito che dal diritto si può aspettare molto purché questo strumento sia bene adoperato”.

⁶⁹ G. La Pira, *Lettere a Salvatore Pugliatti, (1920 – 1939)*, a cura di F. Mercadante, Roma, 1980.

⁷⁰ G. La Pira, *Discorso pronunciato nella seduta dell’11 marzo 1947*, in Istituto per la ricostruzione industriale, *I dieci discorsi della nuova Italia*, a cura di F. Boiardi (Roma 1987), 111.

⁷¹ Gli stralci che seguono sono tratti da un disco dell’epoca contenente la registrazione dell’intera lezione

1988 (*Da Messina a Pisa, un viaggio senza ritorno*). Ugo Natoli risponde alle “Dieci domande di Natalino Irti”⁷². “Ho studiato a Messina e sotto la guida di un Maestro, quale è stato per me – e non solo per me – Salvatore Pugliatti. Era il tempo in cui, anche da noi, si parlava tanto di *Begriffs* e *Interessenjurisprudenz* ed Egli ci aveva mostrato come sia possibile, e anzi indispensabile, conciliare i due punti di vista, non dimenticando né la forma né la sostanza del fenomeno giuridico. Quel metodo, che comporta la costante analisi del dato positivo con la lentezza della interpretazione sistematica ed evolutiva e, quindi, anzitutto storica, ha rappresentato per me una guida precisa, tanto più dopo l’intervento della costituzione del 1948, del quale molti dimostrano di non essersi ancora accorti ...).[...] Che resterà dei nostri studi per coloro che verranno dopo di noi nel duemila? A mio avviso, poco o nulla. E non soltanto in conseguenza della invadente moda di un’incontrollata *deregulation* (adatta, forse, ad altri climi e certamente non favorevole ad un buon livello della nostra produzione), ma anche per l’incalzare di una via via completa computerizzazione dell’intera esistenza degli uomini, di per sé capace di paralizzare ogni fantasia”.

1992. (*Da Pisa a Milano, un rapporto che continua*). Luigi Mengoni si chiede: *L’Europa dei codici o un codice per l’Europa?*. “L’aspirazione all’unità del diritto ha una lunga tradizione nella cultura europea, non solo giuridica: basti pensare a Montaigne, a Pascal, che irrideva agli opposti criteri di discriminazione del giusto dall’ingiusto vigenti di qua e di là dai Pirenei, o a Voltaire, che quando viaggiava recriminava di trascorrere da un regime giuridico a un altro ad ogni cambio di cavalli. Ma le condizioni politiche, sociali e culturali in cui si sono compiute le grandi codificazioni del secolo scorso, che hanno coronato la formazione degli Stati nazionali, non sono ripetibili al livello europeo.[...] Ma, pur entro questi limiti, i processi di unificazione devono essere accompagnati e completati da una profonda riforma degli studi di giurisprudenza e dei modi di preparazione dei giuristi teorici e pratici, integrata da un continuo interscambio tra le scuole di diritto e le sedi operative dei vari Paesi che favorisca l’acquisizione di modi di pensiero e modelli di argomentazione giuridica omogenei. Con tutte le riserve che il paragone può suscitare, non si deve dimenticare che il diritto romano comune europeo e la sua appendice ottocentesca del diritto delle pandette in Germania si sono formati come «diritto dei giuristi»⁷³”.

⁷² *Intervista sul diritto privato. Dieci domande di Natalino Irti*, 1988, ora in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, (Milano 1993), XV s.

⁷³ L. Mengoni, *L’Europa dei codici o un codice per l’Europa?*, Riv. crit. dir. priv., 1992, ora in *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, cit., 329 s.