



### I manuali, le dinamiche delle fonti e il metodo

Carmelita Camardi



**SOMMARIO:** 1. Perché una riflessione sulla didattica. – 2. Un tentativo di lettura della manualistica corrente. – 3. Qualche altra considerazione critica. – 4. Quali prospettive, dunque?

#### 1. Perché una riflessione sulla didattica

Le ragioni di questo convegno dovrebbero essere almeno in parte desumibili dalle poche righe incluse nella locandina<sup>1</sup>. Ma sono ovviamente più complesse<sup>2</sup>.

Vi è innanzitutto il disagio personale (che ritengo tuttavia condivisibile da qualcuno) nel constatare anno per anno lo scarto tra l'attività di ricerca, che si incanala lungo varie direttive e costantemente cambia, e l'attività didattica, che tende invece a rinnovarsi ad un ritmo più lento e a privilegiare la continuità a discapito dell'innovazione. Questo almeno è ciò che spesso avviene a chi insegna nei corsi di base, e deve dunque apprestare quella formazione istituzionale e in un certo senso universale, buona per tutti e buona per sempre. Da questo punto di vista, uno scarto minore, se non inesistente si ha inve-

---

<sup>1</sup> Dalla dinamica delle fonti, alle continue interferenze con le altre discipline (ad esempio, nei rimedi "amministrativi" a favore dei consumatori pregiudicati da PCS), alla introduzione di corsi di studio in lingua inglese, o che prevedono l'insegnamento del diritto privato, pur se in classe diversa da quella degli studi di giurisprudenza.

<sup>2</sup> Il presente non è certamente il primo Convegno sul tema della didattica e nemmeno la prima occasione di autoriflessione. Segnaliamo innanzitutto una Bibliografia ragionata sul tema, a cura di MINGARDO, reperibile alla pagine <https://www.openstarts.units.it/server/api/core/bitstreams/dac04dad-5b93-40df-bfeb-bac2d31029d4/content>. E poi rinviamo ai contributi contenuti nelle seguenti opere: *Come insegnare il diritto. Metodi, modelli, valutazione*, a cura di ZENO ZENCOVICH, Torino, 2004; PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista. Un percorso incompiuto*, Torino, 2014. Altre opere collettanee sono citate nelle note a seguire.

ce quando l'insegnamento si sposta di livello, dal 1° anno verso le Lauree magistrali e il Dottorato. Dove gli studenti avrebbero superato quella presunta immaturità ed esigenza di elementarità che invece li caratterizza al 1° anno. Eppure ciò che essi diventano al Dottorato dovrebbe essere frutto anche di ciò che noi insegniamo loro il 1° anno. Cioè dei MANUALI che noi confezioniamo e che suggeriamo di adottare. Intendendo per manuale ciò che di questo termine si predica usualmente: cioè una *trattazione ampia ed esauriente, che espone le notizie fondamentali intorno a un determinato argomento*.

È questo del resto ciò che solitamente si legge nelle prefazioni dei Manuali maggiormente in uso, sebbene non tutti gli autori (come nota M.R. Marella)<sup>3</sup> si soffermano nelle Prefazioni sugli obiettivi formativi che intendono perseguire. Questo è un punto che merita cenni brevissimi.

Frequentemente si ribadisce la natura *istituzionale* dell'insegnamento; si menziona l'impianto *sistematico* della trattazione, con un esplicito richiamo al Codice civile; si sottolinea da un'edizione all'altra la necessità di semplificare e contestualmente di aggiornare circa l'incessante opera del legislatore; talvolta si dà riscontro dell'apporto giurisprudenziale a taluni temi. E in tutto ciò si arriva anche alle 1000-1500 pagine.

Di alcuni manuali però deve dirsi qualcosa. Cominciamo dal Trabucchi, senza rubare nulla a quanto Matilde Girolami ci vorrà dire, ma sottolineando come dalla prima edizione del 1943 che nasce qui a Ca' Foscari, nell'arco dei decenni, la tradizionale impostazione degli istituti si accompagna – oltre che a opportune citazioni letterarie e storiche – a considerazioni problematiche circa la pluralità delle fonti, la dimensione europea, il mutamento dei principi, la prospettiva costituzionale, la moltiplicazione dei diritti; il dominio della tecnica, l'importanza della giurisprudenza, insomma tutti gli ingredienti della complessità, nel convincimento costantemente ribadito però che il Manuale non debba e non possa essere un prontuario di concetti, bensì “espressione di una razionalità che è tra le più alte costruzioni dello spirito umano”, perché “tema principale anche del nuovo diritto, non è la sola libertà e la pretesa del benessere, ma sono i valori dello spirito, non sottoposti alle regole fissate per i fatti e i bisogni della vita materiale»<sup>4</sup>.

Merita poi il Trimarchi, che con chiarezza inequivoca richiama la metodologia dell'analisi economica del diritto ai fini di una “più solida comprensione istituzionale del diritto privato. Il lettore attento e competente avvertirà come i concetti più certi ed essenziali dell'analisi economica del diritto costituiscano, *in forma discreta*, la trama della spiegazione di funzioni ed effetti di diversi istituti”<sup>5</sup>. Una presa di posizione che riscontriamo – come ben noto – a tutti i livelli della originale e lucida produzione scientifica di questo Autore, già solo per questo un campione di coerenza e un modello per tutti.

<sup>3</sup> MARELLA, *Per un'introduzione allo studio del diritto: costruire le competenze di base*, in *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, a cura di PASCIUTA e LOSCHIAVO, RomaTre Press, 2018, 69 ss.

<sup>4</sup> A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. TRABUCCHI, Padova, 2019, XV, che contiene stralci delle Prefazioni delle prime edizioni del volume, dalle quali è tratta la citazione del testo.

<sup>5</sup> TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2020, VII della Prefazione alla tredicesima edizione.

Problematiche le parole introduttive di Rescigno, il cui manuale cessa di essere pubblicato negli anni fine '90, quando scrive di voler “tenere sveglio il senso del diritto come esperienza di problemi, ad evitare l'illusione di un'appagata quiete del sistema presentato in termini che sembrano riprodurre i precetti della saggezza comune o si chiudono in formule immutevoli, spesso non genuine e quasi sempre superate dalla realtà”<sup>6</sup>.

Nelle esperienze meno classiche, insieme con l'attenzione al mutare della struttura dei corsi di Giurisprudenza, appare affermata l'idea della frammentazione delle fonti e delle discipline, assunta con chiarezza quale elemento di possibile destabilizzazione del sistema; anzi, qualcuno parla di una “bussola più che di un sistema”, che si ritiene difficile da trovare “dentro un ordinamento civilistico che si sviluppa secondo dinamiche plurime e si organizza secondo una molteplicità di *rationes* spesso irriducibili le une alle altre”<sup>7</sup>.

Vorrei da ultimo menzionare, come relatrice e senza abusare della mia condizione di “padrona di casa”, della mia esperienza, iniziata nelle aule catanesi degli anni '70, dove Pietro Barcellona entrava -sigaretta in bocca e stuolo di assistenti a debita distanza- per offrire a noi studenti una esperienza didattica di radicale contestazione di quella che veniva definita a piè sospinto la “dottrina dominante”. Un'impostazione conflittuale, applicata sul versante formativo come su quello scientifico vero e proprio, che contrapponeva tradizione e innovazione, ovvero sia la lettura dogmatica del diritto privato e il disvelamento della sua funzionalità al potere economico all'interno di un contesto di pensiero largamente ispirato da opzioni politiche<sup>8</sup>.

Ma non si trattava dell'unica proposta alternativa. Anche quella di Nicola Lipari lo era: nel suo *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*<sup>9</sup>, al diritto non certo si assegnava il ruolo di strumento neutrale del governo della società, quanto piuttosto quello di guida anche morale per dare forma a interessi provenienti dal basso in un quadro di valori attento alla prospettiva della giustizia e della uguaglianza.

Queste ultime due esperienze non hanno avuto esito nell'offerta stabile di manuali consolidati dedicati agli studenti, ma si sono sviluppate nel pensiero scientifico delle due scuole conservando, e nel primo caso riadattando, lo spirito critico che fortemente animava i due Autori in quegli anni<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1993, X edizione, XVII, XVIII.

<sup>7</sup> NIVARRA, RICCIUTO, SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, Torino, 2021, XXIV della Presentazione.

<sup>8</sup> P. BARCELLONA *Gli Istituti fondamentali del diritto privato. Dispense introduttive ad uso degli studenti*, Napoli, 1972; ed ancora i successivi, il più noto *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1977; e poi *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di CAMARDI, Napoli, 1996. Indicativo dell'ideologia degli anni '70, anche nella didattica, è poi il volumetto a cura di BARCELLONA, HART, MUCKENBERGER, *L'educazione del giurista*, Bari, 1973.

<sup>9</sup> Editto per i tipi della Laterza, Bari, nel 1974 e poi nel 1976; seguito da LIPARI, *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974. Ne ricorda il carattere di eccezione GALASSO, *Strumenti e tecniche di apprendimento del diritto civile*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di SCALISI, Milano, 2004, 1330.

<sup>10</sup> Il lettore permetterà una nota personale autobiografica, intesa a ricordare l'esperienza tem-

Per contro, la manualistica più tradizionale si è sviluppata in grande ampiezza, nonostante la sottovalutazione che la visione sempre più burocratizzata dell'Università ha realizzato di questa attività, addirittura sottraendo i volumi didattici alla valorizzazione piena in sede di VQR, quasi che il manuale non rappresentasse un prodotto scientifico (si chiedeva infatti di *dichiarare* che avesse contenuto scientifico), come la monografia o il saggio, ma un sottoprodotto che nel tempo si ripete e si fossilizza, salvo quegli incessanti aggiornamenti – tutti di quantità – che la bulimia legislativa obbliga gli autori a realizzare almeno ogni due anni.

Una sottovalutazione già ben nota, ad es. a Calamandrei<sup>11</sup>, quando scriveva che nel nostro ordinamento il giurista non trova alcun incentivo a fare dell'insegnamento la parte più curata e significativa della sua attività; e nota a chi a questa idea fa ancora riferimento, quando scrive che il tema dell'insegnamento rimane ancor oggi un tema “periferico”<sup>12</sup>; nella misura in cui non si esplicita il nesso inscindibile tra la riflessione sullo statuto della scienza giuridica e la definizione del modello di formazione del giurista. Un modo per dire quanto anticipavo nel mio incipit: e cioè il tema, ma meglio direi il rischio della frattura tra ricerca scientifica e didattica. Ovvero il rischio che – per una serie di ragioni che proverò a sintetizzare – lo stesso giurista faccia fatica a riversare nell'insegnamento e nella formazione i metodi e i risultati coltivati e raggiunti nell'attività scientifica, cioè – posto nelle norme l'oggetto della scienza giuridica – metodi e risultati dell'interpretazione.

Certo, la lettura delle prefazioni presentate nelle edizioni più recenti dei Manuali, laddove gli Autori dichiarano la consapevolezza del mutamento nella gerarchia e nella sostanza delle fonti, la progressiva perdita di centralità del codice civile, la crescente importanza del momento giurisprudenziale, il carattere sempre più globale e transnazionale del diritto, sembrerebbe smentire quell'elemento di stabilità e di continuità che – per definizione – connota la produzione manualistica. Ma a ben vedere non sempre è così. Se dalla prefazione si passa all'indice e poi ai contenuti, l'impianto della trattazione non muta, quasi che – vista non proprio in lontananza l'onda d'urto della discontinuità storica – la si faccia infrangere contro la roccia di una tradizione che si lascia bagnare ma non scalfire. Con avvertenze, aggiornamenti, informazioni e precisazioni, il discorso formativo si articola costantemente sulla originaria struttura: dalle parti di teoria generale alla sequenza degli istituti raccolti nelle formule della gloriosa dogmatica civilistica, e non raramente attraverso i libri del codice. Nella più o meno esplicita conferma del paradigma giuspositivistico, le stesse dinamiche dell'interpretazione faticano a penetrare nella esplicazione del testo normativo, quantomeno nelle componenti che radicalmente intaccano la primazia del testo, negando che da esso possa estrarsi una verità rivelata e

---

poranea della redazione del manuale *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2007 e 2010, che raccoglieva il testimone dell'insegnamento di Pietro Barcellona, riadattato e rivisto in un diverso contesto concettuale, ispirato alla teoria dei sistemi.

<sup>11</sup> *Opere giuridiche*, a cura di CAPPELLETTI, Napoli, 1966, 65, vol. 2°.

<sup>12</sup> RESTA, *Quale formazione, per quale giurista*, in *La formazione del giurista*, cit., 129 ss.

valorizzando invece il problema del caso concreto, la tecnica del bilanciamento, le clausole generali o i principi costituzionali<sup>13</sup>.

Quali le ragioni di questo fenomeno? È del tutto fuori dalle mie corde attribuire un fenomeno scientifico a fattori legati all'atteggiamento lassista dei giuristi, ovvero – come purtroppo leggiamo nella prefazione di un noto manuale- alla loro asineria decretata da un discutibile sistema di reclutamento, che ha portato alla “*moltiplicazione dei professori (cani e porci, in luogo di pani e pesci), fabbricati in rapida sequenza come le scatole di pomodori pelati ... grazie a tesi di laurea riciclate ... reputate idonee a far vincere i concorsi a cattedra*”<sup>14</sup>; oppure alla cretineria degli studenti incolti, specie quelli di sesso maschile, “*babbei infantili destinati a soccombere ... nello scontro tra i sessi per la conquista del dominio*”<sup>15</sup>.

## 2. Un tentativo di lettura della manualistica corrente

Quali allora queste ragioni? Innanzitutto l'appartenenza settoriale, quasi una **costrizione**, praticata oltre l'esigenza della specializzazione e vissuta identitariamente come irrinunciabile segno distintivo. L'idea stessa della interdisciplinarietà come valore “aggiunto” – un *quid pluris* non necessario – segnala la rinuncia preventiva a metodologie di condivisione con altre discipline, anche quelle interne all'area giuridica, che delineano una chiusura epistemologica e un conseguente scenario di isolamento del diritto dal contesto stesso nel quale esso viene generato<sup>16</sup>. Non posso a tal fine non ricordare lo scarto tra il modello formativo italiano e quello anglo-tedesco.

Si affianca a questo elemento la concezione della formazione istituzionale di base tra due estremi in potenziale contraddizione: l'ambizione che sia il privatista a fornire a chi si avvicina agli studi giuridici gli strumenti concettuali di comprensione dell'ordinamento<sup>17</sup>, e l'assunzione di questo compito attraverso la redazione di MANUALI, che per essere “di base” finiscono per assumere una concettualità semplificata, elementare, statica, astorica e astratta perché destinata a durare. Ne viene fuori l'immagine del giurista formatore come custode di un limite sistemico ed epistemico. Imparziale, serio

<sup>13</sup> LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 971 ss.

<sup>14</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2021, *Introduzione* del 2013, VXVI, ove pure si legge che tale sistema avrebbe portato al “*trionfale ingresso in carriera del gentil sesso, fino ad allora rappresentato da pochissime eccezioni*”, ingresso favorito – sostiene l'autore – da rapporti di natura decisamente sessuale.

<sup>15</sup> GAZZONI, *op. cit.*, *Introduzione* del 2003, XXXV.

<sup>16</sup> È interessante notare al riguardo quanto dice P. Rescigno, in RESCIGNO, RESTA, ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, 44-45, laddove afferma che ad oggi un manuale di diritto privato dovrebbe mettere in luce la fitta intersezione tra moduli privatistici e pubblicistici, e proporsi come costruzione di un edificio utile alla “*riflessione giuridica nella sua integralità*”.

<sup>17</sup> Parlerei al proposito di “*modello Falzea*”, con riferimento al “*volumetto*” dal titolo indicativo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 1975.

e tecnicamente preparato nella gestione delle novità in quanto dotato degli strumenti fondamentali capaci di resistere ai mutamenti del reale, senza negarli, ma comunque sistemandoli *in uno schema già dato*.

Gioca qui l'idea che la teoria generale del diritto sia davvero quella branca della scienza giuridica che non necessita di essere rinnovata, che si perpetua costantemente sempre uguale a sé stessa facendo sì che il nuovo entri nel sistema – che essa vorrebbe garantire – per semplice addizione (ed ecco l'aggiornamento), e non per integrazione effettiva. Un'idea che di per sé non viola i canoni della conoscenza scientifica del diritto come forma di governo della società, ma ad una sola condizione: e cioè che la teoria generale si sappia corredare di una *dogmatica adeguata* che istituisca un rapporto corretto e storicamente pieno con la struttura del diritto positivo e con l'assiologia che l'ordinamento esprime, dichiarando la propria disponibilità a modificare le categorie concettuali conoscitive in relazione al diritto positivo, e non viceversa. Perché è questo “viceversa”, vale a dire la lettura del diritto positivo attraverso la lente cristallizzata dei dogmi quali strumenti di inclusione del nuovo nel sistema, l'elemento responsabile di una comprensione deformata della realtà normativa che rischia di condurre alla costruzione dei manuali come mera opera di continuo *accrescimento di dati*<sup>18</sup>.

In altre parole, più che l'ambizione teorica alla costruzione di “universalì formali” in grado di sistemare la fenomenologia del diritto, indipendentemente dal diritto positivo, è proprio la mancata revisione della dogmatica di fronte alle metamorfosi del diritto positivo, e prima ancora alle sue differenziazioni fenomeniche, il dato che va esaminato per individuare un modello formativo che sia in grado di assicurare ai discenti una rappresentazione comprensibile del diritto vigente, e contestualmente una rappresentazione adeguata della realtà nella quale essi vivono. Così peraltro evitando due effetti di ritorno. Innanzitutto l'idea che il diritto sia qualcosa di astratto, neutro e distante, che cala dall'alto, che non ha a che fare con la vita quotidiana. E correlativamente l'idea che sia inutile, cioè che la realtà delle cose – quella che conta – vada avanti senza che il diritto sappia governarla.

Degli equivoci – per così dire – determinati da questa inadeguata visione del rapporto tra teoria generale e dogmatica sono pieni i nostri manuali, ed è davvero difficile operare un processo correttivo. Voglio fare alcuni esempi.

Una *great division* che attraversa la manualistica e il sapere ufficiale è quella tra diritto patrimoniale e diritto non patrimoniale: famiglia e persone entrano nel secondo, quasi tutto il resto nel primo. Ma perché? È una distinzione non del tutto proponibile, perché nasconde una serie di realtà, e crea una serie di *qui pro quo*. Nella famiglia infatti

---

<sup>18</sup> È questa un'indicazione che emerge già dal Convegno di Messina del giugno 2002, dedicato ad Angelo Falzea, *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, cit., presentato su questi temi da SCALISI, XVII, XXI ss.; del quale ricordiamo gli interventi di BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, 1229, 1232 ss.; PERLINGIERI, *Strumenti e tecniche dell'insegnamento del diritto civile*, 1303, 1308 ss., fortemente critico sulla struttura nozionistica dei manuali e sul concettualismo come “abito mentale” (p. 1316); LIPARI, *Sull'insegnamento del diritto civile*, 1373, 1384 ss.

si consuma da sempre un modello di distribuzione della ricchezza, occultato nella tradizionale divisione sociale del lavoro che sottrae il lavoro domestico della madre/moglie ad una qualsivoglia disciplina, interamente riversandolo nella sfera degli affetti<sup>19</sup>. Lungi da me l'idea di sottrarre la maternità alla sfera degli affetti, ma non solo di questo si tratta, perché dentro questo schema si tramandano specifiche funzioni di riproduzione sociale che strutturano il mercato e non solo un certo modello di famiglia. Del resto per anni il congedo familiare per maternità è stato una prerogativa delle donne. Voglio ricordare al proposito il *leading case* del 1972 discusso avanti alla Corte suprema degli USA da una giovane Ruth Bader Ginsburg (*Moritz v. Commissioner*)<sup>20</sup>, la quale riuscì a far dichiarare incostituzionale la norma che privava dell'esenzione fiscale gli uomini che prestassero lavoro di cura familiare, perché supponeva che solo le donne potessero svolgerlo e mai gli uomini non vedovi né divorziati, che fossero *single per scelta*. Ciò che invero *solo apparentemente discriminava gli uomini davanti al Fisco*, ma in verità discriminava le donne sul mercato e nella società, strutturando l'attività che oggi chiamiamo di *caregiver* degli anziani come lavoro gratuito *esclusivamente femminile per natura*, paternalisticamente compensato da una detrazione fiscale, che rappresenta il valore economico, cioè il costo, di questo lavoro *in quanto* non retribuito. Però questo non lo diciamo.

Andiamo così al diritto delle persone. La disciplina delle incapacità è presentata come diritto delle persone. È vero, certo, ma perché non dire che essa è *anche* diritto patrimoniale, perché invero non vuole creare statuti dei diritti delle persone, ma forme di protezione del patrimonio personale e familiare di questi soggetti da atti che – in ragione dell'assunzione di un certo modello di gestione razionale delle risorse economiche – possono comprometterne l'integrità e la trasmissibilità agli eredi che vi fanno affidamento. Anche questo dunque contribuisce a strutturare il diritto del mercato secondo un certo modello di efficienza e di scelte razionali, e pertanto più che diritto non patrimoniale di tutela delle persone incapaci, è diritto patrimoniale delle persone che non si ritengono idonee a gestire la ricchezza.

Ugualmente dovremmo dire essere anche patrimoniale il diritto che nega o riconosce lo status di figlio legittimo con due genitori *same sex* alle creature generate attraverso la maternità surrogata, laddove permessa e regolata. Nella misura in cui rende possibile o nega la libera circolazione delle persone nel mercato unico europeo, strutturandolo così in un modo o in un altro<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Sul punto ampiamente MARELLA, *Per un'introduzione allo studio del diritto*, cit., 75, e più diffusamente, *Il diritto di famiglia nella società contemporanea*, Napoli, 2023, 3 ss. (in corso di stampa); voce *Lavoro domestico nella famiglia*, in *Enc. Del diritto. Tematici, Famiglia*, a cura di F. MACARIO, Milano, 2022, 657.

<sup>20</sup> Vedi il caso alla pagina <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/469/466/79852/> (accesso del 6 luglio 2023).

<sup>21</sup> Ci si riferisce al tema della trascrizione in Italia degli atti di riconoscimento all'estero dei figli nati a seguito di gestazione per altri, e del conseguente riconoscimento della doppia genitorialità (per il genitore biologico e per quello intenzionale), di cui alla recente decisione (negativa) di

Ma andiamo al diritto patrimoniale puro e indiscusso.

Parliamo dei beni giuridici. Perché la teoria dei beni continua ad essere costruita intorno a paradigmi di mercato e di ricchezza il cui riferimento principale sono i beni materiali? Mentre i beni immateriali e le altre risorse “intangibili” che connotano ad oggi le più colossali operazioni di mercato sono lasciate ad altre discipline, e confinate in ambiti specialistici che non alimentano la dogmatica dei beni giuridici<sup>22</sup>?

Ugualmente la materia contrattuale. Ma sul punto tornerò per esemplificare nella parte più *costruens* del mio intervento. Dove cercherò di chiarire che il superamento di tali criticità è necessario allo scopo di preservare la scienza giuridica da processi autodistruttivi, come da rischi esogeni di obsolescenza indotti da trasformazioni del mondo reale troppo radicali e perciò difficilmente controllabili con gli stessi dispositivi concettuali. Il mio discorso dunque non è antidogmatico, ma per un'altra dogmatica<sup>23</sup>.

### 3. Qualche altra considerazione critica

A tale scopo, la manualistica dovrebbe prendere in carico un altro problema: l'abbandono o il ridimensionamento delle tradizionali certezze ove queste non fossero più sostenibili. Qui viene in gioco in modo massiccio il tema della rappresentazione delle fonti del diritto, elemento strutturale della giuridicità, senza introiettare il quale lo stesso pensare la giuridicità è operazione che i discenti difficilmente possono svolgere.

È abbastanza condivisa, ancorché poco applicata, l'idea che il principio della statualità e unicità del diritto, per cui Diritto e Stato si pongono come nozioni inseparabili, non possa più porsi come postulato indiscutibile della teoria delle fonti; e che anche nei sistemi di *civil law* come il nostro la teoria dell'ordinamento e la stessa teoria dell'interpretazione debbano fare i conti con il dispiegarsi delle fonti lungo figure non del tutto piramidali, dove pure il vertice assume una forma – per così dire – *piatta*, non *apicale* e la Costituzione e le Carte dei diritti entrano come dirette fonti di pretese nel circolo ermeneutico che parte dal caso e porta al rimedio. E dove ancora il diritto europeo per un verso, ed altre fonti che sfuggono alle classificazioni gerarchiche per essere collocate nei nodi della rete globale della giuridicità, per altro verso, interferiscono a complicare quel circolo e a costruire la giusta soluzione del caso. Qui ci sono tutti i temi degli ordinamenti

---

Cass., SS.UU., n. 38162 del 2022. Qualche cenno sul tema si trova più avanti.

<sup>22</sup> Come noto, infatti, è il diritto industriale la disciplina che – anche sul piano didattico – illustra le tematiche dei beni immateriali e delle innovazioni tecnologiche: una disciplina fondamentale, eppure spesso qualificata “seconda” rispetto al diritto privato generale, e impartita come specialistica e non di base. Sul tema ci si permette di rinviare al nostro *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 955.

<sup>23</sup> Anche per questo profilo rinviamo al nostro contributo *La dogmatica come “dispositivo imunitario” della scienza giuridica nel pensiero di A. Falzea. Come pensare la società digitale*, in *I Maestri del Diritto Civile*. A. Falzea, a cura di D'AMICO e GORASSINI, di prossima pubblicazione per i tipi della ESI.

*multilevel*: la primazia del diritto europeo; l'applicazione diretta dei principi e dei diritti fondamentali; il tema del ruolo della giurisprudenza e del cosiddetto dialogo fra le Corti; in una sola parola, il tema della *certezza*. Ma la certezza non può essere venduta come un bene sociale frutto dell'opera dei giuristi, se poi la quotidianità delle cronache o gli arresti giurisprudenziali restituiscono su tante questioni visioni di drammatica incertezza<sup>24</sup>.

Eppure, al di là di alcuni modelli didattici che assumono i principi costituzionali, la giurisprudenza e il decentramento normativo su fonti *extra ordinem*, quali fattori che complicano la teoria delle fonti ma dei quali l'interprete deve farsi carico<sup>25</sup>, l'arroccamento della certezza su di una gerarchia statica delle fonti, oltre che sulla prevalente attenzione sulla normativa del codice civile, impediscono che si formi una cultura basata sulla costruzione di processi argomentativi ragionevoli, controllabili e replicabili, che accettano la pluralità delle fonti quale risorsa per la più giusta e corretta soluzione del caso. Una cultura che potrebbe contribuire ad avvicinare i discenti ad una idea di legalità diffusa e percepibile nella realtà quotidiana, ben oltre le pagine del libro di testo.

Il tema della percezione degli studenti in merito al fenomeno della giuridicità è un tema che si spinge su altri aspetti, ad esempio quello del target di studenti: chi sono i destinatari della nostra attività di formatori, e per quali professioni mettiamo in opera questa attività? Parliamo ancora di avvocati, notai e magistrati<sup>26</sup>? Ed ancora, la nostra comunità scientifica si è fatta carico dell'immagine di giurista che vogliamo veicolare anche nella percezione degli altri saperi e delle altre professioni? Questa è una domanda ineludibile, perché il diritto privato si insegna anche fuori dai corsi di Scienze giuridiche, ed è proprio in questi contesti che ci giochiamo la nostra immagine e la nostra posizione sociale nel confronto con gli altri. Cosa pensano di noi gli ingegneri, gli economisti, gli umanisti? Il laureato in Scienze giuridiche è vissuto come un leguleio, come un tecnico, come un intellettuale, come un operatore della giustizia? E non penso solo alle beghe accademiche che ci contrappongono agli altri specialisti nei processi di attribuzione – o spartizione – delle cariche e delle risorse delle Università. Penso invero ai processi di legittimazione sociale delle competenze professionali e scientifiche, e dunque al coinvolgimento dei giuristi fuori delle sedi nelle quali essi vantano un titolo preferenziale, e sono dunque esposti alla concorrenza di altre professionalità<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*, Torino, 2017. Sensibili a questo tema della crisi del paradigma giuspositivistico, i contributi di RESTA, *Quale formazione, per quale giurista*, cit., 134 ss.; e GRECO, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in *La formazione del giurista*, cit., 52 ss.

<sup>25</sup> PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2022, 24.

<sup>26</sup> Sul punto PASCUZZI, *Giuristi si diventa*, Bologna, 2019; Id., *Verso l'avvocatura e il notariato*, in *La formazione del giurista*, cit., 83; GARLATI, *Formazione e professionalizzazione per il giurista del terzo millennio (c'è qualcosa di nuovo... forse di antico...)*, ibidem, 161.

<sup>27</sup> ZENO ZENCOVICH, *Una diversa idea del corso di laurea in giurisprudenza*, in *La formazione del giurista*, cit., 181.

Penso all'elaborazione delle decisioni pubbliche, quando al decisore si prospetta la scelta – ad esempio nelle materie urbanistiche – tra un architetto o un ingegnere o un giurista, e questa scelta implichi la definizione di un'idea di città, cioè di un modello di convivenza e di comunità tra una moltitudine di interessi che si devono soddisfare e perciò bilanciare. Che tipo di giurista serve per condividere questo genere di scelte? Mi faccio questa domanda perché una volta qui a Ca' Foscari un Rettore ha delegato un sociologo ad occuparsi delle “Giornate della legalità” e della lotta alla corruzione, e quando noi giuristi abbiamo presentato all'uno e all'altro le nostre rimostranze non abbiamo avuto una risposta soddisfacente, oltre quella per cui esistono le “norme sociali”, di cui i giuristi non si occupano... una dicotomia tutta da spiegare quando si mette a tema la questione della legalità!

Volgo al termine, ricordando semplicemente gli altri aspetti del tema didattico inseriti nella locandina. Uno è l'insegnamento del diritto privato fuori dei Corsi di laurea in scienze giuridiche. Qui a Ca' Foscari non abbiamo corsi in classe L33, ma il diritto privato ha messo piede nelle sue declinazioni in moltissime altre classi, talvolta in forma generale e istituzionale, altre volte secondo declinazioni specialistiche o professionali. Come lo strutturiamo? Quale immagine del diritto diamo agli studenti che si preparano per il servizio sociale o che studiano *data protection* o scienze ambientali? Come ci rapportiamo alla dominanza di altri insegnamenti di diverse aree? Dobbiamo dare alla formazione giuridica – e alla manualistica – una diversa curvatura metodologica? Lo sentiremo da altri relatori.

Un altro aspetto è la didattica in lingua inglese. Lo segnalo giusto per valorizzarne l'importanza ancora una volta sotto il profilo dello statuto della scienza giuridica che occorre mettere in campo per lo studente internazionale svincolato da un'appartenenza territorial-nazionale. Ma il tema sarà oggetto di una relazione *ad hoc*<sup>28</sup>.

#### 4. Quali prospettive, dunque?

Nella prospettiva che ribadisce la stretta correlazione tra statuto della scienza giuridica e predisposizione del modello formativo del giurista; ancora, nella prospettiva di evitare che l'autonomia della scienza giuridica si tramuti in una forma di isolamento della stessa in una funzione meramente autoconservativa, che si preclude orizzonti conoscitivi più ampi e restringe il campo della sua incidenza sociale; ed infine, nella prospettiva che Giuseppe Benedetti finemente definiva della contemporaneità del civilista<sup>29</sup>; provo ad offrire una pista di riflessione che superi le strettoie e le incapienze del modello giu-spositivista e che possa contribuire all'elaborazione di un modello formativo adeguato.

<sup>28</sup> Sul punto, ancora ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, 187.

<sup>29</sup> BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, cit. 1229.

Ho sperimentato in questi ultimi anni la fecondità di un metodo analitico fondato sull'introiezione virtuosa del *pluralismo*. Con questo termine non intendo designare il dato quantitativo e di evidenza empirica della moltiplicazione delle fonti del diritto oltre la legge dello Stato; intendo piuttosto individuare un *paradigma teorico*, più esattamente un percorso di conoscenza entro il quale condurre l'esperienza dell'interpretazione e della soluzione del caso nella consapevolezza di muoversi in un contesto che può essere anche deterritorializzato, poliarchico e multiculturale e non sempre univocamente orientato sul piano assiologico. Nel rispetto dei principi e dei diritti fondamentali, il pluralismo come paradigma teorico implica il rifiuto di gerarchie precostituite, e la pratica invece di un *approccio combinatorio*, di un circolo ermeneutico se si vuole, che costruisca la più appropriata combinazione delle fonti (formali e informali) che concorrono nella soluzione di un caso, attraverso un percorso argomentativo che – in primo luogo – giustifichi la *selezione delle fonti più appropriate*, senza che coppie preconcepite o dicotomie concettuali consolidate condizionino la selezione delle norme del caso<sup>30</sup>.

Al fine di rendere più comprensibile la proposta, voglio condividere un ragionamento presentato in occasione di un recente Convegno, che può costituire un modello esportabile su molti temi del diritto privato: la questione della gestione delle sopravvenienze contrattuali che comportano eccessiva onerosità di una prestazione.

La tradizionale esposizione del tema parte usualmente dall'art. 1467, assunto quale espressione del generale principio, per un verso della irrilevanza delle sopravvenienze meramente qualitative, e per altro verso della soggezione del contraente onerato – *ma eventualmente interessato alla conservazione del contratto* – all'iniziativa unilaterale del contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza (comma 3 dell'art. 1467). Ciò posto, il civilista che avvertisse la rigidità di tale canone e che però volesse avventurarsi in un cammino euristico senza interpellare le clausole generali (anche in forma minimale e non

---

<sup>30</sup> Inutile ricordare che la semantica del termine “pluralismo” non è affatto univoca, e che lo stesso gravita su di una pluralità di aree e di problemi. Nel contesto del discorso che si propone esso è inteso – come detto – quale paradigma che assiste e guida l'interprete nella elaborazione della soluzione del caso alla luce di due direttive: la pluralità delle fonti regolative e la loro disposizione non necessariamente piramidale e gerarchica, ma reticolare (laddove il fenomeno ricorra effettivamente e in relazione alla complessità che ne viene indotta), e conseguentemente la disposizione dell'interprete all'approccio combinatorio, illuminato dai principi e dai diritti fondamentali. Indicazioni in tal senso nelle pubblicazioni dei *Quaderni fiorentini* dedicati al tema, e precisamente il n. 50 del 2021, intitolato *Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*, ove il contributo di COSTA, *Il pluralismo politico-giuridico. Una mappa concettuale*, 29, secondo il quale il pluralismo “prima di essere una componente dell'oggetto, è una dimensione del soggetto, uno strumento dell'interprete”; il volume *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei. Atti dell'incontro di studi*, Firenze, 20-21 ottobre 2022, ove segnaliamo i contributi di GRECO, *Il problema della scienza del diritto e le vie del pluralismo*, 9, e di FARALLI, *Pluralismo e teoria generale del diritto*, 59; LIPARI, *Gli approdi pluralistici del diritto civile*, 265; rinviamo poi a VETTORI, *Dovere di verità e pluralismo nel diritto civile*, in *Quaderni fiorentini*, 2022, 466, nell'ambito di una Discussione su Paolo Grossi, *Il diritto civile in Italia fra Moderno e postmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico)*, Milano, 2022, ove pure una recensione di chi scrive, *La scienza del diritto civile nell'ottica del pluralismo*, 436.

aggressiva dell'autonomia privata), si imbatterebbe però nel pluralismo, o meglio direi per adesso nella "pluralità" delle soluzioni normative. In primo luogo dovrebbe dar conto della ben differente disciplina dell'appalto codicistico, il cui art. 1664 prevede anche un meccanismo di revisione del prezzo; poi di quella dell'appalto pubblico (e perché no, se anche questo è un contratto), che contempla diverse discipline manutentive; poi della disciplina di altri contratti come l'affitto e la locazione; e poi ancora – perché no – della disciplina introdotta dalle norme anti pandemia, visto che la pandemia ha generato una crisi, che su questa crisi si è innestata una guerra e che pertanto talune *circostanze tipicamente straordinarie e imprevedibili* si moltiplicano e si candidano esse ad interferire con l'art. 1467; e poi ancora della disciplina dei contratti pendenti introdotta dal nuovo Codice della crisi, il quale affida all'esperto mediatore il compito di favorire la rinegoziazione dei contratti pendenti; e poi ancora, e perché no, dalla disciplina cosiddetta di diritto europeo, *soft law* certo, ma seguita e praticata negli arbitrati internazionali. Tutte fonti che esprimono una logica manutentiva e di rinegoziazione che contrasta con la presunta vocazione generale dell'art. 1467, che invece postula lo scioglimento del contratto; sicché nella sua *inventio* l'interprete curioso scopre alla fine che tale norma, già circondata in casa propria da modelli alternativi di gestione delle sopravvenienze, lo è ancor di più fuori della presunta centralità del codice. Ebbene, a fronte di un tale contesto "pluralistico" siamo ancora sicuri di poter tassativamente argomentare che la regola regina delle sopravvenienze è quella dell'art. 1467, "salve" tutte le "eccezioni", o le norme speciali fin qui enumerate? Siamo sicuri di poter a tale scopo utilizzare persuasivamente il raffinato argomento per il quale il carattere unilaterale della proposta di rinegoziazione lanciata facoltativamente dal contraente avvantaggiato ex art. 1467, 3° co., impedirebbe la proponibilità – secondo buona fede – della rinegoziazione da parte del contraente svantaggiato per il semplice fatto che quest'ultima aprirebbe ad un rapporto bilaterale non previsto, e perciò escluso in via presuntiva da quella norma? Possiamo così utilizzare la dogmatica? A dire il vero avrei i miei dubbi<sup>31</sup>.

Questo ragionamento è replicabile a diversi livelli. Avevo accennato al tema del contratto. Mi chiedo se possiamo ancora giustificare la tradizionale proposta didattico-formativa del 'contratto in generale' come regola generale, perdonando il bisticcio, per

---

<sup>31</sup> Non occorre in questa sede indugiare sul tema; sia sufficiente rinviare ad un recente saggio che, pur partendo da una prospettiva tradizionale, critica nei confronti degli orientamenti più aperti a fondare sulla clausola della buona fede un obbligo legale di rinegoziazione, e disponibile invece a considerare la ratio dell'art. 1664 solo relativamente estensibile in via analogica, cerca di districarsi dalle strettoie dell'art. 1467 invocando l'*exceptio doli generalis* a mo' di leva per una rinegoziazione volontaria. Il riferimento è al contributo PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, 585, ed ivi altre utilissime indicazioni bibliografiche. Molto più aperta nel considerare anche il ruolo della normativa emergenziale la prospettiva di FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2021, 1. Interessanti infine le osservazioni di SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del Codice civile?*, in *Jus*, 2020, 205.

ridurre poi la pluralità degli schemi contrattuali ad una numerazione di modelli speciali o parziali, ricavati per ‘sottrazione’ dal contratto in generale, la cui ratio debba essere poi confinata in un contesto di stretta interpretazione, con una metodologia formalmente ineccepibile, ma che lascia un vuoto di incompienza e di sistematicità che contraddice le migliori intenzioni con le quali questa “sistemazione” è proposta. Possiamo farlo, se già il codice mimetizza un modello alternativo di *contratto senza accordo* in due articoli (1341/2) della sezione “accordo delle parti”? Il pur efficace paradigma della differenziazione sistemica ci mette davvero al riparo da una domanda di maggior comprensione della pluralità dei modelli normativi, e ci può esonerare da uno sforzo dogmatico adeguato al pluralismo delle fonti e delle discipline? Credo che questo sforzo debba partire innanzitutto dalla consapevolezza del nostro debito formativo nei confronti delle nuove generazioni; dalla consapevolezza -che non può essere negata- che proprio le nuove generazioni native digitali, vale a dire il nostro target studentesco contemporaneo, frequentano ogni giorno un modello di rapporti contrattuali prevalentemente digitali, nel quale ritengo facciano fatica a riscontrare quelli che noi porghiamo loro come elementi essenziali del contratto, primo fra tutti l’integrità e l’esplicitazione di un loro consenso quale base di effetti giuridici che si producono *in quanto* concordati e voluti.

L’introiezione del pluralismo come paradigma interpretativo ci riporta al tema cruciale della dogmatica, forma di conoscenza e comprensione votata a superare la mera esegesi dei testi, la quale però – lasciata a se stessa e alla propria autoreferenzialità – ci restituirebbe non un sistema complesso, ma tutt’al più – ad esempio – una *somma* di beni o una *somma* di contratti, tutti differenti, un’addizione scomposta di elementi disomogenei casualmente ricomposti.

Il giurista didatta, dunque, deve riconciliarsi con una nuova dogmatica, di stampo europeo e naturalmente pluralistico, ancora in buona parte da costruire; non una gabbia buona per la sussunzione astratta, esclusiva e dall’alto, non un’altra somma di concetti chiusi, ma un percorso dal basso corredato da un processo ermeneutico inclusivo sia della pluralità delle fonti come della valutazione degli interessi protetti e delle circostanze. Ciò che la civilistica peraltro ha già mostrato di saper fare in passato, quando – ad esempio nella materia della responsabilità civile – ha costruito le regole di un sistema complesso partendo dal tema del danno piuttosto che da quello dell’illecito o della esclusività della tutela a quei diritti ritenuti astrattamente simmetrici al *neminem ledere*.

In tutto ciò il pluralismo deve attrezzarsi con una bussola che lo metta al riparo dal rischio di trasformarsi in una mera insignificante pluralità. La bussola sono i principi e i diritti fondamentali, i punti fermi di non ritorno, i baluardi contro gli abusi o la dispersione della giurisprudenza. Per questo, anche e soprattutto nella manualistica, principi e diritti fondamentali della persona dovrebbero cessare di essere raccontati come meri attributi della persona nei capitoli dedicati alla classificazione dei diritti soggettivi, come diritti della personalità da inserire nella casella dei diritti assoluti, e come *pendant* dei diritti patrimoniali assoluti (l’enfiteusi come la *privacy*). I diritti non sono mai abbastanza ricordati né mai abbastanza tutelati. E non bisogna aver paura di dire che non sono negoziabili, mai, nemmeno quando una fonte che interferisce nel singolo caso sembra per la sua natura dover prevalere su quella che tutela i diritti. E bene ha fatto di recente la

Presidente della Corte costituzionale a ricordarlo: quando ha affermato che la maternità surrogata è un reato, certamente, ma che questo non può inficiare in alcun modo i diritti dei bambini, dei quali non dobbiamo aver paura di dire che sono e devono essere *tiranni*<sup>32</sup>.

La manualistica dunque ci restituisca sì un giurista custode del limite sistemico, ma nel senso fin qui appena ipotizzato, dove il limite sono i principi e i diritti fondamentali, ad impedire oggi più che mai che anche una sola decisione si atteggi come una *infinitesimale comunicazione sistemica destituente* di quel limite che i manuali hanno il compito di trasmettere e così di difendere.

Credo perciò vada preso sul serio uno dei nostri relatori, quando scrive che “*La rimozione del senso nucleare del sistema (ammesso che si possa definire) può avvenire non solo con un atto rivoluzionario, ma anche con una miriade di infinitesimali comunicazioni sistemiche destituenti*”<sup>33</sup>.

E se questo è vero, proviamo a farlo capire anche dalle nostre aule di *Istituzioni*.

---

<sup>32</sup> Ciò che invece ha dichiarato la Corte di Cassazione a SS.UU. nella nota decisione del 30 dicembre 2022, n. 38162, par. 19, ove si legge che “*L’ interesse del minore non può certo rappresentare un diritto tiranno rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute o protette, che costituiscono nel loro insieme espressione della dignità della persona*”. Il lettore consentirà questa presa di posizione di chi scrive su di un tema sensibile non solo sul piano etico. Essa ha lo scopo di mostrare la necessità di una trattazione dialettica delle questioni relative ai diritti, anche e soprattutto se controverse come quella di cui si sta facendo cenno, ed anche nella dimensione manualistica.

<sup>33</sup> FEMIA, *Sulla civilistica italiana del primo Novecento. Alcuni quadri e una cornice*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di PERLINGIERI e TARTAGLIA POLCINI, Napoli, 2013, 39.