

LIBER AMICORUM  
PER  
PAOLO ZATTI

VOLUME PRIMO

ESTRATTO



JOVENE

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2023

ISBN 978-88-243-2818-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

[www.jovene.it](http://www.jovene.it) [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

Printed in Italy Stampato in Italia

# INDICE

## VOLUME PRIMO

<i>Presentazione</i> .....	p. XV
GIOVANNI IUDICA, <i>Paul-Anton Masstele</i> .....	» XVII

### TEMI GENERALI E TEORIA DEL DIRITTO

FABIO ADDIS	
Norme e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat.....	» 3
ANGELO BARBA	
Frammenti dal più recente dibattito tedesco sul diritto privato.....	» 21
GIOVANNI FURGIUELE	
Riflessioni intorno al giurista e all'ordine giuridico .....	» 35
PAOLO GAGGERO	
Significanti del diritto dell'economia e interpretazione.....	» 45
MAURO GRONDONA	
La giurisprudenza e il problema della trasformazione ordinamentale: premesse per una discussione .....	» 59
MARIO LIBERTINI	
Come cambiano le università: dal "sistema" al "mercato". Nuove riflessioni sulla competizione fra università .....	» 71
FILIPPO NAPPI	
Dalla scienza delle norme alla prudenza del giudizio: un nuovo paradigma forma- tivo per il giurista italiano .....	» 85
ANDREA NERVI	
<i>Legis-latio</i> e <i>iuris-dictio</i> ; una storia infinita .....	» 99
MASSIMO PARADISO	
I. A. Il computer di Buridano .....	» 113
ELENA PARIOTTI	
Metafore della normatività giuridica e trasformazioni dei mondi vitali.....	» 123
ALESSANDRO SOMMA	
L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un di- spositivo neoliberale di successo.....	» 133
GIUSEPPE VETTORI	
Eguaglianza e sostenibilità .....	» 151

GIUSEPPE ZACCARIA

Normatività giuridica e normatività algoritmica ..... p. 159

DIRITTO CIVILE. CATEGORIE DELLA TRADIZIONE  
E FRONTIERE DELL'INNOVAZIONE

LUIGI BALESTRA

Diritto dei contratti e crisi d'impresa: il caso del contratto a (s)favore di terzi..... » 177

MASSIMO BASILE

La compravendita immobiliare tramite persona interposta ..... » 183

ROBERTO BOCCHINI

Il contratto di logistica tra gli artt. 1570-*bis* e 1677-*bis* c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice ..... » 205

NICOLA BRUTTI

Risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale e *public apologies* ..... » 225

CARMELITA CAMARDI

Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme.... » 237

GRAZIA CECCHERINI

Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione..... » 251

MATTEO CEOLIN

Abbandono e rinuncia alla proprietà nel prisma della circolazione degli immobili ..... » 265

GIOVANNI CINÀ

Il "disordine informativo" sulle piattaforme digitali e il ruolo della dignità nei modelli europeo e statunitense ..... » 275

PAOLOEFISIO CORRIAS

Autoresponsabilità e contratto di assicurazione ..... » 293

ALESSANDRO D'ADDA

Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse» ..... » 305

ENRICO DEL PRATO

Sul quarto libro del codice civile ..... » 325

MASSIMO FRANZONI

La responsabilità civile in un codice europeo? ..... » 339

DANIELA M. FREANDA

Dal contatto sociale all'obbligazione contrattuale: la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente della struttura..... » 349

MATILDE GIROLAMI

La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca ..... » 365

GREGORIO GITTI

L'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale nei contratti per l'impresa..... » 387

CARLO GRANELLI

Il tramonto dell'idea di un "codice europeo comune di diritto privato" ..... » 401

MICHELE LOBUONO	
Le fidejussioni <i>omnibus</i> conformi allo schema ABI fra efficienza della tutela e protezione del mercato .....	» 409
ETTORE MARIA LOMBARDI	
Una riflessione privatistica sulla sicurezza cibernetica nel metaverso: tra ciberspazio e iperuranio, dove condurrà il “futuro prossimo venturo”? .....	» 419
EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA	
Trasferimento di beni immobili in pagamento di debito usurario .....	» 437
MARCELLO MAGGIOLO	
Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica .....	» 445
ENRICO MINERVINI	
Le Sezioni Unite e la meritevolezza del contratto: note a prima lettura.....	» 451
PIER GIUSEPPE MONATERI	
Il “ <i>quantum</i> ” del danno morale, e il futuro del danno non patrimoniale a persona....	» 457
STEFANO PAGLIANTINI	
Irrazionalità del consumatore medio, pratiche aggressive e regole di tutela.....	» 467
GIOVANNI PASSAGNOLI	
Il garante-consumatore nel contratto autonomo di garanzia .....	» 479
ROBERTO PUCELLA	
Autodeterminazione, salute, danno: i dialoghi tra Maestro e Allievo .....	» 487
FRANCESCO RICCI	
I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel d.l. n. 68/2022 (dalla l. n. 108/2022 alla l. n. 6/2023) .....	» 503
NICOLA RIZZO	
Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno .....	» 519
VINCENZO ROPPO	
L’ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili.....	» 533
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO	
I nuovi problemi della liquidazione del danno non patrimoniale.....	» 545
ANNA SCOTTI	
Proposta di direttiva “ <i>due diligence</i> ”: le incertezze del legislatore europeo sul rapporto tra gli obiettivi di sostenibilità dell’attività di impresa, il contratto e i codici di condotta.....	» 563
MAURO TESCARO	
Lo stato dell’arte del risarcimento punitivo .....	» 577
EMILIO TOSI	
Dati personali, patrimonializzazione e contratto nei mercati digitali tra GDPR e Codice del consumo .....	» 591
PATRIZIA ZIVIZ	
Il declino della perdita di <i>chances</i> di sopravvivenza .....	» 609
ANDREA ZOPPINI	
Autonomia privata e rischio ambientale (contributo allo studio del principio “chi inquina paga”).....	» 619

## BIODIRITTO

MARCO AZZALINI	
La relazione tortuosa: intesa e conflitto nel rapporto di cura.....	» 633
LUCIA BUSATTA - CARLO CASONATO - SIMONE PENASA - MARTA TOMASI	
Le “maschere” della vulnerabilità nella cura della persona .....	» 651
FRANCESCO DONATO BUSNELLI	
Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore .....	» 665
ELENA CADAMURO	
Aiuto medico a morire: riflessioni in chiave penalistica .....	» 679
DAMIANO CANALE	
L'aiuto medico a morire: oltre lo spettro del pendio scivoloso .....	» 693
STEFANO CANESTRARI	
In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)* .....	» 705
GIOVANNI DI ROSA	
Interventi giudiziali e proposte di regolazione in materia di suicidio assistito .....	» 713
VINCENZO DURANTE	
Quando continuare a vivere diventa intollerabile .....	» 723
ENRICO ANTONIO EMILIOZZI	
La salute e l'autodeterminazione del paziente nella scelta sulla morte volontaria medicalmente assistita .....	» 739
ELENA FALLETTI	
Contrasti tra i sanitari e i genitori nel rapporto di cura dei figli minori: una sommaria ricostruzione comparatistica .....	» 755
MASSIMO FOGLIA	
Elogio della gentilezza (applicata al diritto della relazione di cura).....	» 769
FRANCESCA GIARDINA	
Essere per il diritto. Immagini della condizione umana.....	» 775
ANTONIO GORGONI	
Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia.....	» 791
LAURENCE KLESTA CHABAUD	
<i>Interruption volontaire de grossesse et Constitution: la démarche française</i> .....	» 813
ARTURO MANIACI	
Dalla relazione di cura alla cura della relazione. Il processo come giuoco e le ADR prese sul serio.....	» 823
GAIA MARSICO	
Accogliere una richiesta di “aiuto a morire” può restituire uno spazio di vita? .....	» 839
TIZIANA MONTECCHIARI	
Disposizione <i>post mortem</i> del proprio corpo a fini di studio e di ricerca. Riflessioni a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10.....	» 853
ENRICO MOSCATI	
I figli dell'eterologa: una storia senza fine. Il punto della situazione.....	» 865

LUCIANO ORSI	
Le cure palliative come icona di una medicina gentile.....	» 875
ELISABETTA PALERMO FABRIS	
Aiuto medico a morire e non punibilità per i professionisti sanitari.....	» 879
ERICA PALMERINI	
Nuove scelte tragiche nel biodiritto della pandemia.....	» 893
MARIASSUNTA PICCINNI	
Il mantello del diritto nelle cure palliative. Dal “palliativo” non dirimente al “ <i>pallium</i> ” che cura.....	» 905
DEBORA PROVOLO	
I confini della responsabilità penale del medico nel contesto delle c.d. “scelte tragiche” .....	» 925
MARCO RIZZUTI	
Vita e vitalità: dilemmi antichi e nuovi.....	» 939
DANIELE RODRIGUEZ - ANNA APRILE - PAOLO BENCIOLINI	
La relazione di fiducia nella legge 22 dicembre 2017, n. 219.....	» 947
SANDRO SPINSANTI	
L’etica al letto del malato: una presenza in diverse modalità.....	» 959
INES TESTONI	
Autodeterminazione e dignità. Il punto di vista della psicologia.....	» 971

## VOLUME SECONDO

## DIRITTO DELLE PERSONE

BENEDETTA AGOSTINELLI	
Minori in rete: l’illusione del consenso e l’equivoco della <i>privacy</i> .....	» 983
FRANCESCA BARTOLINI	
Transessualismo, persona e famiglia.....	» 1001
ANDREA BELVEDERE	
Paolo Zatti giurista analitico .....	» 1013
ALBERTO MARIA BENEDETTI	
«Fiduciario» (nelle DAT) e «esecutore» (testamentario): affinità, differenze, integrazioni.....	» 1021
GIOVANNA CAPILLI	
Età del consenso digitale del minore alla luce del GDPR.....	» 1031
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA	
<i>Guarda de becho</i> e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili.....	» 1047
GIUSEPPE CARRARO	
Persona giuridica, società, libertà fondamentali .....	» 1061

MICHELA CAVALLARO	
Terzo settore: molteplicità di statuti della soggettività e ricadute applicative.....	» 1075
PAOLO CENDON	
L'uomo che voleva punire se stesso .....	» 1087
MARTA CENINI	
La c.d. legge “dopo di noi”: l'utilizzo degli strumenti fiduciari e di destinazione per la tutela dei soggetti fragili .....	» 1091
GIOVANNI DE CRISTOFARO	
Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE.....	» 1099
MARIA VITA DE GIORGI	
Memorie di una Garante del contribuente.....	» 1121
MAURIZIO DI MASI	
Diritto sportivo e bilanciamenti dei diritti fondamentali. Alcune questioni attuali	» 1127
CHIARA FAVILLI	
L'anonimato materno e i limiti della tutela procedimentale dei diritti fondamentali.....	» 1143
GIAMPAOLO FREZZA	
“Diritti di stato della persona”, trascrizione della domanda di revocazione <i>ex art.</i> 2652, comma 1, n. 9- <i>bis</i> e inapplicabilità della relativa disciplina .....	» 1159
ARIANNA FUSARO	
Il contratto della persona vulnerabile nella prospettiva dei rimedi .....	» 1169
CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES E SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI	
<i>Derecho a la identidad personal: desarrollo y distinción con los derechos del ser humano</i> .....	» 1193
CLAUDIA IRTI	
La persona anziana: sulla rilevanza giuridica della nozione.....	» 1215
GIOVANNI MARINI	
Intersezionalità: un esercizio di realismo giuridico.....	» 1225
MARISARIA MAUGERI	
Intersezionalità e diritto dei contratti.....	» 1245
ARNALDO MORACE PINELLI	
Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età.....	» 1251
TERESA PASQUINO	
La dignità tra <i>ethos</i> e <i>nomos</i> nel “diritto gentile” di Paolo Zatti .....	» 1261
FABRIZIO PIRAINO	
L'applicazione diretta dei diritti inviolabili .....	» 1277
PIETRO RESCIGNO	
L'atto patrimoniale della persona vulnerabile .....	» 1295
ANNARITA RICCI	
Sistemi reputazionali e libertà del consenso al trattamento dei dati personali.....	» 1297



UMBERTO ROMA	
Accettazione tacita di eredità dell'amministratore di sostegno per il beneficiario incapace? .....	» 1311
LILIANA ROSSI CARLEO	
I diritti fondamentali dei consumatori tra specificità e complementarietà .....	» 1321
ROBERTO SENIGAGLIA	
Spunti critici sulla capacità contrattuale del minore.....	» 1331
MICHELE TAMPONI	
Gli enti religiosi nel codice del terzo settore .....	» 1345
MANUELA TOLA	
Pagamenti digitali e fragilità della persona .....	» 1359
ANGELO VENCHIARUTTI	
La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità.....	» 1371
ALBERTO VENTURELLI	
Autodeterminazione e divieto dei trattamenti di conversione .....	» 1381
FILIPPO VIGLIONE	
Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità .....	» 1401

## DIRITTO DI FAMIGLIA

ENRICO AL MUREDEN	
La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extra-matrimoniale».....	» 1419
GUIDO ALPA	
La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni.....	» 1429
GIUSEPPE AMADIO	
Lo scioglimento della convivenza .....	» 1447
ANTONINA ASTONE	
Il divieto di trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati da maternità surrogata .....	» 1463
FEDERICO AZZARRI	
Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta .....	» 1475
VALERIO BRIZZOLARI	
La famiglia "sovraindebitata" .....	» 1487
LORENZA BULLO	
Diritto di famiglia, riforme e funzione notarile .....	» 1505
ENRICO CAMILLERI	
Il nuovo rito delle relazioni familiari, il prisma dell'effettività e i formanti del diritto di famiglia: verso un ordine possibile .....	» 1529
LISIA CAROTA	
Omogenitorialità e tutela del rapporto con il genitore d'intenzione.....	» 1545

BIANCA CHECCHINI	
Famiglie omoaffettive: dichiarazione di nascita e adozione in casi particolari, un approfondimento .....	» 1563
MADDALENA CINQUE	
Interferenze tra coniugio e convivenza di fatto .....	» 1579
ALESSANDRA CORDIANO	
Note in tema di violenze domestiche e di genere nel nuovo processo di famiglia....	» 1597
FRANCESCA CRISTIANI	
I trasferimenti immobiliari tra coniugi nella negoziazione assistita tra forma e sostanza .....	» 1613
MATTEO DELLACASA	
Una riflessione sulla gestazione per altri: tra accordo e stato .....	» 1627
VALENTINA DI GREGORIO	
La mediazione familiare nel nuovo processo di famiglia.....	» 1647
GILDA FERRANDO	
Lo stato di figlio nel prisma dell’interesse del minore.....	» 1663
PAOLO GALLO	
Assegni di separazione e divorzio e venir meno dell’arricchimento.....	» 1677
ATTILIO GORASSINI	
Gli adulti adulterati e la fame di “famiglia”. Il nuovo cannibalismo dell’antropocene ...	» 1691
GIOVANNI IORIO	
Appunti per una riforma delle adozioni in Italia .....	» 1703
LEONARDO LENTI	
Rileggendo, 40 anni dopo, i rapporti fra i coniugi e la separazione personale di Paolo Zatti.....	» 1717
MANUELA MANTOVANI	
Sullo <i>status</i> dei bambini nati da gestazione per altri all’estero. <i>Nilhil novi?</i> Riflessioni a margine di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.....	» 1727
MARIA ROSARIA MARELLA	
Fra modernizzazione e tradizione: l’ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari.....	» 1753
FRANCESCA NADDEO	
Crisi coniugale ed accordi preventivi.....	» 1773
SALVATORE PATTI	
Norme in tema di «violenza domestica o di genere». Prime osservazioni .....	» 1789
ENRICO QUADRI	
Il principio contributivo tra fisiologia e patologia della vita familiare .....	» 1795
SILVIO RIONDATO	
“Persona comunque convivente” e legalità penale, nell’album di “famiglia” del delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.).....	» 1809
FILIPPO ROMEO	
Fenomeni migratori, tutela del minore e diritto all’unità familiare .....	» 1825

UGO SALANITRO	
Riflessioni sistematiche su una proposta di riforma della disciplina dell'assegno divorzile.....	» 1839
FRANCESCO SANGERMANO	
Famiglia e giuridicità. Da isola lambita dal mare del diritto a “fonte” ispiratrice della norma giuridica.....	» 1849
MICHELE SESTA	
Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari .....	» 1857
ARIANNA THIENE	
Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile .....	» 1867
STEFANO TROIANO	
Il diritto allo stato di figlio e il problema della sua effettività .....	» 1885

FABIO ADDIS

## NORME E PRINCIPI NEL TRATTATO DELLE LEGGI DI JEAN DOMAT

SOMMARIO: 1. I rapporti tra norme e principi nel pensiero del Festeggiato. – 2. Domat e il dibattito sulle fonti nel sistema di diritto comune. – 3. Il fondamento razionale e valoriale del *Trattato*. – 4. I rapporti tra il diritto immutabile e il diritto transeunte. – 5. La verifica dogmatica dei risultati raggiunti con un approccio valoriale.

### 1. *I rapporti tra norme e principi nel pensiero del Festeggiato*

Interrogandosi sul valore precettivo della «dignità» personale nella valutazione delle condizioni di liceità del trattamento medico, il Festeggiato ha avuto modo di constatare che «è purtroppo diffusa la convinzione [...] che la norma giuridica sia efficace solo in quanto sia costruita secondo lo schema della fattispecie e che sia tanto più rilevante ed efficace quanto più la fattispecie prevista è precisamente individuata e tipizzata», così da concludere che, aderendo a questo postulato, le «norme che enunciano principi» non potrebbero che essere intese come «norme tutt'al più "programmatiche", quando non "platoniche"», valutabili come mero «ornamento del sistema», specie quando il linguaggio con cui si esprimono «fa uso di termini valoriali di ampio respiro, diciamo quanto più si avvicina alla zona dei "principi primi" dell'ordinamento giuridico: quasi che, proprio quando si raggiunge la zona dei fondamenti, là si entrasse in un territorio dove i simboli si velano allo sguardo come le vette delle più alte montagne e i significati si perdono nella sottile nebbia dell'infinito»<sup>1</sup>.

Il primato della norma scritta insito in questa ricostruzione mal si concilia con l'affermazione del valore gerarchicamente sovraordinato dei diritti fondamentali che connota il più moderno costituzionalismo, al quale lo stesso Festeggiato ha avuto modo in altra occasione di riconoscere il merito di aver mutato radicalmente il ruolo di intermediazione attribuibile al giurista: al fine di superare «il paradosso per cui il diritto come legalità per i cittadini corrisponde al diritto come arbitrio per il legislatore idealizzato» occorre infatti riconoscere al giurista non più un'attività di intermediazione «tra il testo di un diritto posto da un legislatore e il caso concreto», bensì piuttosto «tra radici, valori, esigenze del mondo vitale in cui i criteri di giusta composizione delle esigenze vanno applicati», sicché l'attività del giurista «sembra differenziarsi dall'opera del leguleio proprio perché si colloca nella zona dell'osmosi tra *ethos* e regole», avente appunto una netta «superiorità gerarchica» in ragione delle scelte compiute nella Costituzione<sup>2</sup>.

Superato il mito «del diritto come volontà del legislatore e della volontà del legislatore come interprete della "volontà generale"», emerge dunque con chiarezza che «la capacità del diritto di posare efficacemente il suo sguardo sulla velocissima evoluzione

<sup>1</sup> Così ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, a cura di FURLAN, Milano, 2009, 103; e in ID., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 29 (da cui la successiva citazione).

<sup>2</sup> Così ZATTI, *Insegnare diritto: quali segni per le "prime lezioni"?*, in *Ars interpr.*, 2004, 379 ss., spec. 389.

delle cose deve affidarsi non solo, e qualche volta non tanto, all'inseguimento legislativo, ma alla capacità del giudice di far uso appunto dei principii, cioè dei simboli ideali e valoriali presenti nelle norme o anche infiltrati nell'ordinamento attraverso il costante e osmotico legame con il linguaggio»<sup>3</sup>.

La recente pubblicazione, a cura di Roberto Calvo, della traduzione del *Trattato delle leggi* di Jean Domat<sup>4</sup>, collegandosi idealmente ad un percorso ricostruttivo della storia delle codificazioni già avviato dalle curatele delle versioni in lingua italiana della *Scienza della legislazione* di Zachariae e del *Discorso preliminare* di Portalis<sup>5</sup>, rivela che l'esigenza appena richiamata era già avvertita nel sistema di *Ancien Régime*, pur trovando soddisfazione a quell'epoca in un confuso richiamo al diritto romano o ad esigenze giusnaturalistiche ispirate al razionalismo cartesiano.

In ciò si rivela una significativa funzione della traduzione di un testo giuridico, che, al di là delle differenti modalità espressive prescelte, crea un ponte comunicativo tra culture che possono essere diacronicamente molto distanti, così da permettere, anche attraverso salti cronologici repentini, l'individuazione di profili che, altrimenti, non risulterebbero facilmente apprezzabili.

La comprensione del testo da tradurre rappresenta infatti il primo passaggio di un'attività ricostruttiva più articolata, la quale richiede anche l'ineliminabile trasposizione di tale comprensione in una cultura linguistica diversa<sup>6</sup>.

A tal fine non può dirsi sufficiente la semplice sostituzione di parole, dovendosi quantomeno aver cura di salvaguardare la struttura logico-argomentativa del testo originario, così da far apprezzare al lettore anche le sfumature linguistiche che lascino intravedere gli obiettivi e gli scopi perseguiti dall'autore.

Una traduzione di testi giuridici si risolve dunque in una vera e propria interpretazione del linguaggio tecnico prescelto nell'opera originaria e nella conseguente instaurazione di un processo ermeneutico circolare, finalizzato all'enucleazione di regole di condotta la cui stessa precomprensione è condizionata dalla scelta linguistica del traduttore<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Così ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, cit., 30.

<sup>4</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, traduzione e introduzione di CALVO, Napoli, 2020.

<sup>5</sup> Cfr. ZACHARIAE, *La scienza della legislazione*, a cura di CALVO, Napoli, 2010; PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto del codice civile*, a cura di CALVO, Napoli, 2013.

<sup>6</sup> Cfr. SACCO, *La traduzione giuridica*, in *Il linguaggio del diritto*, a cura di SCARPELLI e DI LUCIA, Milano, 1994, 475 ss.; ID., *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme e il diritto al servizio di una lingua uniforme)*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 57 ss.; ID., voce *Traduzione giuridica*, in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., Agg.*, I, Torino, 2000, 722 ss.; ID., *Lingua e diritto*, in *Ars interpr.*, 2000, 117 ss.; ID., *Language and Law*, in *Ordinary Language and Legal Language*, a cura di POZZO, Milano, 2005, 1 ss.; JERVOLINO, *La traduzione come paradigma dell'ermeneutica e le sue implicazioni per un'etica dell'ospitalità*, in *Ars interpr.*, 2000, 57 ss.; ID., *Per una filosofia della traduzione*, Brescia, 2008, spec. 52 ss.; CASERTANO, *Testo e contesto nella traduzione giuridica della lingua russa: il linguaggio del diritto russo come specchio della transizione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 829 ss.

<sup>7</sup> Cfr. BENEDETTI, *L'elogio dell'interpretazione traducevole nell'orizzonte del diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 413 ss., spec. 417 s.; in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, I, Napoli, 2012, 21 ss., spec. 25 s.; e, con il titolo *L'interpretazione traducevole e la traduttologia giuridica*, in ID., *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, 189 ss., spec. 193 s., il quale, riprendendo e sviluppando quanto già evidenziato da BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, ed. corretta a cura di G. Crifò, II, Milano, 1990, 660 s., ricorda che «l'interprete non può ritenere esaurito il suo compito con la comprensione del testo da tradurre: deve *volgere* il senso così rinvenuto in una *dimensione diversa*, cioè nella diversa lingua in cui intende tradurre. L'interpretazione traducevole non si può limitare dunque ad una contemplazione estatica o, comunque, ad un'operazione meramente ricognitiva, deve "trasportare" nell'altra lingua, secondo i modi sintattici, i ritmi e la coerenza intrinseca di questa, il *sensu* riconosciuto nel testo da tradurre [...]. Non si tratta di operazione meccanica di semplice sostituzione di parole, secondo certe tecniche coltivate dalla cibernetica, ma di creare una "corrispondenza di senso". Ciò suppone una *analogia* tra la struttura della forma

Svolgere dunque qualche rapida considerazione su alcuni profili connotanti il pensiero di Jean Domat consentirà di sviluppare le intuizioni già espresse dal Festeggiato, verificandone l'incidenza nell'attuale dibattito civilistico, ormai da tempo concentrato proprio sul significato stesso della norma giuridica di matrice positivista, nei suoi rapporti con i principi e i valori da essi espressi.

## 2. *Domat e il dibattito sulle fonti nel sistema di diritto comune*

Una lettura serrata della brillante ed efficace traduzione operata da Roberto Calvo mi ha restituito il senso di una grande distanza – storica, ideologica e culturale – dell'opera di Jean Domat dalla realtà odierna.

Una mera coincidenza collegabile alle aree tematiche su cui ho concentrato le mie ricerche finora non mi aveva portato a leggere il *Trattato*, consentendomi solo di compiere qualche rapida incursione nelle *Leggi civili* e di affidarmi a Pothier quale punto di riferimento della dottrina francese antecedente alla codificazione<sup>8</sup>.

Non mi sembra, però, che la lettura del *Trattato* legittimi radicali ripensamenti in ordine a questo approccio metodologico.

Il clima nel quale ha vissuto e operato Domat è infatti caratterizzato politicamente dalla piena affermazione di un assolutismo monarchico ispirato ad idee condizionate da scelte molto nette, che non lasciano intendere la possibilità di contrapposizioni o distinzioni, anche quando, tutto sommato, esse non portano ad una reale e piena ostilità nei confronti di esperienze ormai passate o comunque diverse.

Ciò induce ad una rimediazione critica in ordine ai rapporti con il diritto romano.

Prevalente, in dottrina, è la tesi secondo la quale Domat avrebbe sensibilmente contribuito all'avvio del processo di superamento del particolarismo giuridico fondato sul diritto romano a favore di una razionalizzazione sistematica dell'ordinamento di matrice cartesiana, nella quale è possibile intravedere una prima manifestazione ideologica del processo storico di codificazione e dello stesso positivismo giuridico<sup>9</sup>.

---

originaria e quella della forma succedanea. È proprio questa analogia che renderebbe plausibile l'ambizione di adeguare una forma all'altra. Il traduttore dovrà penetrare il mistero di quel che i tedeschi chiamano *das Wunder der Sprache* (W. Porzig), il miracolo della parola [...]. Per la traduzione di un testo giuridico è necessario [...] l'intervento di un *giurista*. Che sappia intendere esattamente il senso tecnico del testo da tradurre e conosca il linguaggio tecnico in cui volge il discorso, e ne conosca altresì la profondità concettuale, nella specifica cornice di civiltà. Insomma, si tratta di fondere esperienze *linguistiche* e *giuridiche*, che, irrevocabilmente condannate alla *complementarietà*, si integrino in un processo circolare.

<sup>8</sup> Sia consentito il rinvio, per una valutazione delle origini storiche dell'eccezione dilatoria regolata dall'art. 1461 c.c., a ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, spec. 35 ss.

<sup>9</sup> Cfr. JOUVET-DESMARAND, *Essai historique et critique sur Domat*, Riom, 1837, 69 s.; CAUCHY, *Études sur Domat*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1851, 323 ss.; LOUBERS, *Jean Domat, philosophe et magistrat*, Paris, 1873, 74 ss. [opera recensita da DESMAZE, in *Nouv. rev. hist. dr. fr.*, (3) 1879, 526 ss.]; PERGOLESI, *Una filosofia giansenista del diritto? (Nel III centenario della nascita di Giovanni Domat)*, in *Scuola catt.*, (54) 1926, 422 ss.; NODA, *Jean Domat et le code civil français*, in *Comp. L. Rev.*, (3) 1956, 17 ss.; MATTEUCCI, *Jean Domat un magistrato giansenista*, Bologna, 1959, 20 ss.; VILLEY, *Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne au XVII siècle*, in *Arch. phil. dr.*, (VI) 1961, 73 ss.; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Natur unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2<sup>a</sup> ed., Göttingen, 1967, 375 ss.; e, in lingua italiana e con il titolo *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, trad. it. di U. Santarelli, I, Milano, 1980, 493 ss.; VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, 1967, 32 ss.; ARNAUD, *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969, 142 ss.; e, in traduzione italiana e con il titolo *Le origini dottrinali del codice civile francese*, Napoli, 2005, 100 ss.; GUIZZI, *Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario*, in *TR*, (37) 1969, 1 ss., spec. 24 ss.; CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Italia*, I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982,

La valutazione dell'incidenza della riflessione di Domat sullo studio e sulla comprensione del diritto romano suscita tuttavia un diffuso scetticismo, fondato sulla constatazione del carattere prevalentemente filosofico degli scritti di questo autore e sulla conseguente scarsa attenzione ai profili tecnico-giuridici, che rimangono affidati ad una trasposizione esegetica delle fonti romanistiche in buona misura inconsapevole della stessa complessità del sistema a lui contemporaneo, con esiti qualitativi comunque inferiori rispetto ai più autorevoli esponenti della Scuola culta<sup>10</sup>.

Particolarmente criticato è il fatto che Domat abbia assunto una posizione deflata nel dibattito dottrinale relativo all'individuazione del diritto «comune» nel sistema giuridico francese dell'epoca<sup>11</sup>. Svalutando l'apporto innovativo delle consuetudini e della stessa legislazione nazionale ed evitando di istituire un ordine sistematico tra le fonti, egli avrebbe predicato una generica superiorità del diritto romano per ragioni quasi esclusivamente ideologiche, in quanto correlate alla ricerca di un fondamento razionale del tutto privo di legami con la stessa esperienza storica delle regole maturate nell'Antica Roma<sup>12</sup>.

Si tratta, tuttavia, di considerazioni che, per quanto condivisibili, non riescono ancora in modo puntuale a preciso a restituire il senso più profondo del rapporto con il diritto romano perché ignorano la presenza, nell'opera domatiana, di manifestazioni di netta opposizione, puntualmente evidenziate dalle pagine di apertura del *Trattato*, dalle quali traspare l'orrore e il senso di sgomento dell'autore per la cecità, l'oscurità, le tenebre, nelle quali si sarebbero mossi i giuristi romani<sup>13</sup>.

196 s.; TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, II, *Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, Milano, 1987, 5 ss.; GHESTIN, *Jean Domat et le Code civil français*, in *La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio. Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano, 1994, 538 ss.; SARZOTTI, *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica*, Torino, 1995, spec. 180 ss. e 274 ss.; MARINELLI, *La cultura del code civil. Un profilo storico*, Padova, 2004, 11 ss.; GILLES, *Les lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification. Du Code Napoléon au Code civil du Bas Canada*, in *Rev. jur. Thémis*, (43) 2009, 1 ss.; ID., *La doctrine comme source des codifications: Jean Domat*, in *SUBB Jur.*, (4) 2009, 61 ss.; AEDO BARRENA, *El derecho romano en el pensamiento jurídico y en el método de Jean Domat, con especial referencia a la responsabilidad civil y la "faute"*, in *Libro des amigos dedicado al profesor Carlos Salinas*, a cura di GUZMÁN BRITO, Santiago de Chile, 2018, 5 ss.; CALVO, *Metodo e scienza nell'architettura domatiana del diritto civile*, in DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., 2 s.; G. PERLINGIERI, *Attualità del pensiero di Jean Domat*, in *Jean Domat. Le ragioni di una riscoperta*, Atti del Convegno internazionale tenutosi nell'Aula magna dell'Università della Valle d'Aosta il 6 settembre 2021 in occasione della presentazione del *Trattato delle leggi* di Domat, a cura di CALVO, Napoli, 2022, 131 s. (da cui le successive citazioni); e in *Ann. SISDIC*, (8) 2022, 85 s.

<sup>10</sup> Cfr. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, 1892, 729 s.; SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti*, Città di Castello, 1904, 716 s.; THÉVENET, *Un théoricien du droit naturel*, in *Rev. gén. dr. lég. jur.*, (XLIX) 1925, 51 s.; ASTUTI, *La giurisprudenza culta e l'interpretazione del Corpus iuris*, in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, I, Napoli, 1984, 423 ss.; SARZOTTI, *Jean Domat*, cit., 274 ss.

<sup>11</sup> Cfr. BRISSAUD, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, I, Paris, 1904, 155 ss.; PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, 1962, spec. 52 ss.; GUIZZI, *Il diritto comune in Francia nel XVII secolo*, cit., 1 ss.; LUIG, *Der Geltungsgrund der römischen Rechts im 18. Jahrhundert in Italien, Frankreich und Deutschland*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, Firenze, 1977, 834 ss.; GUZMÁN, *Ratio scripta*, Frankfurt am Main, 1981, 15 ss.

<sup>12</sup> Cfr. SARZOTTI, *Jean Domat*, cit., p. 276: «nel motivare la centralità, nello studio del diritto, della eredità romanistica, Domat non fa che ribadire la sua concezione della scienza giuridica come scienza osservativo-dimostrativa. In quanto il diritto romano viene usato come un insieme normativo sul quale tale metodo si è esercitato nel corso dei secoli. Il diritto romano svolge in tal modo, da un lato, una funzione di prova storica del ruolo che Dio ha assegnato alla scienza giuridica e, dall'altro, di laboratorio scientifico entro il quale un gran numero di valenti giuristi ha potuto esercitare i principi metodologici della ragione dimostrativa e dell'osservazione dei fatti».

<sup>13</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., 25 s. e 127 s.

Le tinte rimangono molto forti e non mi pare che un' apprezzabile attenuazione della critica sia collegata alla citazione di Cicerone, che serve a riconoscere che i Romani hanno comunque fatto qualcosa di buono.

La loro inumanità e la contrarietà ai principi basilari espressa dalle loro leggi fondamentali rimangono chiaramente affermate, anche se la prosecuzione della lettura autorizza a credere che quell' *incipit* così violento sia più che altro un *escamotage* dialettico, volto a giustificare l'innovatività ed utilità della ricostruzione proposta dall' autore, che, del resto, non esita in altre opere a predicare una superiorità razionale del diritto romano<sup>14</sup>.

Per provare ad offrire un' interpretazione sistematica e coerente del pensiero di Domat, si deve dunque anzitutto supporre che la critica non riguardi la sostanza del diritto romano: fatte salve le iniziali obiezioni al diritto genitoriale sulla vita dei figli e al diritto padronale sulla vita degli schiavi, non emergono neppure dal *Trattato* vere contestazioni al merito delle soluzioni tecniche effettivamente "importate" dal diritto romano<sup>15</sup>.

Il dissenso, piuttosto, si concentra su quello che oggi potremmo definire il fondamento assiologico di un' esperienza assunta in termini unitari ed uniformi, sia pure per ragioni radicalmente diverse da quelle dei suoi contemporanei, rispetto ai quali l' avversione di Domat è stata da tempo dimostrata<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. VOELTZEL, *Jean Domat (1625-1696). Essai de reconstitution de sa philosophie juridique précédé de la biographie du jurisconsulte*, Paris, 1936, 44 s.; e, nella recensione a quest' ultimo scritto, LAPRAT, in *Rev. historique*, (63) 1938, 100 s.; MAGDELAIN, *Domat y el derecho romano*, in PUCP, (21) 1962, 165 ss.; SARZOTTI, *Jean Domat*, cit., 274 s.; GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, 2000, 94 ss.; SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. Dalla crisi dello "ius commune" alle codificazioni moderne*, Torino, 2003, 18 s.; nonché, con più ampio riferimento alle prime manifestazioni di una concezione naturalistica del diritto presenti nel pensiero ulpiano, ONIDA, *Prospettive romanistiche del diritto naturale*, Napoli, 2012, 83 ss.; CARDILLI, *Il problema della libertà naturale in diritto romano*, in *Liber amicorum per Sebastiano Tafaro. L'uomo, la persona e il diritto*, a cura di URICCHIO e CASOLA, I, Bari, 2019, 129 ss. Ma sul tema tornano più ampiamente anche ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo. La tradizione civilistica oggi (il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 703 ss.; CALVO, *Lequità nel diritto civile (studio sull' attualità della sentenza celsina 'ius est ars boni et aequi')*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Camerino*, 2012, 321 ss.; ID., *Scienza e valori della legislazione civile. Diritti della persona, positivismo giuridico e antebraismo*, Napoli, 2021, 1 ss., spec. 13 ss., il quale, con specifico riferimento alla posizione di Cicerone, parla di «razionalismo naturalista» per evidenziare il fondamento esclusivamente persuasivo della legge universale, collegabile appunto alla retta ragione dell' uomo.

<sup>15</sup> Cfr. però anche BRUTTI, *Storie di dogmi, storie di giuristi: una transizione incompiuta*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, a cura di SCHIAVONE, Torino, 2017, 13 ss., spec. 14 s.; ID., *Il contratto nei giuristi romani e nelle costruzioni da Domat a Pothier*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di BONIN et al., Torino, 2019, 105 ss., spec. 116 ss.; ID., *La teologia giuridica di Jean Domat*, in *Specula iuris*, (1) 2021, 157 ss., il quale pone l' accento sul diverso ordine sistematico delle fonti prescelto da Domat per sottolineare che egli ha comunque compiuto una selezione del materiale giustiniano rispondente ad un preciso intento sistematico, direttamente riconducibile all' idea di un diritto naturale di matrice razionale.

<sup>16</sup> Cfr. GORLA, *Atteggiamenti di Domat verso la giurisprudenza e la dottrina*, in *Quad. Foro it.*, 1968, cc. 615 ss., spec. 627 s.; e in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, V, Padova, 1970, 333 ss., spec. 354 s., il quale, ad esito di una puntuale disamina degli scritti di Domat, ipotizza che «il silenzio sull' opera dei Parlamenti (e tanto più se intenzionale) non dovesse dispiacere al Re Sole, cui Domat dedica le *Loix civiles*, e che coi Parlamenti, decentratori, era spesso in lotta». L' analisi restituisce l' immagine di «un Domat restauratore dell' autorità della legge scritta e delle *coutumes* (ma anche queste in realtà codificate), contro gli assalti o le erosioni dei Parlamenti o i loro modi di interpretarle», nella consapevolezza che «se Domat mostra una certa *neglectio* verso la *jurisprudence des arrêts*, gli *arrêtistes* e gli autori in genere, egli è spesso negletto o scarsamente citato in questi luoghi fino al *code civil* (e anche dopo, per qualche tempo). Perfino nel *Traité des obligations* di Pothier, Domat è citato soltanto quattro volte; e mai è citato nel trattato sulla *Coutume d'Orléans*, che è in realtà, di riflesso, un trattato delle varie materie di diritto francese, sulle quali molto aveva scritto Domat. E ciò mentre nelle *plaidoiries* e nelle requisitorie del Foro, presso gli *arrêtistes*, nei trattati e nelle opere giuridiche in genere, una schiera di autori di diritto francese e romano vengono



La contestualizzazione del rapporto con il diritto romano deve dunque essere condotta muovendo dalla piena consapevolezza della posizione di sostanziale isolamento culturale di Domat<sup>17</sup>.

La sua opera di risistemazione si discosta da quella dei suoi contemporanei perché non è compiuta attraverso l'impiego di tutti gli strumenti utilizzati all'epoca per affrontare un problema giuridico e, segnatamente, muovendo dalla piena valorizzazione del ruolo creativo dell'interprete nel processo di formazione della regola giuridica<sup>18</sup>.

Domat, al contrario, muove da una precisa intenzione restauratrice che, in piena conformità con la logica assolutistica della monarchia dell'epoca, intende affidare alla ragione di un legislatore illuminato – e unico – il compito di risistemare l'apparato normativo esistente e, poiché l'esperienza del diritto romano rivela un'apparente unitarietà corroborata dall'opera giustiniana, ad essa s'intende in prima battuta guardare per delineare un nuovo ordine giuridico avente, tuttavia, un fondamento valoriale radicalmente difforme<sup>19</sup>.

Proprio per questo, rimane fermamente ribadito che i Romani brancolavano nell'oscurità, erano accecati, privi di vista o – meglio ancora – resi ciechi dalla mancanza di Luce, alla quale invece Domat può richiamarsi, ponendola a fondamento della sua opera attraverso la religione, che fissa le prime due leggi: la legge primigenia – da cui tutto deriva – dell'amore e della conoscenza del bene supremo e la legge dipendente – interna ad essa e da essa svolgibile – della ricerca della socializzazione di questo bene<sup>20</sup>.

Trattandosi di un bene nello stesso tempo comune a tutti ed unico, il suo raggiungimento è possibile solo attraverso la costituzione di una *societas*, la quale deve essere organizzata in funzione di questo obiettivo, che è dunque inteso da Domat come lo scopo ultimo, che tutto orienta e tutto consente di comprendere.

Sotto il profilo politico, l'operazione compiuta da Domat nei confronti del diritto romano e della religione cattolica appare chiarissima.

Domat muove anzitutto dall'individuazione del fondamento valoriale, che costituisce il punto di partenza della sua opera. I valori sono resi intrinseci alla sua esposizione, perché egli non ha alcun dubbio in ordine alla loro selezione o all'individuazione della sede nella quale collocarli. I valori sono ben selezionati, coincidono con quelli della

---

spessissimo citati come *autorités*. Certo Domat godeva fama nel secolo XVIII e l'edizione parigina del 1777 fu annotata da avvocati del Parlamento. Ma probabilmente le ragioni di tale fama erano diverse da quella che ci siamo immaginati; non so se diverse da quelle della stima dei compilatori del *Code civil* per il nostro autore».

<sup>17</sup> Ne offre ulteriore conferma l'approfondita analisi di AEDO BARRENA, *Siguió el código civil francés el pensamiento de Domat en materia de culpa (faute) extracontractual?*, in *Rev. chil. der.*, (44) 2017, 629 ss., spec. 638 ss.; ID., *El derecho romano en el pensamiento jurídico y en el método de Jean Domat, con especial referencia a la responsabilidad civil y la "faute"*, cit., 28 ss., volta a dimostrare che l'affermazione nel *code civil* del criterio di imputazione della responsabilità aquiliana fondato sulla colpa è stata ricondotta al pensiero di Domat solo in virtù di un equivoco degli studiosi della Scuola dell'esegesi, ma non è in realtà ad esso conforme, rispettando invece le soluzioni dottrinali e giurisprudenziali maturate nei secoli XVII e XVIII, rispetto alle quali la posizione di Domat appariva del tutto marginale.

<sup>18</sup> Cfr. GILLES, *La pensée juridique de Jean Domat (1625-1696). Du grand siècle au code civil*, Th. Aix-Marseille, 2004, 39 ss.; HALPÉRIN, *L'insegnamento del diritto romano nella Francia del XVIII secolo: un declino?*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani*, cit., 165 s., i quali non esitano ad escludere Domat dal numero degli autori francesi più frequentemente citati nel XVIII secolo per le loro ricerche sul diritto romano.

<sup>19</sup> Nel pensiero di Domat è dunque possibile vedere un'ulteriore conferma di quella propensione universalistica del diritto romano puntualmente segnalata da SACCOCCIO, *Il "sistema" del diritto romano come patrimonio comune dell'umanità*, in *Liber amicorum per Sebastiano Tafaro*, I, cit., 551 ss.

<sup>20</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., 27 ss. e 129 ss.

dottrina della Chiesa cattolica, si articolano nel modo in cui sono costruite le due leggi prime, da cui tutto deriva, e costituiscono l'unico fondamento assiologico dell'intera costruzione sistematica del *Trattato*<sup>21</sup>.

### 3. *Il fondamento razionale e valoriale del Trattato*

La lettura del *Trattato* rafforza il convincimento che Domat fosse certamente un giurista, ma, prima ancora, un teologo e solo in via del tutto incidentale uno scienziato. Certo, egli praticava lo studio della matematica, ma non mi sembra che questo elemento possa legittimare l'attribuzione di connotati di scientificità alle sue considerazioni. La matematica è qui ancora intesa in termini esclusivamente metafisici e, a tal stregua, è molto pericolosa, perché non si accompagna all'elaborazione di un metodo propriamente scientifico, basato su prove di laboratorio che attestino i risultati ipotizzati<sup>22</sup>.

Ciò dà conto delle irrisolte contraddizioni riscontrabili nella stessa ricostruzione sistematica e valoriale espressa nel *Trattato*.

Domat mette l'amore al principio di tutto, guarda con orrore al diritto di vita e di morte del *pater familias* su figli e schiavi, ma non avverte neanche il minimo dubbio in ordine alla doverosità del rogo per eretici e streghe né manifesta alcun disagio nei confronti di un'epoca in cui – sono stati più recentemente gli stessi sommi Pontefici a scusarsene – la fede cristiana impediva a persone come Galileo Galilei di esprimere liberamente il proprio pensiero.

Domat non avverte la problematicità delle sue asserzioni, non mostra di dubitare della loro assolutezza.

Ciò vale a depotenziare la comune considerazione critica volta a lamentare la pressoché assoluta assenza di senso storico e di contestualizzazione che connota il modo

<sup>21</sup> Su questa conclusione concordano, nonostante le diverse opinioni espresse in ordine alla riconducibilità del pensiero di Domat ad una visione «giansenistica» del diritto, CAUCHY, *Études sur Domat*, cit., 345 ss.; FEITU, *Domat et sa conception philosophique du droit*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1869, 48 ss.; VOELTZEL, *Jean Domat (1625-1696)*, cit., 53 s. e 93 ss.; BAUDELLOT, *Un grand jurisconsulte du XVII<sup>e</sup> siècle: Jean Domat*, Th. Paris, 1938, 63 ss.; NOURISSON, *Un ami de Pascal: Jean Domat*, Paris, 1939, 50; MATTEUCCI, *op. cit.*, 10 ss.; MASPÉTIOL, *Jean Domat: une doctrine de la loi et du droit public*, in *Estudios jurídico-sociales. Homenaje al prof. L. Legas y Lacambra*, II, Santiago de Compostela, 1960, 707 ss.; MAGDELAIN, *op. cit.*, 166 ss.; TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, II, cit., 12 ss.; SARZOTTI, *Jean Domat*, cit., 68 ss.; AEDO BARRENA, *El derecho romano en el pensamiento jurídico y en el método de Jean Domat, con especial referencia a la responsabilidad civil y la "faute"*, cit., 8 ss.

<sup>22</sup> Cfr. MATTEUCCI, *op. cit.*, 49, testo e nota 72; TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, II, cit., 15 s.; DUBOUCHET, *Sémiotique juridique. Introduction à une science du droit*, Paris, 1990, 106; CALVO, *Scienza e valori della legislazione civile*, cit., p. 39 s.; AEDO BARRENA, *El derecho romano en el pensamiento jurídico y en el método de Jean Domat, con especial referencia a la responsabilidad civil y la "faute"*, cit., 19 ss.; LOUVIN, *Jean Domat, de «l'ordre des choses» et de la destinée du droit coutumier*, in *Jean Domat. Le ragioni di una riscoperta*, cit., 32 s. Più articolata la posizione di SARZOTTI, *Domat criminalista*, Padova, 2001, 7 s., il quale pone l'accento sull'«originale metodo osservativo-dimostrativo che il giureconsulto di Clermont ha tratto più che dalla lezione del razionalismo *matematizzante* di Descartes o di Leibniz, da quella pascaliana», così da riconoscere a Domat il merito dell'introduzione, in ambito giuridico, «del metodo analitico-sintetico nell'osservazione dei fenomeni e nello studio del modo in cui l'intelletto umano conosce i fatti che accadono nella società umana, ovvero nel suo versante osservativo. Tale metodo, pur giungendo a conclusioni non dissimili da quelle del pensiero politico cristiano del diritto naturale rispetto alla *naturale* tendenza dell'uomo alla socialità e alla necessità dell'autorità temporale dei sovrani, percorre le strade dell'autonoma osservazione scientifica del mondo, proprie del paradossale razionalismo pascaliano». Similmente, BRUTTI, *La teologia giuridica di Jean Domat*, cit., 167 ss.

con cui Domat dà conto delle regole alle quali egli attribuisce un valore, per così dire, connotativo del diritto romano<sup>23</sup>.

Trattasi, infatti, di un'obiezione che potrebbe valere anche per Pothier<sup>24</sup> e che la dottrina ha ampiamente sviluppato nei confronti della Pandettistica tedesca<sup>25</sup>.

La cultura giuridica dell'epoca ignorava la stratificazione e l'evoluzione interna al diritto romano e non sorprende quindi constatare che il problema sia sbrigativamente liquidato da Domat con un richiamo – invero particolarmente fortunato, tanto da essere ripetuto, sia pure con alcuni adattamenti, anche da Portalis<sup>26</sup> – all'esigenza di guardare alle leggi precedenti perché esse, anche se non ci sono più, possono pur sempre continuare ad offrire spunti per una riflessione che consentirà di interpretare meglio le leggi vigenti<sup>27</sup>.

In Domat, però, vi è anche qualcosa di più e di diverso.

Il *Trattato*, quantomeno, rivela chiaramente un'operazione politica, che si articola in due passaggi argomentativi essenziali: la generalizzata contestazione del diritto romano, del quale si lamenta l'oscurità e l'ambiguità, e l'attribuzione di un fondamento veritativo, valoriale, chiaro, certo e definito, d'ispirazione cattolica, che non ammette neppure l'astratta possibilità di un dissenso interno<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> Parla di vero e proprio «fraitendimento» e di «capovolgimento prospettico» per sintetizzare la storia della percezione moderna e medievale del diritto romano SCHIAVONE, Ius. *L'invenzione del diritto in Occidente*, 2ª ed., Torino, 2017, 20 ss.; ID., *I giuristi romani nel laboratorio del diritto moderno*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani*, cit., 1 ss.

<sup>24</sup> Ma cfr. VENTURELLI, *L'indicazione falsa o erronea nell'esecuzione della volontà testamentaria*, Torino, 2020, 127 ss., per una più ampia valutazione del modo con cui Pothier ha ricostruito il principio *falsa demonstratio non nocet* in termini conformi al diritto romano classico e senza addivenire ai discostamenti da quest'ultimo ascrivibili all'elaborazione pandettistica.

<sup>25</sup> Cfr. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Arch. giur.*, (99) 1928, 129 ss., e (100) 1928, 26 ss.; in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a cura di CRIFÒ, Milano, 1991, 59 ss.; e in *Le prolusioni dei civilisti*, II, (1900-1935), Napoli, 2012, 1967 ss.; FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum Hunderjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, a cura di VON CAEMMERER et al., 1960, 192 s.; ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª ed., Torino, 1963, 650 ss.; ID., *Diritto: incontri e scontri*, Bologna, 1981, 217 ss.; BIONDI, *Funzione della giurisprudenza romana nella scienza giuridica e nella vita moderna*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 1 ss.; BIGIAMI, *Diritto romano e legislatore italiano*, ivi, 14 ss.; SCHIAVONE, voce «Negozio giuridico (diritto romano)», in *Enc. del dir.*, XXVII, Milano, 1977, 906 s.; ID., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana: il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Bologna, 1987, 51 ss.; MAZZACANE, voce «Pandettistica», in *Enc. del dir.*, XXXI, Milano, 1981, 592 ss.; PUGLIESE, *I Pandettisti tra tradizione romanista e moderna scienza del diritto*, in ID., *Scritti giuridici scelti*, II, *Diritto romano*, Napoli, 1985, 446 ss.; ORRÙ, voce «Pandettistica», in *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, 250 ss.; DE MARINI AVONZO e LANZA, *Critica testuale e studio storico del diritto*, 3ª ed., Torino, 2001, 190 ss.; BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Convegno di studio in onore del prof. Angelo Falzea, Messina, 4-7 giugno 2002, a cura di SCALISI, Milano, 2004, 1235 s.; e in ID., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, 16; CARDILLI, *Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer*, in *Wie pandektistisch war die Pandektistik? Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, a cura di HAFERKAMP e REPGEN, Tübingen, 2017, 83 ss.; SCHIPANI, *Le vie dei codici civili. La codificazione del diritto romano comune e l'interpretazione sistematica in senso pieno per la crescita della certezza del diritto*, Napoli, 2023, spec. 94 ss.

<sup>26</sup> Cfr. PORTALIS, *op. cit.*, 47: «è utile conservare tutto ciò che non è necessario distruggere: le leggi devono aver riguardo delle tradizioni, quando esse non sono dei vizi». Per una più ampia valutazione del valore sistematico di questo passaggio argomentativo nell'enucleazione dei requisiti di una buona legislazione, cfr. G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, 23 ss.; CALVO, *Scienza e valori della legislazione civile*, cit., 58 ss.

<sup>27</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., 104 s. e 206 s.

<sup>28</sup> Cfr. DONATI, *Domat e Vico ossia del sistema del diritto universale*, in ID., *Nuovi studi sulla filosofia civile di G.B. Vico*, Firenze, 1936, 288 ss.; MATTEUCCI, *op. cit.*, 15 ss.; MAGDELAIN, *op. cit.*, 165 ss.; VENTIMIGLIA, *Società, politica, diritto. Il cristiano e il mondo in Pascal e Domat*, Parma, 1983, 56 ss.; TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, II, cit., 17 s.; SARZOTTI, *Jean Domat*, cit., 139 ss.; RUSSO, *Jean Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Vita not.*, 2002, 1248 s., nota 3, e 1256 s., testo e nota

Trattasi di una politica che mi sembra univocamente rivolta alla costruzione di un sistema regolativo funzionante nel modo più congeniale alla fase storica e al mantenimento del suo stato.

Non si avverte mai in Domat una vera pulsione verso un cambiamento. Egli non propone una reale innovazione legislativa, ma mostra di accettare e condividere il sistema vigente, purché il fondamento veritativo valoriale sia quello e non venga messo in discussione<sup>29</sup>.

In questa prospettiva, vanno lette le pagine dedicate alla distinzione tra i due mondi – spirituale e terreno – nonché all'affermazione dell'assoluta sovranità dei poteri temporale e spirituale, la cui distinta entità, legittimando dogmi e regole diversi, non impedisce di affermare la necessità di un rigoroso rispetto da parte dei sudditi, con tutto il florilegio delle pene che deriveranno per chi a ciò trasgredisce<sup>30</sup>.

Domat esprime insomma la conservazione, allo stato puro, del regime post-feudale assolutistico della Francia di Luigi XIV, che con tutta probabilità immaginava di aver raggiunto l'apice della potenza tra le nazioni a livello mondiale e non avvertiva alcuna particolare esigenza di rinnovamento e cambiamento sociale al suo interno. Si trattava, naturalmente, di una prospettiva storica cieca, anche tenendo conto di quanto sarebbe accaduto da lì a poco meno di un secolo, ma essa consente di supporre che, se Domat fosse vissuto fino ai tempi della Rivoluzione, tra le teste tagliate ci sarebbe stata anche la sua.

Per tutto quanto attiene al processo di codificazione civile e allo stesso giuspositivismo, emerge la figura di un giurista-teologo conservatore del regime post-feudale assolutistico, che cerca senz'altro di razionalizzare l'ordinamento giuridico, ma lo fa al solo scopo di conservare quel sistema e senza alcuna pretesa né di cambiamento né, tantomeno, di rivoluzione, ancorché di natura solo metodologica e in ragione del fondamento cartesiano di alcune sue considerazioni<sup>31</sup>.

14; GAMBARO e SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 3<sup>a</sup> ed., in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 2008, 203 s.; CALVO, *Metodo e scienza nell'architettura domatiana del diritto civile*, cit., 8 ss.; ID., *Scienza e valori della legislazione civile*, cit., 39 ss.; ID., *Natura e legge arbitraria: dai valori universali al positivismo degenerato*, in *Jean Domat. Le ragioni di una riscoperta*, cit., 155 s.; BRUTTI, *La teologia giuridica di Jean Domat*, cit., 160 ss.; LOUVIN, *Jean Domat, de «l'ordre des choses» et de la destinée du droit coutumier*, cit., 34 s.

<sup>29</sup> Lo rileva con chiarezza GUIZZI, *Il diritto comune in Francia nel XVII secolo*, cit., 14, testo e nota 31, secondo il quale Domat esprime nella sua opera «il bisogno di dare un fondamento giuridico alla struttura della società [...] forse anche perché si avvertiva la “crisi” e si intendeva evitarla o arginarla ancorando la società ad elementi sicuri». Domat, in particolare, «ha compiuto su diversi piani un simile tentativo. Sul piano filosofico teologico ancorando la società a Dio e ai due principi fondamentali (amore verso Dio e verso il prossimo); sul piano giuridico, ponendo come base positiva del sistema il diritto romano». V. anche SARZOTTI, *Jean Domat*, cit., 131 ss. e 191 ss.; AEDO BARRERA, *El derecho romano en el pensamiento jurídico y en el método de Jean Domat, con especial referencia a la responsabilidad civil y la “faute”*, cit., 25 ss.; BRUTTI, *La teologia giuridica di Jean Domat*, cit., 165 ss.

<sup>30</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., 66 ss. e 169 ss.

<sup>31</sup> E in questa prospettiva non si può non condividere l'accusa rivolta a Domat da TARELLO, *Da Domat a Pothier. Dal razionalismo giuridico all'unificazione descrittiva dei regimi giuridici distinti*, in ID., *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 163, secondo il quale il tentativo di razionalizzazione avviato dal giurista francese si sarebbe risolto in una «colossale mistificazione» volta ad inserire tutte le contraddizioni e le antinomie del particolarismo giuridico francese in un ordine sistematico artificiale, capace di rendere apparentemente conformi regole in realtà tra loro divergenti, senza apportare alcuna modifica al sistema vigente. Cfr. anche ID., *Sistemazione e ideologia nelle Lois civiles di Jean Domat*, in ID., *Materiali per una storia della cultura giuridica*, II, Bologna, 1972, 130 ss. Secondo MARINELLI, *op. cit.*, 22, invece, a Domat bisognerebbe attribuire il merito «di aver fornito per primo completezza ed originalità al pensiero privatistico moderno», nonostante abbia avuto «pochissima autorità nelle Corti di giustizia e negli scritti giuridici pratici, ad esempio nelle comparse degli avvocati o

La consapevolezza dell'incertezza e della confusione esistenti nel modo di creare diritto nel suo tempo non può dunque essere considerata sufficiente per attribuire a Domat un ruolo propulsivo nell'avvio del processo di codificazione o nella stessa enucleazione di un fondamento razionale in funzione di una costruzione positivista del sistema giuridico vigente.

L'idea stessa di codice gli era con tutta probabilità ignota e, anche qualora si dovesse genericamente inserirlo nel novero dei propugnatori di un processo di consolidazione diretto a semplificare le fonti del diritto, a segnare un insuperabile elemento di contrasto con il pensiero illuministico e con gli stessi fautori della vera e propria codificazione rimane l'idea di un fondamento assiologico di esclusiva matrice religiosa, che la ragione di ispirazione cartesiana mira solo a rafforzare<sup>32</sup>.

Di ciò offre indiretta conferma la sua stessa esperienza di vita, connotata da un'integerrima integrità morale<sup>33</sup>. In una sua biografia risalente al 1845, ad esempio, si narra – facendo riferimento a documenti inediti – che egli era pio e totalmente dedito al lavoro. Quando gli veniva dato un incarico, era solito addirittura rifiutare compensi eccedenti quelli che normalmente doveva percepire, nonostante gli amici gli dicessero di pensare ai suoi figli e di guadagnare più denari. Ha atteso con grande passione e tanta fatica alla realizzazione delle sue opere, che nella fase finale della sua vita sono risultate il baricentro dei suoi interessi<sup>34</sup>.

#### 4. *I rapporti tra il diritto immutabile e il diritto transeunte*

Quanto appena osservato non impedisce di aggiungere che, nella descrizione delle regole di condotta ricavabili dalle due leggi prime, vi è una sorta di benevolenza derivante dall'aver messo l'amore in una posizione particolarmente centrale nella costruzione dell'assetto sociale<sup>35</sup>. Domat pensa, invero, anzitutto all'amore per il bene supremo, cioè Dio, ma, poiché da esso fa seguire l'amore terreno, per sé e per le cose materiali, non-

---

nelle decisioni dei giudici, che lo citano raramente e di malavoglia», essenzialmente in ragione delle caratteristiche «naturali» e non «positive» dell'ordine giuridico da lui creato.

<sup>32</sup> Cfr. GOYARD-FABRE, *Montesquieu entre Domat et Portalis*, in *McGill Law Journ.*, (35) 1990, 715 ss.; RENOUX-ZAGMÉ, *Domat: du jugement de Dieu à l'esprit des lois*, in *Le Débat*, (74) 1993, 54 ss.; EAD., *La figure du juge chez Domat*, in *Droits*, (39) 2004, 35 ss.; SARZOTTI, *Jean Domat. Fondamento e metodo della scienza giuridica*, cit., 6 ss.; GILLES, *Les lois civiles de Jean Domat, prémices à la Codification*, cit., 8 s.; IGLESIAS GARZÓN, *Reformation of Law Administration in Jean Domat's Masterworks*, in *JEHL*, (2) 2011, 59 ss.; AEDO BARRENA, *Siguió el código civil francés el pensamiento de Domat en materia de culpa (faute) extracontractual?*, cit., 639 s.; BRANCOURT, *De l'ordre de la nature à l'ordre des lois: l'évolution de la pensée juridique de Domat à Montesquieu*, in *La légitimité*, (73) 2021, 81 ss.

<sup>33</sup> Insiste sul punto MATTEUCCI, *op. cit.*, 83, secondo cui Domat «è solo un magistrato giansenista dell'Auvergne che concepisce la vita come una testimonianza e come un dovere, nella quale è giusto lottare, ma senza sperare di vincere, senza pretendere di cambiare il mondo, perché al di sopra del mondo – e questa è la ragione per cui si deve avere una certa fiducia in esso – c'è Dio». Similmente, BRUTTI, *La teologia giuridica di Jean Domat*, cit., 159 s.

<sup>34</sup> Cfr. COUSIN, *Documents inédits sur Domat*, in *Journal des Savants*, 1843, 5 ss.; in *Comptes Rendus des Séances et Travaux de l'Académie des Sciences Morales et Politiques*, 1843, III, 120 ss.; e in ID., *Oeuvres*, IV, *Fragments littéraires. Introduction générale à l'histoire de la philosophie morale au XVIII<sup>e</sup> siècle*, a cura di J. PASCAL, Bruxelles, 1845, 57 ss. Similmente, MOULIN, *Portraits de jurisconsultes: J. Domat*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1852, 496 ss.; e, per una riflessione più critica sulla rilevanza dei dati biografici nella ricostruzione del pensiero dell'autore, SARZOTTI, *Jean Domat*, cit., p. 85 ss.

<sup>35</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., pp. 59 ss. e 161 ss., su cui si soffermano ampiamente TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, II, cit., 41 ss.; BRUTTI, *La teologia giuridica di Jean Domat*, cit., 157 ss.

ché l'amore per il potere temporale, che può portare l'uomo in una direzione opposta, delinea un sistema che – utilizzando una terminologia moderna – reca un'impronta vagamente solidaristica<sup>36</sup>.

In un paio di passaggi, Domat accenna, in particolare, ai poveri e alla loro condizione sociale, soffermandosi sulla doverosità di venire in loro soccorso<sup>37</sup>. Sembra quasi che egli si accinga a teorizzare qualcosa di significativo, ma il lettore rimane infine deluso e insoddisfatto. La natura giuridica del dovere del ricco di sostenere il povero e la concretizzazione delle prestazioni eventualmente dovute a tal fine rimangono oscure, sicché è la stessa giuridicità del vincolo ad apparire controvertibile.

Le scelte di Domat non sono mai ideologicamente neutrali.

La chiara gerarchia valoriale posta a fondamento dell'opera consente di escludere che Domat abbia anche inteso in qualche misura accennare all'esigenza di un cambiamento dei rapporti sociali e alla valorizzazione delle fasce più deboli della popolazione. Se ai ricchi è richiesto di mostrare – a loro piacimento, invero, e dunque senza alcuna effettiva doverosità – un generoso atteggiamento nei confronti degli altri, rimane in ogni caso ferma l'obbedienza assoluta che è imposta – questa volta, imperativamente – a tutti.

Per quanto non abbia il gusto del macabro, Domat si sofferma ampiamente sulla pena capitale e su altre pene<sup>38</sup>. Ciò rappresenta senz'altro il risultato dei tanti anni trascorsi come magistrato e pubblico ministero, ma è anche il coerente corollario dell'anima conservatrice che permea il *Trattato* e che induce l'autore a sottolineare a quali rischi si può andare incontro ove si decida di mettere davvero in discussione l'ordine costituito.

Per quanto qui rileva, il fondamento assiologico che ispira e governa il sistema da lui descritto è inteso in termini non solo assoluti ma anche e soprattutto immutabili<sup>39</sup>.

Tale fondamento, in altri termini, è sempre stato così connotato, anche se gli altri non se ne erano accorti perché non avevano la «luce», e tale è destinato a rimanere.

Dall'immutabilità dei valori discendono alcune significative conseguenze applicative, avuto soprattutto riguardo alle relazioni familiari.

Il marito è il capo assoluto della famiglia. La moglie e i figli gli devono ubbidire, senza alcuna possibilità di eccezione<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Lo rileva anche G. PERLINGIERI, *Attualità del pensiero di Jean Domat*, cit., 132 s.

<sup>37</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., 34 s., 42 s., 135 s. e 144 s.

<sup>38</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., 67 s., 109, 170 s. e 211; nonché, per una più ampia riflessione sull'incidenza degli studi di Domat nell'evoluzione del diritto penale, SARZOTTI, *Domat criminalista*, cit., 12 ss.; PIERRARD, *L'apport meconnu de Jean Domat au droit penal dans Diz Septieme*, in *Siecle*, 2/2020, 237 ss.; AGLIASSA, *La teoria criminalista di Jean Domat*, Torino, 2020, 15 ss.; PALOMBA, *La teoria criminalista di Jean Domat. I sei tipi di crimini in una classificazione all'avanguardia*, in *Jean Domat. Le ragioni di una riscoperta*, cit., 69 ss.

<sup>39</sup> Lo rileva con chiarezza CALVO, *Metodo e scienza nell'architettura domatiana del diritto civile*, cit., 6 s., quando sottolinea che, nella costruzione di Domat, il fatto «smarrisce il ruolo di *prius* fenomenologico del sistema giuridico, dovendo ora il sistema stesso essere innalzato sulle impalcature e colonne dei principi, espressi nella lingua nazionale e costruiti in modo chiaro, conciso, senza circonvoluzioni sovrabbondanti. Viene così posta a caposaldo della rinnovata cultura normativa, o dell'arte di legiferare, la distinzione tra principi e regole, ovvero tra norme dotate di validità universale e comandi, dalle prime estrapolati, che si adattano – con autorità circoscritta al caso *sub iudice* – alle specificità della controversia isolata». Cfr. anche ID., *Scienza e valori della legislazione civile*, cit., 42 s.; ID., *Natura e legge arbitraria: dai valori universali al positivismo degenerato*, cit., 158 s.

<sup>40</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., 36 ss., spec. 37, e 138 ss., spec. 139, su cui si sofferma anche PALADINI, *Famiglia e matrimonio da Domat alle codificazioni*, in *Jean Domat. Le ragioni di una riscoperta*, cit., 115 ss.; e in *Jus Brixiae et alibi. Scritti scelti offerti ad Alberto Sciumè*, a cura di CASSI e FUSAR POLI, Torino, 2022, 345 ss.

La differenza tra uomo e donna è netta, soprattutto in ambito successorio. Questo si giustifica perché il sistema feudale ha esigenze che non possono certamente essere trascurate<sup>41</sup>.

Si tratta di conclusioni che a noi appaiono inumane ed inconcepibili, esattamente come egli riteneva quelle espresse dal diritto romano. Ma noi abbiamo acquisito un senso storico relativistico che lui non aveva e possiamo quindi non muovergli alcuna critica, nella consapevolezza che anche la dottrina della Chiesa ha dimostrato di accogliere il mutamento e l'evoluzione.

Dobbiamo però prendere atto – all'esito della lettura del *Trattato* – di un rapporto tra le regole di condotta di natura giuridica e un apparato valoriale inevitabilmente relativo e, in quanto tale, comprensibile solo offrendone un'adeguata contestualizzazione storico-comparatistica.

Non si deve, tuttavia, dimenticare che già Domat aveva dovuto fare i conti con la mutabilità delle cose terrene, offerta dal costante variare delle ordinanze e dalla stessa molteplicità dei costumi presenti nel territorio francese dell'epoca.

La risposta offerta dal *Trattato* appare, quantomeno, generica<sup>42</sup>.

Domat muove da una netta contrapposizione tra il diritto immutabile e il diritto transeunte, tra le leggi dell'eternità e le leggi dell'occasione spicciola. Offre una serie di esempi di tale contrapposizione, che nel complesso sono anche abbastanza convincenti, tranne appunto i casi in cui l'immutabilità da lui prospettata si accompagna ad una sostanziale inumanità.

Ma, pur muovendo da tale postulato, che gli consente di far convivere serenamente l'affermazione di un apparato valoriale immutabile e la constatazione del particolarismo giuridico esistente nel territorio francese, Domat non nega che la legge mutevole e transeunte assolve una funzione pratica ineliminabile<sup>43</sup>.

E qui mi pare di intravedere una prima, ancora embrionale, enucleazione di una tecnica di risoluzione del conflitto di interessi che noi oggi ben conosciamo e che è già stata opportunamente scorta nel pensiero di Domat<sup>44</sup>.

Si avverte, infatti, un'esigenza di bilanciamento, soddisfatta superando la scelta concreta momentanea dell'oggi e graduando i principi immutabili che pure rimangono tali.

Interessante, sul punto, è il ragionamento espresso da Domat sulla quantificazione della quota di legittima e sulla stessa individuazione dei legittimari. L'attribuzione di una quota è immutabile, ma la quantificazione e l'individuazione rimangono affidate ad una legge mutevole, che, volta a volta, può esprimere interessi ed esigenze diverse<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., 55 s., 77 s., 86 ss., 157 s., 179 s. e 188 ss.

<sup>42</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., 75 ss., spec. 114 ss., 177 ss., spec. 216 ss., su cui si sofferma ampiamente CALVO, *Scienza e valori della legislazione civile*, cit., 49 ss.

<sup>43</sup> Cfr. DOMANSKI, *Domat's Distinction Between Immutable and Arbitrary Laws – What Lessons for Us?*, in *THRHR*, (68) 2005, 11 ss., spec. 16 ss.; nonché, con specifico riferimento alla distinzione tra soggetti e cose, REITER, *Rethinking Civil-Law Taxonomy: Persons, Things, and the Problem of Domat's Monster*, in *Journ. civ. Law St.*, (1) 2008, 189 ss.

<sup>44</sup> Cfr. G. PERLINGIERI, *Attualità del pensiero di Jean Domat*, cit., 131 ss., spec. 141 s., il quale riprende e sviluppa quanto già osservato, in ordine alla tecnica del bilanciamento, in *Id.*, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 51 ss.

<sup>45</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., 77 s., 86 ss., spec. 93 s., 179 s. e 188 ss., spec. 195 s., su cui si sofferma anche NOCERA, *L'evoluzione della legittima tra leggi immutabili e leggi arbitrarie*, in *Jean Domat. Le ragioni di una riscoperta*, cit., 95 ss.

Qui il riferimento alla legge evoca un atto formale, posto in essere da chi ha la relativa legittimazione, indipendentemente dal fatto che si tratti di un tiranno, di un sovrano assoluto o di un Parlamento con tutte le sue procedure<sup>46</sup>.

Si delinea quindi una gerarchia valoriale, che ha chiari riflessi ermeneutici.

L'attenzione dedicata all'interpretazione nel *Trattato* è nel complesso modesta e Domat mostra estrema cautela nel parlare di questo tema<sup>47</sup>.

La ragione di ciò non mi pare tanto risiedere nella consapevolezza del ruolo creativo dell'interprete e nella conseguente critica della sua centrale importanza nel processo di frammentazione giuridica che caratterizzava il sistema di diritto comune<sup>48</sup>. L'assenza di relativismo storico impediva infatti a Domat di formulare tale critica, che, del resto, avrebbe portato alla stessa contestazione dell'immutabilità dell'apparato valoriale da lui stesso teorizzata.

Mi sembra, piuttosto, che un coerente sviluppo di tale immutabilità induca a ritenere che, nella prospettiva di Domat, il ruolo dell'interprete sia, in realtà, del tutto marginale o comunque meno essenziale, perché la certezza e stabilità del sistema da lui teorizzato non possono certo essere rimessi in discussione da convincimenti individuali.

Domat, però, riconosce che è comunque necessario un interprete, quantomeno per mettere in relazione le leggi immutabili e le leggi mutevoli, nonché, soprattutto, per attuare la più volte richiamata gerarchia valoriale e dunque per compiere quello che noi oggi definiamo bilanciamento e che, nella prospettiva espressa dallo scritto in esame, è ancora genericamente collegabile alla necessità di rapportare l'equità della soluzione concreta al rigore espresso dai valori immutabili<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Muove da questa constatazione, evidenziando le continuità sotto questo profilo con il pensiero di Hobbes, anche VITALE, *Domat, Hobbes e il diritto consuetudinario*, in *Jean Domat. Le ragioni di una riscoperta*, cit., 17 ss.

<sup>47</sup> Cfr. DOMAT, *Trattato delle leggi*, cit., pp. 104 ss. e 206 ss.

<sup>48</sup> Per una più ampia riflessione sul tema è sufficiente rinviare a GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quad. fior.*, (30) 2001, 493 ss.; ID., *Prima lezione di diritto*, 12<sup>a</sup> ed., Roma-Bari, 2008, 15 s.; ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 75 ss.; ID., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2017, 225 ss.; ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, 52 ss.; nonché, per un'approfondita disamina del pensiero di questo autore, a LAZZARINO DEL GROSSO, *Il volto e l'anima dell'esperienza giuridica medievale in un libro di Paolo Grossi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, 487 ss.; BALDASSARE, *Il giurista e l'ordinamento. Note sulla 'Prima lezione di diritto' di Paolo Grossi*, in *Ars interpr.*, 2004, 373 ss.; FERRI, *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 1 ss.; BENEDETTI, *Nell'interpretazione si 'incarna' il diritto (Riflessioni sulla prima lezione di Paolo Grossi)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 655 ss.; ID., «Ritorno al diritto» ed ermeneutica dell'effettività, in *Pers. merc.*, 2017, I, p. 3 ss.; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 763 ss.; e in ID., *Oltre l'incertezza*, cit., 101 ss.; CONTE, *L'eredità della «modernità giuridica» in un recente volume di Paolo Grossi sulla storia giuridica europea*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 371 ss.; LIPARI, *Paolo Grossi, ovvero del diritto come storia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 755 ss.; ID., *A partire da «L'invenzione del diritto» di Paolo Grossi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 349 ss.; G. ZACCARIA, *La storicità recuperata: l'insegnamento di Paolo Grossi*, *ivi*, 2013, 171 ss.; PUNZI, *Il realismo giuridico di Paolo Grossi e i filosofi del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2016, 73 ss.; SCALISI, *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 115 ss.; D'AMICO, *La dottrina civilistica del '900 tra pluralismo e monismo nell'ultimo volume di Paolo Grossi*, in *Giust. civ.*, 2022, 5 ss.; ROSELLI, *La cultura giuridica dei civilisti oltre il «recinto» del diritto civile. Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 333 ss.

<sup>49</sup> Cfr. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, II, cit., 53 ss.; ID., *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Padova, 2003, 117 ss.; GUZMÁN BRITO, *La doctrina de Jean Domat sobre la interpretación de las leyes*, in *Rev. chil. der.*, (31) 2004, 39 ss., spec. 51 ss.; BASCUNÁN RODRÍGUEZ, *El mito de Domat, in Una vida en la Universidad de Chile. Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, a cura di ATRIA LEMAITRE et al., Santiago de Chile, 2013, 263 ss.; BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani e nelle costruzioni da Domat a Pothier*, cit., 118 s.; ID., *La teologia giuridica di Jean Domat*, cit., 175 ss.; nonché, con specifico riferimento alle regole ermeneutiche degli atti di autonomia privata, ID., *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino, 2017, 106 ss.



Si tratta, ovviamente, di affermazioni ancora inidonee a permettere al *Trattato* di compiere una riflessione generale sulle funzioni dell'interprete.

Ciò non toglie che talune regole siano espresse e che Domat le ricavi da quella scienza romanistica tanto bistrattata all'inizio del volume, con esiti sistematici che, per quanto non privi di incoerenza, appaiono complessivamente destinati a ribadire la stabilità di un sistema i cui principi erano stati acquisiti attraverso l'alleanza santa ed intoccabile tra potere temporale e spirituale e dovevano essere preservati probabilmente – almeno nella sua mente – per l'eternità, ossia fino al raggiungimento di quel bene supremo a cui l'uomo non può non aspirare.

## 5. *La verifica dogmatica dei risultati raggiunti con un approccio valoriale*

La realtà odierna è ovviamente più complessa ed articolata di quella descritta nel *Trattato*. Le certezze sono ormai pochissime e i filosofi contemporanei parlano di un mondo divenuto «liquido»<sup>50</sup>.

Avuto, però, riguardo alle scienze giuridiche, si continua ad individuare regole aventi un ruolo gerarchicamente sovraordinato rispetto alle norme ordinarie o comunque ad istituire un ordine dei valori che è a fondamento della ricostituzione degli Stati dell'Europa occidentale, segnatamente in relazione alle esperienze costituzionali successive alla seconda guerra mondiale, e ha condizionato in modo decisivo la tecnica stessa di legiferazione principale di quell'organismo internazionale – l'Unione europea – che oggi, imitando anche sotto diversi profili quel potere costituzionale, avvince e unisce numerosi Stati di questo continente<sup>51</sup>.

Mi è già capitato in altre occasioni di svolgere sul tema una riflessione più articolata e completa<sup>52</sup>.

Per quanto qui rileva, posso solo ribadire che non condivido neanche la distinzione tra diritto e valori.

Il diritto è fatto di valori. Alcuni di essi in un certo momento storico hanno la capacità di manifestarsi attraverso procedure e poteri, dando luogo a norme positivamente

<sup>50</sup> Cfr. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012, 1 ss.; MESSINA, *Dentro la modernità: diritto liquido, potere solido*, in *Soc. dir.*, 2015, 81 ss.; MAZZAMUTO, *A proposito degli Studi in onore di Roberto Pardolesi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2019, 265 ss.

<sup>51</sup> Cfr., con specifico riferimento all'applicazione del dettato costituzionale, G. PERLINGIERI, *Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 661 ss.; ID., *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, cit., 30 ss.; ID., *La via alternativa alle teorie del «diritto naturale» e del «positivismo giuridico inclusivo» ed «esclusivo»*. Leggendo Wil J. Waluchow, in *Ann. SISDIC*, (5) 2020, 68 ss.; ID., *Attualità del pensiero di Jean Domat*, cit., 131 ss.; SALVI, *Codice civile e Costituzione*, in *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, a cura di RESCIGNO e MAZZAMUTO, Torino, 2014, 193 ss.; GROSSI, *La «invenzione» del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 831 ss.; ID., *Della «interpretazione» come «invenzione»* (La riscoperta moderna del ruolo «inventivo» della interpretazione), in *Quad. fior.*, (47) 2018, 9 ss.; e, per il diritto europeo, NAVARRETTA, *Principi dell'Unione europea, politiche economiche e diritto privato*, in *What Is European in European Private Law?*, a cura di MICKLITZ e VETTORI, Milano, 2022, p. 173 ss.

<sup>52</sup> Sia consentito il rinvio a ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Atti del Convegno dell'Unione dei privatisti, Roma, Università degli Studi di Roma Tre, 30 ottobre 2015, a cura di MAZZAMUTO e NIVARRA, Torino, 2016, 219 ss.; ID., *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 1019 ss.; ID., *Il valore «normativo» dei principi*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, a cura di CICERO e G. PERLINGIERI, I, Napoli, 2017, 1 ss.; ID., *Argomentazione «per principi» e individuazione della fattispecie «a posteriori»*, in *Jus Brixiae et alibi*, cit., 205 ss.; e in *Nuovo dir. civ.*, 3/2022, 5 ss.

riscontrabili. Altri, invece, non riescono ad assumere tale dimensione positiva ed è qui irrilevante che, in un futuro più o meno prossimo, riescano a farlo.

Ci sono ancora valori che, nel momento in cui una norma giuridica ha attribuito una certa dimensione positiva ad una fattispecie, neanche esistevano, perché risultano generati da dinamiche sociali e da contesti relazionali che all'epoca non erano prospettabili e che si sono a loro volta manifestati attraverso momenti di rottura, risolvendosi in una novità della quale il diritto ha progressivamente preso atto.

Si hanno continuamente piccole rivoluzioni, con o senza spargimento di sangue, di natura politica, culturale, sociale. I valori si evolvono ed è sufficiente pensare all'irrealizzabilità materiale di un accenno alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo nella *Relazione al codice civile* di Dino Grandi per accorgersi che anche i valori – come le norme – sono in costante mutamento<sup>53</sup>.

La loro morte, così come la loro nascita, rappresentano eventi inevitabilmente connessi all'evoluzione stessa della società civile, alla quale il diritto rimane inscindibilmente collegato.

Fino a quando si registra un certo numero di prescrizioni formulate attraverso la lingua, possiamo anche fare uno sforzo per dare ad essa una sistematizzazione concettuale, che, superando la mera analisi esegetica, provi a dare un senso anzitutto logico all'ordinamento giuridico complessivamente inteso.

Ma occorre mostrare prudenza e parsimonia nel compimento di tale attività, perché se il diritto ha i valori dentro di sé e intorno a sé, il giurista deve anzitutto essere consapevole del fatto che la sua attività può essere immediatamente superata dalla manifestazione di nuovi valori che possono imporre cambiamenti che devono essere solo governati e non ignorati.

Non si deve, insomma, mai dimenticare che il diritto serve a far valere determinate regole di comportamento e che «valere» deriva appunto da «valore», il quale dunque connota l'essenza stessa di qualunque regola giuridica.

Occorre, piuttosto, avere un umile senso della realtà e portare alle coerenti conseguenze sistematiche quel relativismo storico, che, collocando la nostra esperienza in una dimensione completamente diversa da quella di Domat, consente altresì di guardare con sufficiente disincanto alla realtà odierna.

Non si tratta, invero, di aderire alle considerazioni nichilistiche espresse da una parte della dottrina<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Sul tema tornano da ultimi BARBA, *Ordine pubblico e gestazione per sostituzione*, in *GenIUS*, 2/2019, 1 ss.; TESCARO, *Riflessioni civilistiche in tema di ordine pubblico internazionale, maternità surrogata e arte della costanza*, in *BioLaw Journ.*, 3/2021, 41 ss.; TREZZA, *Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata*, in *Familia*, 2022, 253 ss.; CHECCHINI, «Vita familiare» vs. «maternità surrogata»: il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. Quale rilievo all'identità del nato?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 396 ss.; MORACE PINELLI, *Il problema della maternità surrogata torna all'esame delle Sezioni unite*, in *Familia*, 2022, 437 ss. Ma gli esempi, ovviamente, potrebbero essere molteplici: con specifico riferimento all'evoluzione delle relazioni affettive stabili, è sufficiente rinviare a BARBA, *La tutela della famiglia formata da persone dello stesso sesso*, in *GenIUS*, 1/2018, 68 ss.; G. PERLINGIERI, *In tema di rapporti familiari poligamici*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 821 ss.; ID., *Discriminazione di coppie eterosessuali?*, *ivi*, 2019, 1 ss.; e, per i riflessi sull'attribuzione del cognome ai figli nati nella coppia, ad A. SARDINI, *L'accordo sul cognome*, in *Pers. merc.*, 2022, 466 ss. Merita infine attenzione, con particolare riguardo ai rapporti tra incapacità e disabilità, l'approfondita rilettura critica del sistema di protezione attualmente in vigore compiuta da BARBA, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 419 ss.

<sup>54</sup> Avviato da IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 625 ss.; ID., *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 1159 ss.; ID., *Nichilismo giuridico*,

Il nichilismo giuridico – perlomeno se inteso in quella prospettiva – non è nient'altro che la riformulazione – sia pure con esiti opposti – di quell'assolutezza espressa da Domat, perché, pur prendendo le mosse dall'esatta considerazione secondo cui il diritto è in costante mutamento, perviene all'inaccettabile risultato di negare ogni rilievo al valore, reputandolo un fenomeno estraneo all'attività ricostruttiva dell'interprete, il quale, a ben vedere, è in tal modo chiamato a rispettare a sua volta un valore assoluto ed immutabile, sia pure riformulato in negativo perché collegato alla pretesa irrilevanza del valore stesso.

Il disincanto al quale facevo accenno, invece, deve assumere una ben diversa consapevolezza storico-dogmatica, ossia deve anzitutto prendere atto che il diritto rimane fondato su valori e che sono questi ultimi a subire un costante mutamento<sup>55</sup>.

La ricerca del fondamento assiologico deve, a tal stregua, essere compiuta anche da coloro i quali discendono da scuole di stretto diritto positivo, come ha puntualmente dimostrato il percorso scientifico del mio Maestro, che, nella seconda stagione della sua vita, ha compiuto un vero e proprio trascendimento filosofico che non sono riuscito a seguire, preferendo rimanere su posizioni positivistiche<sup>56</sup>.

Non che non mi sia servito il suo insegnamento. Perché mentre lo osservavo nella sua parabola, che lo portava lontano dal diritto positivo, qualcosa ho comunque impa-

---

Roma-Bari, 2004, 25 ss.; ID., *In dialogo su «Nichilismo giuridico»*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2006, 169 ss.; ID., *Nichilismo e concetti giuridici (intorno all'aforisma 459 di «Umano, troppo umano»)*, in *Il diritto civile tra principi e regole. Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Milano, 2008, 3 ss., al dibattito hanno partecipato, con esiti diversi, PUNZI, *Può il giurista essere nichilista?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2004, 715 ss.; P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1 ss.; ID., *La «grande dicotomia» diritto positivo-diritto naturale*, in *Oltre il «positivismo giuridico» in onore di Angelo Falzea*, a cura di SIRENA, Napoli, 2011, 87 ss.; e in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Appunti per una didattica progredita*, Napoli, 2012, 13 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, 231 ss. e 555 ss.); ID., *«Dittatura del relativismo» e «tirannia dei valori»*, in *Iustitia*, 2011, 225 ss.; BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, 1 ss.; ID., *Il nichilismo giuridico, la forma del diritto moderno e il nuovo sovrano*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 769 ss.; ALPA, *L'incertezza ermeneutica e il nichilismo giuridico*, in *Vita not.*, 2006, 579 ss.; GALLO, *Una critica del nichilismo giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 17 ss.; ORLANDI, *Angelo Falzea o del positivismo assiologico*, *ivi*, 2017, 1042 ss.; G. ZACCARIA, *Riflessioni sul nichilismo giuridico di Natalino Irti*, *ivi*, 2018, p. 766 ss.

<sup>55</sup> Condividono questo assunto anche P. PERLINGIERI, *Ius positum o ius in fieri: una falsa alternativa*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1039 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, 230 ss.; G. PERLINGIERI, *Attualità del pensiero di Jean Domat*, cit., 137 s., ma dalla negazione della contrapposizione tra *ius positum* e *ius in fieri* essi fanno discendere un sostanziale superamento della stessa distinzione tra diritto positivo e naturale, con esiti sistematici non pienamente condivisibili, quantomeno nella parte in cui continuano a reiterare una distinzione tra valori e norme che, al contrario, deve essere nettamente confutata, allo scopo di chiarire che i principi sono essi stessi previsioni normative, sia pure caratterizzate da una costruzione linguistico-formale divergente rispetto a quella delle norme tradizionali, stante l'assenza di una fattispecie univocamente identificabile *a priori*.

<sup>56</sup> È sufficiente consultare gli scritti raccolti in BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., 1 ss.; e in ID., *Oltre l'incertezza*, cit., 1 ss. Per una più ampia valutazione del suo percorso di studi, cfr. inoltre SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica «veritativa» orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1249 ss.; FERRI, *Ermeneutica e diritto nelle idee di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 514 ss.; CARSETTI, *Epistemologia ed ontologia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2016, 85 ss.; VETTORI, *Giuseppe Benedetti Maestro di ragione e verità*, in *Pers. merc.*, 2019, 45 ss.; ID., *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 1203 ss.; PUNZI, *L'attitudine ermeneutica del giurista europeo. La lezione di Giuseppe Benedetti*, in *Pers. merc.*, 2020, 14 ss.; e in *What Is European in European Private Law?*, cit., 259 ss.; CAMARDI, *La contemporaneità del civilista. Un saggio di Giuseppe Benedetti sulla scienza del diritto civile*, in *Pers. merc.*, 2020, I, 21 ss.; CASTRONOVO, *Ermeneutica esistenziale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2021, 173 ss.; MAZZAMUTO, *In ricordo di Giuseppe Benedetti*, *ivi*, 297 ss.

rato. La sua esperienza mi ha infatti rivelato l'insufficienza del metodo positivo, pur inducendomi a ribadire l'inevitabilità ed ineliminabilità di esso.

Bisogna dunque guardare con grande senso di realismo alla situazione contingente nella quale l'operatore giuridico è chiamato a dare il suo contributo.

E da questo punto di vista, anche il più convinto positivista tradirebbe il suo compito ove negasse l'esistenza di «super-norme» o principi.

La loro comprensione, del resto, condiziona l'attività ermeneutica, che non può dirsi semplicisticamente limitata alla formulazione letterale del precetto, perché, una volta chiarito che quest'ultimo è appunto formato dal principio, operante in una dimensione gerarchicamente sovraordinata rispetto alla norma espressa, l'enucleazione del significato di quest'ultima non può che comprendere la verifica della sua adeguatezza al principio, con conseguente necessità di scegliere, nel dubbio, il solo significato ad esso conforme.

Ciò permette di denunciare la sostanziale inadeguatezza dell'attuale dibattito dottrinale sul tema, che mi pare ancora in larga parte isterilito dal richiamo del valore programmatico del principio, nonostante il mondo si sia già spostato da un'altra parte<sup>57</sup>.

Non si tratta, insomma, di tornare a riflettere sulla sola Costituzione o sulla sua rilevanza nel diritto civile contemporaneo.

Il modo di far legge nell'Unione Europea sempre meno fa ricorso alla fattispecie e si limita a fissare risultati e obiettivi da conseguire, evitando di descrivere strutture procedimentali da seguire.

E allora, innanzitutto per i positivisti o comunque per i giuristi di scuola positivista come me, occorre anzitutto chiarire dove bisogna collocarsi.

E non si può continuare a far finta che non sia un problema innanzitutto di fonti normative. Se fonti normative che sono dotate del potere di farlo, prescrivono questo *modus procedendi* che impone di iniziare l'attività ermeneutica pur non avendo la fattispecie e non potendo ricorrere alla tecnica sussuntiva, l'interprete deve farlo. Il che non

<sup>57</sup> Avviato da IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 41 ss.; ID., *Calcolabilità webberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 36 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, ivi, 2015, 11 ss.; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 801 ss.; ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 917 ss. (tutti questi scritti sono altresì raccolti in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016); ID., *I 'cancelli delle parole': intorno a regole, principi, norme*, Napoli, 2015, 1 ss., al dibattito hanno variamente preso parte CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 247 ss.; e in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di GITTI, DELFINI e MAFFEIS, I, Milano, 2015, 643 ss.; LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 150 ss.; CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, spec. 60 ss.; PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017, 57 ss.; P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Ann. SIJDIC*, (1) 2017, 1 ss.; GROSSI, *Dalle «clausole» ai «principii»: a proposito dell'interpretazione come invenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, 5 ss.; D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, I, Napoli, 2018, 689 ss.; e in D'AMICO e PAGLIANTINI, *Larmonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, 1 ss.; ID., *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2019, 32 ss.; G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, cit., 23 ss.; RICCI, *La rinascita del caso sulle ceneri delle leggi precise: considerazioni sulla crisi della fattispecie*, in *Principi, clausole generali, argomentazioni e fonti del diritto*, a cura di RICCI, Milano, 2019, 851 ss.; ZACCHEO, *Valori e principi*, in *Pers. merc.*, 2019, 86 ss.; ID., *Principi generali e obbligazioni*, in *Nuovo dir. civ.*, 3/2019, 5 ss.; A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1 ss.; ORLANDI, *Gnoseologia della fattispecie*, in *Quest. giust.*, 2020, 95 ss.; ID., *Del significare*, in ID., *Del significare. Saggi sulla interpretazione giuridica*, Torino, 2020, 5 ss., spec. 32 ss.; ID., *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, 150 ss.; FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021, 17 ss.; NIVARRA, *«Dentro» e «fuori». Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Eur. e dir. priv.*, 2022, 59 ss.

significa che, così facendo, egli abbia perso il controllo della situazione. È solo che deve rassegnarsi, con tutta l'irritazione del caso, a farlo *a posteriori*, in sede di controllo della coerenza dei risultati.

In ciò risiede la capacità di dimostrazione della scientificità della sua opera. Perché può ben essere che i conti non tornino e che, in due operazioni destinate al medesimo fine, i risultati siano concretamente diversi. In questo caso, egli potrà dimostrare come la costruzione *a posteriori* della fattispecie implichi ancora una volta il ritorno al controllo di categorie che non possono essere semplicemente prese e buttate via<sup>58</sup>.

Mi sembra, insomma, che, anziché interrogarsi sul valore programmatico dei principi e sul rischio di tirannia dei valori da essi espressi, si debba semplicemente, in relazione al contingente assetto dei tempi, spostare dal punto di vista logico e cronologico il momento in cui si colloca un certo tipo di operazione<sup>59</sup>.

Nella fase attuale, occorre anzitutto chiarire l'assetto valoriale. Per realizzare tale operazione, tuttavia, non si deve escludere l'impiego delle categorie concettuali sui risultati raggiunti. È necessario, anzi, procedere ad una verifica *a posteriori* di tali risultati che ancora impone il ricorso alla fattispecie, in termini molto simili a quelli già teorizzati con riferimento all'argomentazione orientata alle conseguenze e nella consapevolezza che – se si vuole a tutti i costi trarre dall'analisi di Domat un pensiero davvero universale ed immutabile – è il ricorso alla verifica dell'adeguatezza dei risultati raggiunti mediante l'applicazione del principio a rappresentare la sola legge che governa l'attività dell'interprete<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Ciò non consente di condividere le perplessità di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, cit., 218 s., secondo il quale «concepire in forma differita la fattispecie comporta comunque la combinazione e il confronto tra regola e principio e, altresì, riconduce la fattispecie astratta alla fattualità del caso, l'unica idonea a far comprendere l'erroneità o l'inadeguatezza dell'applicazione». L'individuazione della fattispecie, infatti, muove dall'affermazione del carattere preminente del principio, sicché non consente di addivene ad alcuna combinazione con le norme espresse, né, tantomeno, reputa queste ultime indispensabili per il giudizio, ma, più semplicemente, consente di indicare una metodologia pratico-applicativa per la verifica dei risultati raggiunti mediante l'argomentazione per principi, così da sottrarla ad un arbitrio giudiziale altrimenti incontrollabile.

<sup>59</sup> Di contrario avviso è invece ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, cit., 151 s. e 207 s., testo e nota 218, al quale «non sembra razionalmente fondato il concetto di fattispecie *a posteriori*», da intendersi, anzi, come vero e proprio «ossimoro» che «tradisce la mancanza di un vincolo processuale di formazione, ossia di una tecnica di costruzione razionale del concetto». Solo la tecnica sussuntiva escluderebbe, a tal stregua, la possibilità di affermare una «sovranità assiologica», posto che, una volta attribuito ai principi – specie di ordine costituzionale – un valore sovraordinato rispetto alle norme espresse, non resterebbe che considerarli «sciolti da ogni disciplina», elevandoli «a sovrani assoluti, in una tirannia assiologica che non tollera la coniugazione con altri testi vigenti e non riconosce la forza semantica ed ermeneutica della legge prossima (fattispecie precisa) e della lingua normativa». La citata «mancanza» è riscontrata anche da chi scrive, ma non può dirsi elemento sufficiente per negare la giuridicità del dato costituzionale o di matrice comunitaria. Ribadito questo connotato e lamentata l'impossibilità di ricorrere alla tecnica sussuntiva, non sembra, inoltre, che il generico richiamo ai rischi sottesi ad un utilizzo incontrollato dei principi possa realmente scongiurare tale risultato o, quantomeno, offrire indicazioni dirimenti all'attività dell'interprete.

<sup>60</sup> La conclusione rappresenta uno sviluppo argomentativo delle teorie già svolte da MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Jus*, 1988, 479 ss.; ID., voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, 2 s. (entrambi questi scritti possono leggersi in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 75 ss. e 32 ss.). Cfr., con più ampio riferimento alla necessità di compiere l'attività ermeneutica dedicando costante attenzione al momento applicativo, anche G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., 22 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, cit., 233 s.