



**TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO**

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL  
ISSN: 2036-2528

Emanuele Stolfi

**A proposito di clausole generali e  
'guerra' tra Corti.  
Appunti da due incontri senesi**

**Numero XVI Anno 2023**  
*www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com*

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Roma Tre), M.V. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), D. Ceccarelli Morolli (P.I.O. – Univ. G. Marconi), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro  
Via R. Morghen, 181  
80129 Napoli, Italia  
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)  
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

## A proposito di clausole generali e ‘guerra’ tra Corti. Appunti da due incontri senesi

I rilievi che seguono traggono spunto da un paio di *Conversazioni senesi* in cui, nella scorsa primavera, sono stato coinvolto dall’amico Stefano Pagliantini, Direttore del mio Dipartimento. Il tipo di argomenti che eravamo chiamati ad affrontare e l’alto profilo degli interlocutori – alcuni dei quali, come Luca Nivarra e Pasquale Femia, davvero incarnano il modello del civilista culturalmente sensibile e storicamente attrezzatissimo – m’inducono a ritenere non del tutto inutile conservare una traccia scritta di quanto detto, prevalentemente ‘a braccio’, in quelle circostanze.

Credo infatti che, nel loro piccolo – e al di là dei molti limiti di chi scrive –, simili incontri rappresentino un buon esempio di come possano ancora integrarsi studio (inevitabilmente storico) dell’esperienza giuridica romana e analisi critica delle nervature profonde dell’odierno diritto privato<sup>1</sup> (sostanziale e processuale). Un confronto – se non contiguità di lavoro – che è sempre stato nevralgico<sup>2</sup> ma che da tempo,

---

<sup>1</sup> Sintomatica la convinzione di G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna, 2018, 23, secondo cui «il diritto romano ha molto da dire ai giuristi del nostro tempo». Ne ripercorre il pensiero M. MICELI, *Diritto romano e diritto civile: le ragioni di una rinnovata riflessione storica sui modelli teorici e metodologici*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, V, Napoli, 2021, 355 ss., spec. 359 ss.

<sup>2</sup> Osservava come, nella cultura giuridica italiana (e non solo) dell’Ottocento, ricerca romanistica e analisi del diritto positivo «più che finitimi, apparivano le due facce di un fenomeno unitario» M. TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia. Messina-Taormina 3-8 novembre 1981*, Milano, 1982, 780. Di una «fase romanistica» negli studi di diritto civile alcuni parlano sino alla metà degli anni ’50 del XX secolo, quando si sarebbe aperta la «fase commercialistica»: N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, in *La civilistica italiana dagli anni ’50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative. Congresso dei civilisti italiani. Venezia 23-26 giugno 1989*, Padova, 1991, 974. Ulteriori indicazioni – anche in merito alla valutazione estremamente critica che Paolo Grossi formulava circa l’impronta romanistica esercitata sui nostri civilisti, fra XIX e XX secolo – in E. STOLFI, *‘Quaestiones iuris’. Casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento*, estr. da *TSDP*, 1, 2008, spec. 10 s. e nt. 19.

ormai, richiede di essere impostato su basi nuove: senza affatto dissolvere, nel primo ambito, la cifra tecnica del discorso; ma neppure appiattirlo sul secondo versante della ricerca, in nome di scorciatoie 'euroattualizzanti' o all'insegna di un'univoca esaltazione dei tratti di continuità e di lineari genealogie<sup>3</sup>.

Inutile precisare come queste pagine, per quanto ora corredate di un minimo apparato di riferimenti bibliografici, risentano dell'originario contesto. Nulla più, in definitiva, che spunti offerti su un tavolo di lavoro condiviso, ove la ricerca di chiavi interpretative di comune interesse fatalmente prevale sull'approfondimento puntuale e lo scavo esegetico – che pure rimane, per il giusantichista, un momento ineludibile, assolutamente fondamentale.

1. Il primo dei due incontri di cui dicevo è stato dedicato a un lavoro di Hedemann, risalente al 1933, di cui è recentemente apparsa – nella collana «Bebelplatz», diretta da Tommaso Dalla Massara<sup>4</sup> – una traduzione italiana a cura di Luca Nivarra<sup>5</sup>. Questi l'ha corredata di una densa *Introduzione*: strumento prezioso per addentrarci nei molti nodi non sciolti del volumetto di Hedemann<sup>6</sup>. Indubbiamente meritoria, peraltro, è stata già la fatica della resa linguistica: tale da favorire una più ampia circolazione di quello scritto (spesso, finora, più citato che

---

<sup>3</sup> Presuppongo quanto ho provato a esporre, e motivare più puntualmente, in vari contributi: fra i più recenti, E. STOLFI, *Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, eds. M. Brutti, A. Somma, Frankfurt am Main, 2018, spec. 555 ss.; ID., *Un'esperienza didattica*, in *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive*, a cura di G. Santucci, P. Ferretti, S. Di Maria, Trieste, 2019, spec. 231 ss.; ID., *Prima lezione di diritto romano*, Roma-Bari, 2023, spec. 51 ss., 128 ss.; ID., *Confrontarsi. Dialogare. Snaturarsi forse?*, in corso di pubblicazione in *LR*, 12, 2023, spec. § 2.

<sup>4</sup> Un amico con cui da tempo condivido l'ansia di confronto cui accennavo, pur se poi declinata da ciascuno di noi in forme e secondo priorità non sempre coincidenti (qualche rilievo in E. STOLFI, *Un'esperienza didattica*, cit., 234 nt. 38).

<sup>5</sup> Il riferimento è a J.W. HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, *Introduzione e traduzione critica a cura di L. Nivarra*, Pisa, 2022.

<sup>6</sup> Davvero «un libro molto ambiguo», come scrive L. NIVARRA, *Introduzione*, in J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 16.

puntualmente meditato) e offrire anche – a civilisti, storici e teorici del diritto – l'occasione per tornare a riflettere su un libro «datato ma non vecchio»<sup>7</sup>.

Vorrei concentrarmi su tre punti posti in luce da Nivarra, assieme a un ulteriore aspetto che invece egli mi sembra lasci più defilato. I primi due possono essere espressi con altrettante valutazioni in negativo. In primo luogo, il libro di Hedemann «non è un classico». In secondo luogo, non è «un vero e proprio manifesto della diffidenza tipicamente giuspositivista»<sup>8</sup> verso gli «artefatti comunicativi» che, col loro «frastico leggero e neustico pesante»<sup>9</sup>, aprono vasti spazi operativi alla discrezionalità del giudice. Infine, i toni dell'autore tedesco sono, o aspiravano ad essere, quelli di «un saggio di filosofia della storia», che vuole cioè «trasformare il tempo in una dimensione satura di senso»<sup>10</sup>. Delle clausole generali a lui interessano – assai più che gli approfondimenti tecnici (sin dall'esatta definizione di quelle figure, quasi del tutto assente)<sup>11</sup> – i «risvolti politico-culturali», i movimenti epocali di cui proprio esse sono risultato e testimonianza.

Riavvolgo il nastro e parto da quest'ultimo punto, con lo sguardo che Hedemann indirizzava al passato: quello antico e quello a lui più vicino. Circa l'esperienza romana, evocata fin dalle primissime battute del libro, Nivarra vi vede giustamente, anziché un tentativo di «ricostruzione 'dall'interno'», niente più che uno «strumento di convalida di una tesi

---

<sup>7</sup> Così L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 44.

<sup>8</sup> Entrambe le espressioni citate risalgono a L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 9 – ove quella di Hedemann è piuttosto giudicata «un'opera di imprevedibile inafferrabilità» – e 44 (ma cfr. già p. 16).

<sup>9</sup> Diremmo col lessico di Hare, richiamato altrove dallo stesso L. NIVARRA, *Relazione introduttiva*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto, L. Nivarra, Torino, 2016, 3. Cfr. anche V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 57 ss. ove altra bibl. Per una lettura critica dell'impostazione di Hare si veda già G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, spec. 333 ss.

<sup>10</sup> Così L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 16.

<sup>11</sup> Il che peraltro pone l'autore in ampia e persistente compagnia, come ha mostrato la ricognizione di V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 5 ss.

precostituita»<sup>12</sup>. Uno strumento, aggiungerei, non di rado nebuloso e forzato: visibilmente condizionato da impostazioni allora dominanti ed esse sì piuttosto 'vecchie'<sup>13</sup>, confusivo nell'indebita sovrapposizione che ad esempio instaura fra *bonum et aequum* da un lato e *bona fides* dall'altro (rilevanti soprattutto per il richiamo che vi operavano le formule di alcune *actiones* o *iudicia*)<sup>14</sup>, segnato da una lettura sommaria e rigidamente evoluzionistica di enunciazioni assai note, come la definizione celsinulpiana di *ius*<sup>15</sup>, più avanti tutta appiattita sulla visuale giuridica propria dell'età giustiniana<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Così L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 11.

<sup>13</sup> Penso in particolare a certe pesanti ipoteche dell'interpolazionismo, come laddove Hedemann dava per scontato che i riferimenti, nei frammenti digestuali, ad *animus*, *benignitas*, *humanitas* o nozioni affini siano da ricondurre *in toto* a interventi giustiniani – per situarli dunque all'«ombra di Bisanzio» (cfr. *infra*, nel testo e nt. 20). La romanistica degli ultimi decenni ha assunto, anche a questo riguardo, una posizione assai meno netta e prevenuta, non escludendo affatto che i giuristi del principato si richiamassero – e non necessariamente con le medesime implicazioni – a quelle figure, poi così ricorrenti nel lessico delle cancellerie tardoimperiali. Almeno riguardo all'*animus*, era comunque più fiducioso e al contempo complesso, nel primo '900, già l'orientamento di un Riccobono – con dichiarato dissenso, in particolare, da quelle valutazioni di Pringsheim su cui Hedemann, invece, tanto spesso si appoggia (così come lo giudica «benemerito» per la sua ricostruzione circa il ruolo dell'*aequitas* nell'esperienza tardoantica: J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 134 s.). Ne ripercorreva i contributi sul tema, emblematici di un'isolata ma vigorosa reazione alle esasperazioni dell'interpolazionismo, R. ORESTANO, *L'«animus» di Salvatore Riccobono*, in ID., *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 713 ss., spec. 716 ss. Più in generale, circa la svolta che, a livello di critica testuale, si determinò dai tardi anni '10 nello studioso siciliano, posso rinviare a E. STOLFI, *Protagonisti e percorsi dell'interpolazionismo. A proposito di una recente indagine su Gradenwitz e Riccobono*, in *SDHI*, 84, 2018, 332 s. e ntt. 36 ss. e ID., *Attorno a critica del testo e storia del pensiero giuridico. Alcune riflessioni*, in *AUPA*, 62, 2019, 255 ss., entrambi con bibl.

<sup>14</sup> A un livello che era, quindi, in primo luogo processuale e concerneva il margine più o meno ampio di discrezionalità del giudicante – ma nei confronti della *formula* magistratuale (così, in particolare, nei *iudicia bonae fidei*) assai più che rispetto ai dettami legislativi o comunque alle norme vigenti.

<sup>15</sup> Con cui pure il libro prende avvio: J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 55.

<sup>16</sup> Occorre peraltro ricordare come, anche tra i romanisti, quell'enunciazione (conservata in Ulp. 1 *inst.* D. 1.1.1 pr.) avrebbe di lì a breve sofferto di interpretazioni

Hedemann apriva la *Premessa* affermando che il suo saggio «vuole essere compreso, prima di tutto, in una chiave storica». Ma l'approccio che egli proponeva era a sua volta storiografico solo in un senso assai debole, se non distorto: agli antipodi di quell'«uso cognitivamente forte della storia» che altrove proprio Nivarra ha considerato caratteristico di alcuni filoni della scienza giuridica del secondo Novecento<sup>17</sup>, in diretta ed esclusiva conseguenza dell'incontro col marxismo – su quell'«esclusiva» potremmo forse discutere<sup>18</sup>, ma è certo uno stile di lavoro di cui lo stesso civilista italiano ha dato prove assai brillanti<sup>19</sup>. Nel

---

distorsive e banalizzanti. Celebre quella di F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, 242, che la liquidava come una «vuota frase retorica».

<sup>17</sup> Si veda L. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, 2015, 78 ss., ove quella segnalata nel testo è menzionata come la prima delle direttrici in cui si sarebbe esplicitato «il contributo della “scuola” marxista al rinnovamento degli studi civilistici», così da far emergere la consapevolezza che «la stessa tradizione di *civil law* si fonda su un atto di radicale destoricizzazione di un oggetto, il *Corpus iuris civilis*, eminentemente storico» (p. 79). Ulteriori direttrici, risalenti in modo più o meno esclusivo all'influsso del marxismo, sono individuate da Nivarra nell'«allargamento del sistema delle fonti» e nell'«uso alternativo» (non tanto del diritto, secondo una formula a suo avviso «tanto fortunata quanto ambigua» [p. 59], ma piuttosto) delle categorie ereditate dalla tradizione del pensiero borghese.

<sup>18</sup> Se consideriamo ad esempio l'influenza esercitata dal neoidealismo, soprattutto crociano, su figure quali Ascarelli, Gorla o Betti (almeno negli anni '20) – ma si è trattato, naturalmente, di un fenomeno composito e assai più vasto, su cui rimane fondamentale A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Milano, 1974. Cfr., più di recente, C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, 2012, 1 ss. ove bibl. Qualche altra indicazione in E. STOLFI, *Sulle tracce di un “viaggiatore giuridico”. Note sparse attorno al pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Su Ascarelli*, a cura di S. Pagliantini, C. Pasquariello, Torino, 2021, spec. 237 ss.

<sup>19</sup> Ho in mente soprattutto la profonda rimeditazione circa i rapporti fra diritto sostanziale, in particolare di credito, e tutela processuale condotta in L. NIVARRA, *Diritto soggettivo, obbligazione, azione (Parte I-Parte II)*, estr. da *TSDP*, 12, 2019, 1 ss., 68 ss. Un lavoro per molti versi esemplare, ove sono fra l'altro valorizzate – come non molti romanisti sono stati capaci di fare – le intuizioni bettiane attorno a genesi e struttura dell'obbligazione romana, con l'infungibilità e incoercibilità che vi contraddistinguevano la prestazione, scavando così un immane divario con la corrispondente figura odierna (alcuni ragguagli, da ultimo, in T. DALLA MASSARA, *Emilio Betti, l'obbligazione, il processo*, in *Emilio Betti e il processo civile*, a cura di A. Carratta,

modo che Hedemann aveva di relazionarsi coi tratti più risalenti della tradizione giuridica occidentale si situa anche «l'ombra di Bisanzio», che più volte egli vedeva riallungarsi sulle vicende del proprio tempo<sup>20</sup>. Una formula suggestiva, ma anche alquanto datata – all'insegna di una torsione autocratica e decadenza tecnica assunte quali uniche cifre per leggere l'età tardoantica e giustiniana – e soprattutto partecipe di un'ambivalenza di fondo. Quell'immagine, infatti, vorrebbe ancora offrire una conferma storica all'interpretazione di Hedemann riguardo all'operare delle clausole generali nel proprio tempo – ossia del loro dar «forma a una duplice crisi»: quella della società che si frammenta, e quella del potere che si fa dispotico<sup>21</sup>.

Se pensiamo che la *Premessa* del libro è datata 1° aprile 1933, e considerato il peso che notoriamente certe clausole generali rivestirono negli anni del regime hitleriano, si comprende come nel lavoro di Hedemann sia stata vista una sorta di «profezia» di certe soluzioni naziste<sup>22</sup>. In proposito, peraltro, trovo pienamente condivisibile la

---

L. Loschiavo, M.U. Sperandio, Roma, 2022, 61 ss., spec. 66 ss. ed E. STOLFI, *Attorno al concetto di 'azione' in Betti. Processo romano e cultura giuridica europea*, in *Emilio Betti e il processo civile*, cit., 186 ss., entrambi con bibl.; cfr. anche le notazioni critiche di R. CARDILLI, *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 20 ss., spec. 23). Più in generale, Nivarra insiste qui anche sul rilievo, difficilmente contestabile, circa l'autentico «paradosso» per cui l'«*heutiges Recht*» è stato edificato con materiali romani di per sé antitetici rispetto al paradigma dei moderni (p. 49). Sull'«intrinseca storicità del diritto privato», considerandone non solo i segmenti temporali a noi più vicini, si sono di recente soffermati, da diverse angolature, anche altri illustri civilisti: in particolare, F. MACARIO, *L'evoluzione del "genere istituzionale" nella manualistica per l'insegnamento del diritto privato*, in *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. Lovato, Torino, 2019, 291 ss. (ma cfr., da ultimo, anche ID., *Il diritto civile come storia del pensiero e la formazione dei giuristi*, in *Quad. fior.*, 51, 2022, 447 ss. e già P. SIRENA, *Introduction to Private Law*, Bologna, 2019, in larga parte costruito su analisi storiche, e non solo nel capitolo II, espressamente dedicato alla «Western legal tradition»).

<sup>20</sup> Sino quasi all'epilogo del saggio. Si veda J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 168: «Bisanzio torna ad affacciarsi e con Bisanzio i segni della decadenza».

<sup>21</sup> Così L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 21.

<sup>22</sup> In tal senso C. WEGERICHT, *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit. Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963)*, Tübingen, 2004, 46.



cautela a cui invita Nivarra<sup>23</sup>. Se non possiamo dimenticare il pieno coinvolgimento di Hedemann nel nazionalsocialismo, coi prestigiosi incarichi ricoperti pochi anni dopo l'uscita del libro, neppure è da sottovalutare lo scollamento fra la prassi del nazismo 'reale' e l'allucinazione del nazismo 'ideale', nonché la portata sensibilmente difforme con cui Hedemann tratteggia l'impatto di molte clausole generali rispetto alla funzione loro riservata negli anni immediatamente successivi. A quest'ultimo riguardo, pensiamo soltanto, andando oltre il loro campo originario (quello civilistico), al diritto penale – del quale, durante il nazismo, certo tutto può dirsi tranne che fosse segnato dal «rammollimento» che Hedemann considerava, prima di incertezza e arbitrio, il rischio di cui le clausole generali erano al tempo stesso emblema e veicolo, se non proprio causa<sup>24</sup>.

Tornerò brevemente sul rapporto di Hedemann col nazismo. Un altro profilo della sua 'Geschichtsverständnis' merita intanto attenzione, ed è il ruolo da lui assegnato a un segmento temporale assai più vicino, nel quale rintracciare i fattori determinanti della repentina e diffusa fortuna conosciuta dalle clausole generali: al di là – secondo la sua lettura – del peso assegnato nel BGB ad alcune di esse, a partire da «Treu und Glauben», coi famosi §§ 157 e 242<sup>25</sup>. Tali fattori erano identificati da

---

<sup>23</sup> Cfr. L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 37 ss.

<sup>24</sup> Si veda J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 155 ss.

<sup>25</sup> Circa il notevole impatto, anche in chiave storico-giuridica, della seconda disposizione, cfr. F. WIEACKER, *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1956, spec. 21 ss., il quale vi assegnava una funzione accostabile a quella del *ius praetorium* di Pap. 2 *def.* D. 1.1.7.1. Altre pagine classiche, in proposito, sono quelle di J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1964, spec. 65, 221 ss. Comune a questi due autori era fra l'altro – scrive F. PIRAINO, *Le clausole generali*, in *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018. Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, a cura di D. Mantucci, G. Perlingieri, M. D'Ambrosio, Napoli, 2021, 157 – «la convinzione che buona fede ed equità si sovrappongano». Ma si tratta di un orientamento che, sebbene alquanto discutibile sul piano teorico, è emerso più volte nella dottrina e nella giurisprudenza di età moderna, prima e dopo le codificazioni. Ne ho ripercorso alcune voci in E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione*

Hedemann nella scuola, o movimento, «del diritto libero» e dalle ripercussioni, sul piano economico e giuridico, della sconfitta tedesca nella prima guerra mondiale, con la spaventosa inflazione che notoriamente vi seguì – da cui la «disputa sulla rivalutazione» e il ruolo che, sulla scorta del § 242, la giurisprudenza fece giocare alla buona fede<sup>26</sup>.

A prescindere dal giudizio, probabilmente troppo univoco, circa la «Freirechtsschule»<sup>27</sup>, rileva soprattutto l'importanza riconosciuta da Hedemann a questo secondo ordine di fattori. Egli si colloca fra i non molti (in Italia ho in mente soprattutto Filippo Vassalli e Francesco Ferrara)<sup>28</sup> che furono capaci, praticamente «in tempo reale», di cogliere le profonde cesure che i provvedimenti del periodo bellico, e di quello immediatamente successivo, stavano introducendo rispetto al sistema civilistico ereditato dall'età liberale e dal lavoro dei pandettisti. In gioco non era, evidentemente, solo la flessibilità con cui applicare la «legge monetaria» («un marco non è sempre un marco») e dunque anche l'incidenza della clausola *rebus sic stantibus* – invocata, anche da noi, ben prima che fossero codificati istituti quali la risoluzione per eccessiva onerosità<sup>29</sup> –, ma qualcosa di più vasto e radicale.

---

*romanistica*, Napoli, 2004, 173 ss., 225 ss., 298 ss. ove bibl. e ID., *Ancora sulla buona fede (oggettiva): uno sguardo da lontano*, in *Studi Senesi*, 129, 2017, 271 ss.

<sup>26</sup> Cfr. J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 68 ss.

<sup>27</sup> Mi sembra comunque da ricordare, pochi anni più tardi (siamo nel 1942), il giudizio non meno perentorio di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, nuova ediz. a cura di G. Astuti, Milano, 1968, 81 ss., spec. 83 s., il quale parlava di «sostanziale spirito d'illegalità della scuola», la quale muoverebbe «contro reali conquiste della legalità nella storia e perciò dev'essere considerata perniciosa, oltre che logicamente fallace». Si veda anche *infra*, nt. 52.

<sup>28</sup> Sui quali può qui rinviarsi a P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, spec. 130 ss. e C. LATINI, *The Great War and the Reorientation of Italian Private Law*, in *Compar. Leg. Hist.*, 2, 2014, 242 ss. Ulteriori indicazioni in E. STOLFI, *Per un'analisi della storia (anche) giuridica. A proposito del "1914" di Giulio Cianferotti*, in *Studi Senesi* 129, 2017, 571 s. e nt. 34.

<sup>29</sup> Cfr., tra i molti, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 226 ss.; F.P. TRASCIA, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, spec. 34, 50 ss.; R. CARDILLI, «Bona fides» tra storia e sistema<sup>3</sup>, Torino, 2014, 205 ss., spec. 223 ss., tutti con altra bibl.

Fra l'altro si misurano qui alcune di quelle che Hedemann stesso riconosceva come benefiche prestazioni delle clausole generali: la soluzione di acuti conflitti interindividuali e l'elaborazione di nuove figure teoriche (come accade appunto in materia di rivalutazione)<sup>30</sup>. Tutte vicende il cui «baricentro» veniva ora a collocarsi nella giurisprudenza e non nella dottrina<sup>31</sup>. La prima assurgeva così ad autentica (se non esclusiva) protagonista e come tale la troviamo sin nelle ultime righe del nostro libro, con quell'ammonimento (altisonante quanto generico)<sup>32</sup> affinché essa faccia delle clausole generali «un uso il più possibile equilibrato» –, anche se poi la «fuga» di cui al titolo è essenzialmente attribuita al legislatore.

Vi è abbastanza per scorgere in Hedemann una rara attitudine a captare i segni dei tempi, precorrendone anche certi tratti di andamento<sup>33</sup>. E questo, innanzi tutto, per lo spazio egemone assegnato appunto all'elemento giurisprudenziale rispetto al dottrinario – il che, entro un panorama che fino a poco più di trent'anni prima era stato di 'Juristenrecht' (o addirittura di 'Professorenrecht'), è assai meno scontato di quanto oggi potrebbe apparire. L'unica, fondamentale dialettica viene così a instaurarsi tra 'formante' legislativo e giurisdizionale. E non a caso uno dei rari passaggi in cui Hedemann cercava di dar conto della natura delle clausole generali è rinvenibile proprio laddove egli vedeva in queste ultime uno «spazio di legislazione lasciato aperto»<sup>34</sup>: non troppo lontano (ancor più che dagli «organi

---

<sup>30</sup> Si veda J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 147 ss.

<sup>31</sup> Pressochè in questi termini J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 76.

<sup>32</sup> Anche se L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 16 non lo considera solo uno «svolazzo retorico».

<sup>33</sup> Come rileva L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., spec. 24, convinto che «Hedemann veda bene lo sviluppo che i sistemi continentali sperimentarono a partire dal II dopoguerra».

<sup>34</sup> Cfr. J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 143. Nei novant'anni che ci separano da quello scritto, il dibattito sul punto non accenna a sopirsi. E nutrito è l'indirizzo di quanti guardano alle clausole generali – accanto e prima che da una prospettiva ermeneutica – dal punto di vista delle tecniche nomopoietiche, registrando una sorta di ripartizione di competenze fra legislatore e giudice. Alcuni sono giunti a parlare di «norma di delegazione», ma si vedano i rilievi critici di F. PEDRINI, *Le "clausole generali". Profili teorici*

respiratori» di Polacco)<sup>35</sup> dalle «disposizioni in bianco» («Blankettvorschriften») di cui qualche decennio prima aveva parlato Zitelmann<sup>36</sup>.

---

*e aspetti costituzionali*, Bologna 2013, 146 ss., spec. 158 ss., attento alla circostanza, fra l'altro, che le clausole generali chiamano in causa il comune sentire non solo degli organi giudiziari ma della collettività, entro un panorama peraltro sempre più pluralistico e frammentario (cfr., in proposito, anche ID., «*Clausole generali*: precauzioni per l'uso, in *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica*, cit., spec. 133 s.) – un'elegante decostruzione dell'idea di «coscienza sociale» in rapporto al nostro tema è, ad esempio, in P. FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, in *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato*, a cura di G. Perlingieri, M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, spec. 246 ss. Una voce influente, nel senso richiamato, è stata quella di K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, 1970, 193 ss., spec. 197. Ne ripercorre altre, con notevole acribia, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 77 ss., spec. 90 ss.; cfr. altresì ID., *Le clausole generali*, in *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica*, cit., spec. 159 ss. Qualche indicazione anche *infra*, nel testo e alla nt. 40.

<sup>35</sup> Secondo la nota espressione che questi impiegava ne *Le cabale del mondo legale*, del 1908 (ora in V. POLACCO, *Opere minori*, I, Modena, 1928, 60 ss.). Basti qui il rinvio a P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, 103 ss. e ID., *Scienza giuridica italiana*, cit., 106 ss. Cfr. inoltre C. LATINI, «*L'araba fenice*». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in *Quad. fior.*, 35, 2006, p. 639 ove altra bibl.; F. PEDRINI, «*Clausole generali*», cit., 101 e nt. 20, 109 s. e nt. 57; M. BRUTTI, *Il paradigma autoritario. Appunti sulla scrittura del Codice*, in *RISG.*, num. speciale *Il contributo della Sapienza alle codificazioni*, 2022, spec. 257 ss., attento alla ripresa di quell'immagine da parte (oltre che, invero, di Calamandrei) di Santoro-Passarelli, in anni e contesti politici che conducevano le clausole generali, evidentemente, a caricarsi di nuove valenze. La metafora degli «organi respiratori» è ora impiegata anche da L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 30.

<sup>36</sup> Cfr. E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879, 19 ss. Lo ricorda anche A. GENTILI, *Prefazione* a V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., XVI, per segnalare più avanti (p. XVIII) che l'unica alternativa alla «fuga» illustrata nel nostro libro sarebbe stata poi da identificare in quella che Rodotà denominava «fuga nella legislazione speciale» (su snodi e implicazioni del pensiero di Rodotà attorno alle clausole generali, da ultimo, L. NIVARRA, «*Dentro*» e «*fuori*». *Lo strano caso delle clausole e dei principi generali*, in *Europa e diritto privato*, 25.1, 2022, 60 nt. 4, 88 nt. 56). Ad altre «fughe alternative» si riferisce M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione giustiziana*, 20.1, 2020, 68, allorché segnala che «gli ordinamenti, per varie ragioni storiche, oscillano continuamente tra la fuga “nelle” e la fuga “dalle” clausole generali».

Ma è, quello di Hedemann, uno sguardo anticipatore anche per la celebrazione di una 'crisi della fattispecie' che egli vedeva connessa alla proliferazione delle clausole generali. Crisi della quale oggi «in Italia si parla come se si trattasse di cosa recente», osserva Nivarra con chiara allusione alle pagine irtiane sulla «incalcolabilità» del diritto<sup>37</sup>: ossia sul suo smarrire il tratto saliente che vi aveva colto un Max Weber, lungo il plurisecolare cammino che andava (solo) dall'antica Roma sino ai suoi giorni<sup>38</sup> – e dunque sul declino del ragionamento giuridico (e soprattutto giudiziario) centrato sulla sussunzione<sup>39</sup>. Cosa che peraltro non è, sul piano logico, un effetto così necessario e automatico, imposto (solo e direttamente) dalla chiamata in causa delle clausole generali<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 43, nonché N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, spec. 5 ss., 33 ss., 107 ss.

<sup>38</sup> Si tratta di uno snodo davvero cruciale nelle concezioni weberiane del diritto, ma anche dei processi di razionalizzazione «in senso formale» che, ad avviso dello studioso tedesco, avrebbero segnato la storia dell'Europa continentale. Me ne sono occupato più volte, soprattutto in E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, 31 ss. e ID., *Il rito e la form(ul)a. Contributo minimo a una genealogia della ragione giuridica*, in *Il Pensiero*, 58.2, 2019, 26 ss., entrambi con bibl.

<sup>39</sup> Tanto nella sua accezione di premessa minore di un sillogismo giudiziale, quanto nel senso – formalmente diverso ma convergente dal punto di vista operativo – di un particolare tipo di qualificazione, la cui specificità è data dall'occuparsi esclusivamente di fatti (reali o già tipizzati in categorie), per ricondurli a un modello di fatto ('fattispecie', appunto) previsto dal legislatore o comunque ben delineato nell'ordinamento. Posso rinviare, in proposito, a E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino, 2018, 40 ss. e 223 ove bibl.

<sup>40</sup> È stato infatti mostrato – soprattutto da V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., spec. 81 ss. – come esse, in realtà, non escludano affatto un procedimento sillogistico, ma semmai richiedano che esso venga impostato in termini peculiari. Non ne saranno certe e meccanicamente selezionabili le premesse, ma piuttosto il giudice concorrerà a istituirle tramite l'integrazione valutativa richiesta dall'indeterminatezza peculiare delle stesse clausole generali – ancor più che dalla loro vaghezza sociale (o «socialmente tipica», per come inquadrata da C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 299 ss.; ricapitola le posizioni di Velluzzi e Luzzati in merito alla differenza tra vaghezza e indeterminatezza F. PIRAINO, *Le clausole generali*, cit., 149 s. nt. 41 ove altra bibl.; circa la vaghezza normativa come «vaghezza esperienziale» assai più che «linguistica», acuti rilievi in P. FEMIA, *Tre livelli*, cit., spec. 213 ss.; insiste invece sulla centralità, nell'affrontare le nostre figure, del 'denominare'

Queste ultime notazioni ci conducono agli altri due profili di fondo cui accennavo e dei quali tratterò più rapidamente. Il nostro libro non può semplicemente leggersi come una controffensiva giuspositivista verso le clausole generali<sup>41</sup>, benché uno dei primi recensori sembrasse non voler cogliere quest'aspetto, attribuendo a Hedemann quasi una battaglia di retroguardia, mentre «di tornare indietro al rigoroso positivismo non si può neppure far questione»<sup>42</sup>. Se indubbiamente le clausole generali risultano, rispetto all'ambiente giuspositivista, «al contempo una singolarità e un problema»<sup>43</sup> – in quanto da un lato immettono valori (anche) extragiuridici e dall'altro richiedono, come

---

F. PEDRINI, «*Clausole generali*», cit., spec. 94, nutrendo peraltro vari dubbi [p. 93 ss.] sull'assumere le clausole generali alla stregua di una «categoria dottrinale indifferenziata» e «conoscitiva»). In direzione non lontana da Velluzzi, ad esempio, F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in *Giurisprudenza per principi*, cit., 241 ss.; L. NIVARRA, «*Dentro*» e «*fuori*», cit., spec. 87 s.; ID., *Introduzione*, cit., 29 (si veda inoltre quanto quest'ultimo scrive nel ripercorrere, anche criticamente, le posizioni di Falzea sul tema: L. NIVARRA, *Clausole generali/standard valutativi nel pensiero di Angelo Falzea*, in *Europa e diritto privato*, 25.4, 2022, spec. 750 e 759). Parla di una «devoluzione ai giudici di un segmento della funzione nomotetica» L. NIVARRA, *Relazione introduttiva*, cit., 3. Attorno a una specifica clausola generale, quella della 'meritevolezza', si veda da ultimo V. VELLUZZI, *Metodologia e diritto civile. Una prospettiva filosofica*, Roma, 2023, spec. 44 ss.

<sup>41</sup> Condivisibile quanto, al riguardo, scrive L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 9 e 24.

<sup>42</sup> Cfr. P. HECK, *Rezension J.W. HEDEMANN, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933, in *Juristische Wochenschrift*, 62, 1933, 1448 s. Quel giudizio non deve peraltro stupire, se teniamo conto di come la «giurisprudenza degli interessi» – di cui, dopo i preludi jheringhiani, Heck è appunto considerato il corifeo, a partire dagli anni '10 del Novecento – muovesse «dal presupposto che l'ordinamento giuridico basato sulla legge sia sempre lacunoso», così che il giudice non sarebbe mai «in grado di fornire la giusta decisione di un caso soltanto in forza della sua sussunzione sotto una determinata disposizione normativa». Così F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, trad. it., Milano, 1980, 330. Cfr. anche, tra i molti, K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966, 65 ss., 179 ss. e L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist. Milano, 1975, spec. 230 ss. (muovendo dall'idea, non proprio pacifica, secondo cui 'Freirechtsbewegung' e 'Interessenjurisprudenz' sarebbero da considerare «come rami di un medesimo tronco»: sull'analisi che del «giusliberismo» propone quest'autore, non trovo in effetti troppo severe le critiche di P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008, 171 nt. 175).

<sup>43</sup> Sono parole di A. GENTILI, *Prefazione*, cit., XIV.

appena ricordato, un intervento giudiziale nel completamento della fattispecie legale –, la prospettiva di Hedemann mi sembra rivelarsi al tempo stesso più problematica, più ampia e più specifica.

Più problematica, perché egli non disconosce affatto (vi si è da poco accennato) certi benefici conseguenti all'adozione e allo sfruttamento giurisdizionale delle 'Generalklauseln'. Senza dimenticare, nel segno dell'ambivalenza che tanto connota la sua esperienza, che Hedemann fu poi coinvolto in lavori che avrebbero dovuto sostituire il codice civile del 1900 – considerato espressione dell'esecrato individualismo liberale – con un 'Volksgesetzbuch'<sup>44</sup>, esprimendosi in quella sede per un largo impiego proprio delle clausole generali<sup>45</sup>. Più ampia, perché il crescente successo di queste ultime è da lui valutato come espressivo di un complessivo mutamento istituzionale e persino antropologico – di «sovertimento di valori», «rammollimento intellettuale», smarrimento dell'ordine, scadimento dal rigore all'indulgenza<sup>46</sup>. Più specifica, perché l'intera tematica si situa, e attinge senso, entro coordinate storiche e ideologiche particolarissime: lo stadio terminale della Repubblica di Weimar. Di essa davvero Hedemann fu un «critico implacabile»<sup>47</sup>, benché il suo libro sia solo formalmente chiuso dopo la «legge dei pieni poteri» del 24 marzo 1933<sup>48</sup> e venga da sorridere amaramente dinanzi a passaggi in cui l'autore ritiene improbabile che l'infausto stato di «policrazia» allora riscontrabile in Germania potesse «essere superato ...

---

<sup>44</sup> Su alcuni aspetti del lavoro di Hedemann in quella sede, di recente, L. GAROFALO, *Intrecci schmittiani*, Bologna, 2020, 141 ove bibl.; ma si veda soprattutto C. WEGERICH, *Die Flucht*, cit., 70 ss.

<sup>45</sup> Non manca di ricordarlo L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 40 s. A questi e altri ondeggiamenti (termine talora eufemistico) ravvisabili in Hedemann allude, nel suo inconfondibile stile, P. FEMIA, *Tre livelli*, cit., 210 nt. 1, parlando di «giravolte naziste del liberale conservatore, cantore incertamente pentito della certezza legalistica».

<sup>46</sup> Si veda, rispettivamente, J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 111, 156, 57.

<sup>47</sup> Così L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 33.

<sup>48</sup> In effetti la *Premessa* del libro di Hedemann reca, come ricordato, la data 1° aprile 1933. È comunque assai plausibile che il lavoro fosse sostanzialmente ultimato già nel corso del 1932: cfr. C. WEGERICH, *Die Flucht*, cit., 44 e L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., 20 s.

attraverso una soluzione autoritaria» del tipo di quella affermata in Italia<sup>49</sup>.

Forse anche per questo – e torno così al primo dei punti che segnalavo all'inizio – il libro di Hedemann «non è un classico». Piuttosto, è un documento storicamente vividissimo, in cui precipita tutta l'angoscia del tempo più cupo conosciuto dall'Europa, col suo immane e drammatico impatto sul terreno giuridico. In luogo di una composta armonia che orienti e conforti (quale appunto l'idea del 'classico' vorrebbe spesso evocare, a torto o ragione), le sue pagine attraggono<sup>50</sup> per un'ambiguità che è oggettiva – inerente al tema e al suo valore indiziario rispetto a quell'epoca – ancor prima che soggettiva. Un testo a suo modo perturbante: 'Unheimliches' in senso freudiano<sup>51</sup>, e dunque spaesante, che al giurista addita i tratti opachi e sinistri di quanto gli è più familiare. Quell'opera c'inquieta e interpella, in definitiva, proprio perché si sottrae a facili incasellamenti. Non possiamo considerarla solo una testimonianza di fede nella legge, nelle sue 'forme' e nella sua certezza – proprio quanto, di lì a poco, in Germania e ancor più in Italia sarà talora assunto come estremo baluardo contro derive e ingerenze dei totalitarismi<sup>52</sup> –, ma neppure è da valutare solo attraverso

---

<sup>49</sup> In questi termini J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 126.

<sup>50</sup> Concordo con L. NIVARRA, *Introduzione*, cit., spec. 45.

<sup>51</sup> Su cui, per tutti, U. CURI, *Straniero*, Milano, 2010, 28 ss.

<sup>52</sup> Penso, per l'Italia, soprattutto a Lopez de Oñate e a Calamandrei – non solo nella consonante lettura che questi proponeva riguardo al celebre volume del primo, in tema di certezza del diritto (una lettura, peraltro, valutata da alcuni in modo assai critico: ad esempio, P. GROSSI, *Scienza*, cit., 278 s., vi scorge un «elogio incondizionato della "legalità a tutti i costi"», espresso «in una pagina dominata da un'ideologia pervicace e da un'incontrollata passionalità»). Cfr., da ultimo, F. COLAO, *Piero Calamandrei e la "vigilia" della riforma della giustizia civile. Dalla prolusione del 1920 per «Studi senesi» al codice del 1940*, in *Piero Calamandrei. Dagli anni senesi all'attuazione della costituzione (1920-1956)*, a cura di E. Bindi, F. Colao, Napoli, 2021, spec. 84 ss.; I. BIROCCHI, *Le traversie belliche. Le opposte vicende militanti di Candian e Betti e il re-incontro nell'ordinamento di transizione*, in I. BIROCCHI, E. MURA, *La missione del giurista. L'itinerario parallelo di Emilio Betti e Aurelio Candian*, Torino, 2022, 259 ss.; P. COSTA, *La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate*, in *Specula iuris*, 2.2, 2022, 179 ss. Qualche altra indicazione in E. STOLFI, *Per una ricerca sulla certezza del diritto nell'esperienza greca. Tra speculazione filosofica e prassi retorica*, in *Specula iuris*, 2.2, 2022, 22 s.



la lente dei rapporti intrattenuti dall'autore col regime nazista (soprattutto negli anni di poco successivi: vi ho accennato), o quasi nei termini di una profezia rispetto agli sviluppi dei decenni seguenti.

Certo viene da porre Hedemann come fra due modelli di pensiero conservatore, pur se a loro volta in stridente tensione teorica: quello liberale di Weber e quello 'decisionista' di Schmitt – per usare una qualifica che pure questi apertamente respingeva<sup>53</sup>. Ancor più delle citazioni che Hedemann dedicava al secondo<sup>54</sup>, trovo interessante come a sua volta questi valutò, 'a caldo', il nostro scritto. Proprio con la sua voce – in uno dei contributi di più manifesto schieramento ideologico – vorrei chiudere la prima parte di questi 'appunti', lungo quella direttiva d'indagine che ho segnalato essere appena abbozzata nell'*Introduzione* di Nivarra e che meriterebbe forse di essere approfondita: la fortuna del libro di Hedemann, le reazioni suscitate alla sua apparizione e poi a distanza di tempo, sino alle più note 'Gesamtdarstellungen' dedicate alla

---

<sup>53</sup> In un colloquio radiofonico del 1972 (ora leggibile in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, trad. it., Vicenza, 2005, 46) lo studioso di Plettenberg diceva di sé: «ho una peculiare forma di passività. Non riesco a capire come la mia persona abbia acquisito la nomea di decisionista». Circa il suo modo di intendere il 'decisionismo' – quale uno dei tre modi di pensare il diritto, che appunto può concepirsi «o come una regola, o come una decisione, o come un ordinamento e formazione concreti» – cfr. C. SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica*, trad. it., Torino, 2002, 3 ss., spec. 21 ss. Sull'idea schmittiana di 'decisione', muovendo dal celebre *incipit* della *Teologia politica* («sovrano è chi decide sullo stato di eccezione»), si veda ora G. PRETEROSSO, *Teologia politica e diritto*, Roma-Bari, 2022, spec. 23 ss.

<sup>54</sup> Ma in passaggi (o almeno in termini) non così nevralgici come forse potremmo attenderci: si veda in effetti J.W. HEDEMANN, *La fuga*, cit., 125 e 127.

scienza giuridica tedesca<sup>55</sup>. Leggiamo dunque in *Staat, Bewegung, Volk* – anch'esso risalente al fatidico 1933<sup>56</sup> – che il saggio di Hedemann<sup>57</sup>

ci trasmette una viva impressione della enorme diffusione di queste clausole; esso mette in guardia con serie parole dal pericolo di una completa dissoluzione del diritto in generalità normativisticamente indeterminate e incalcolabili. Ma io non credo che il grande problema delle clausole generali sia con ciò risolto. La dissoluzione e indeterminazione di tutti i concetti ... mi sembra ancora più avanzata di quanto Hedemann la rappresenti ... Noi abbiamo fatto l'esperienza che ogni parola e ogni concetto diventa subito controverso, malsicuro, indeterminato e oscillante, se in una situazione vacillante si impadroniscono di lui spiriti e interessi di diversa natura ... Da questo punto di vista, oggi ci sono ormai soltanto concetti giuridici

---

<sup>55</sup> Un ruolo spesso defilato o addirittura assente – così ad esempio in F. WIEACKER, *Storia*, II, cit., nonché (se vedo bene) in K. LARENZ, *Storia*, cit., che neppure una volta menzionano Hedemann. Sporadiche le sue citazioni persino nelle pagine che alle clausole generali dedicava K. ENGISCH, *Introduzione*, cit., 192 ss. A cinquant'anni di distanza, invece, prendeva dichiaratamente le mosse dal nostro saggio, ma con una significativa torsione cacologica («Verböserung») del titolo – ove 'Flucht' (fuga) è sostituito da 'Fluch' (maledizione) –, A. BUECKLING, *Der Fluch der Generalklauseln*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 16, 1983, 190 ss. Neppure ho rinvenuto traccia, in altri autori (compreso Nivarra, nell'*Introduzione* più volte ricordata), dell'inventiva lessicale che a Hedemann riconosce F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., 78 (nonché ID., *Le clausole generali*, cit., 142), secondo cui il nostro autore sarebbe stato il primo a impiegare «un'espressione tanto fortunata come quella di "clausola generale"» – giudizio, invero, assai perentorio, per giustificare il quale occorrerebbe un'analisi a tappeto (non solo dei titoli ma nello specifico delle analisi) circa la letteratura giuridica europea (almeno) fra Otto e Novecento: indagine che richiederebbe uno sforzo immane, qui impensabile. Ovviamente più esteso (ma non amplissimo) lo spazio che al libro del 1933 riserva, nel ricostruire l'intera parabola scientifica e pubblica di Hedemann, C. WEGERICHT, *Die Flucht*, cit., spec. 44 ss., 146 ss.

<sup>56</sup> Un testo in cui «tutte le contraddizioni di Schmitt come giurista si annodano fino a diventare inestricabili e, insieme, mostrano con tutta la chiarezza possibile le loro ragioni». Così G. AGAMBEN, *Introduzione*, in C. SCHMITT, *Un giurista*, cit., 19.

<sup>57</sup> Il cui titolo, nella traduzione del saggio schmittiano curata da Delio Cantimori, veniva reso come *Il richiamo eccessivo alle clausole generali*.

«indeterminati». Che sarebbe possibile ritornare oggi all'antica fede in una regolazione legale di tutti i casi possibili ... senza lacune, e sicuramente calcolabile, nessuno lo vorrà affermare ... L'illusione di una legge abbracciante in precedenza ... tutte le situazioni in modo conforme al fatto e mediante sussunzione non si lascia più richiamare in vita ... la via all'indietro, verso una formalistica superstizione della legge ... non è pur essa meritevole di considerazione. C'è qui solo una via: lo Stato nazionalsocialista l'ha presa con grande sicurezza<sup>58</sup>.

Le parole di Schmitt, e non solo quelle conclusive, davvero fanno tremare. Ma richiederebbero anche una riflessione lucida e serena, il che non vuol certo dire distaccata. Vi emergono – in un bagliore sinistro e diffuso, da eclissi di una civiltà e dei suoi valori (a partire dal culto della legge, ormai declassato a «formalistica superstizione») – alcuni nuclei nevralgici dell'impostazione hedemanniana, con le significative distanze che si aprivano fra essa e l'orientamento di altri giuristi pur organicamente vicini (almeno allora) alla medesima ideologia. Ne esce poi confermata, se ve ne fosse bisogno, l'estrema delicatezza del nostro tema da un punto di vista di politica del diritto. Consapevolezza da non smarrire anche da parte di chi, come noi, è da decenni (per propria fortuna) immerso in ben altre vicende istituzionali, entro le quali portate e implicazioni delle clausole generali sono state profondamente riscritte.

---

<sup>58</sup> Traggo le citazioni da C. SCHMITT, *Un giurista*, cit., 308 ss. Toni non difforni si rinvengono in pagine risalenti all'anno successivo (1934), ove era parimenti celebrata la fine dell'«epoca del positivismo», cui partecipava il crescente successo proprio delle clausole generali – che conterrebbero appunto «una rinuncia al fondamento del positivismo, vale a dire alla decisione contenuta nella normazione stessa, decisione separabile e legislativa», e con le quali sarebbe dunque destinato ad «affermarsi un nuovo modo di pensare giuridico». Così in C. SCHMITT, *I tre tipi*, cit., 62 s. Ancor più evidente la sintonia con l'immagine di quella «vuota legislatività» (*leere Gesetzlichkeit*) di cui, secondo Schmitt, Hitler avrebbe providamente mostrato l'opposizione con «un diritto pieno di sostanza, non separato dalla moralità e dalla giustizia». Si veda C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Jul 1933*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 39, 1934, 946 (si sofferma ora su questo contributo, non a torto stimato «vergognoso», M. LUCIANI, *Certezza del diritto*, cit., 70). Ulteriori rilievi in O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, Paris, 2017, spec. 220 ss.

Senza, però, che esse abbiano smesso di costituire una questione aperta, alla cui corretta impostazione giova senz'altro un occhio addestrato al divenire storico<sup>59</sup>.

2. La seconda delle *Conversazioni* cui accennavo aveva come titolo *La "guerra" tra le Corti*. Ai civilisti intervenuti – gli amici Raffaele Caterina, Pasquale Femia e Stefano Pagliantini – spettava chiarire il senso di quell'immagine così poco irenica (in voluta controtendenza rispetto a ben altre formule, di tranquillizzante 'dialogo') e quindi addentrarsi nei fenomeni, complessi e compositi, in cui oggi si sostanzia l'operare di un autentico 'pluriverso giurisprudenziale': fra organi nazionali, pronunzie di legittimità costituzionale e giustizia europea. Da parte mia, su suggerimento dello stesso Pagliantini, ho preferito prendere le mosse da un contributo di Francesco Luiso, apparso sette anni fa<sup>60</sup>, contenente spunti non solo rilevanti per il tema in esame, ma che si prestano anche a varie considerazioni d'indole storico-giuridica.

Punto di partenza di quelle pagine è la classica *summa divisio* fra invalidità e ingiustizia della sentenza. Luiso spende allora un primo 'argomento storico'<sup>61</sup> laddove osserva – sulle orme di Calamandrei – come le conseguenze dell'una e dell'altra, in un ordinamento che non conoscesse mezzi d'impugnazione della sentenza, sarebbero «radicalmente antitetiche»: per l'invalidità una «rilevanza piena ed illimitata in qualunque sede», per l'ingiustizia l'assoluta impossibilità giuridica di farla valere e rimuovere<sup>62</sup>. L'autore precisa, però, come

---

<sup>59</sup> Confluisce per certi versi in quest'affermazione – che, nella sua palese banalità, neppure vuol suonare come una conclusione – anche la 'tesi', ben altrimenti elegante e argomentata, di P. FEMIA, *Tre livelli*, cit., 230. A suo avviso, proprio perché costituisce «da formazione normativa che svolge la più semplice (e storicamente la prima) delle funzioni di lessicalizzazione giuridica del bene», «clausola generale' è formula comprensibile soltanto sul piano storico».

<sup>60</sup> Si tratta di F.P. LUISO, *La cedevolezza del giudicato*, in *Riv. dir. proc.* II Serie, 71.1, 2016, 17 ss.

<sup>61</sup> Uso per comodità quest'espressione, ma senza attribuirle lo specifico significato in cui è talora impiegata nella teoria del diritto e dell'argomentazione – accezione che incontriamo ad esempio in G. TARELLO, *Diritto*, cit., 429 e ID., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1980, 367 ss.

<sup>62</sup> Così F.P. LUISO, *La cedevolezza*, cit., 18.

questo «ipotetico ordinamento» non costituisca un mero «esercizio logico»<sup>63</sup>, dal momento che un simile assetto processuale si è incarnato almeno una volta nella nostra tradizione, e in una realtà non proprio marginale. Si tratta infatti del processo formulare romano, che i magistrati con *iurisdictio* (i pretori, in primo luogo) introdussero, recependo prassi di composizione arbitrale delle liti scaturite dagli scambi mediterranei, per dirimere le controversie tanto fra *cives* quanto fra cittadini e stranieri<sup>64</sup>.

Tale sistema di amministrazione della giustizia reca visibilissime tracce di quell'origine arbitrale – per cui l'iniziativa delle parti, più o meno spontanea, rimane indispensabile in ogni momento (soprattutto, ma non solo) della fase *in iure* –, e si connota altresì per almeno quattro aspetti ai nostri fini assai rilevanti. Innanzi tutto, il suo carattere apertamente sovranazionale, con tutto quello che vi si connette (anche) a livello di speditezza e informalità del procedimento. In secondo luogo, l'evidente legame con l'assetto costituzionale repubblicano e la flebile presenza burocratica che gli fu peculiare – un tratto destinato a sopravvivere nel primo principato, quando però a questo processo si affiancarono le *cognitiones extra ordinem* facenti capo al nuovo potere dell'imperatore, sempre più invasivo e articolato sul piano amministrativo. In terzo luogo, l'altrettanto inscindibile nesso con una peculiarità dell'esperienza giuridica romana quale la coesistenza di più piani normativi (un 'sistema multilivello' che è evidentemente tornato a dirci qualcosa d'interessante, dopo secoli di visuali monistiche): al punto che a lungo, come noto, gli esiti del processo (*litis contestatio* e sentenza) potevano esplicare i propri effetti sul solo piano del diritto onorario, e non di quello civile. Infine, la strutturale impossibilità di dar luogo a impugnazioni della sentenza, dal momento che questa era emanata non da un funzionario iscritto entro un assetto pubblico scandito in

---

<sup>63</sup> Cfr. ancora F.P. LUISO, *La cedevolezza*, cit., 18 e nt. 4.

<sup>64</sup> Presuppongo, anche per quanto segue, ciò che altrove ho tentato di illustrare più distesamente, pur se nel contesto di un'esposizione didattica o di un dialogo interdisciplinare: E. STOLFI, *Il processo civile*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*<sup>2</sup>, a cura di A. Schiavone, Torino, 2010, 79 ss., 101 ss.; ID., *Il rito e la form(ul)a*, cit., 39 ss.; ID., *Prima lezione*, cit., spec. 88 ss.

rapporti di sovra- e subordinazione, ma da un *iudex* privato, come tale privo di un superiore gerarchico.

Ancor più meritevoli di attenzione, nella nostra prospettiva, alcuni snodi della successiva analisi di Luiso. Egli infatti passa in rassegna i mezzi predisposti dall'ordinamento oggi vigente in Italia per far valere l'invalidità oppure l'ingiustizia del giudicato<sup>65</sup> – ossia, per noi, della sentenza passata in 'giudicato formale': un dato storicamente tutt'altro che scontato, se è solo medievale la configurazione della *res iudicata* non quale sentenza pura e semplice (come era stato a Roma) ma quale sentenza su cui non sia stato proposto appello nei debiti termini<sup>66</sup>. Ecco dunque, sul versante dell'invalidità, la nullità della sentenza per mancata sottoscrizione del giudice (art. 161, comma 2, cod. proc. civ.) e la non operatività della decadenza dell'impugnazione per il cosiddetto contumace involontario (art. 327, comma 2, cod. proc. civ.); sul versante dell'ingiustizia, gli strumenti della revocazione cosiddetta straordinaria (artt. 395 ss. cod. proc. civ.) nonché, entro certi limiti, dell'opposizione di terzo revocatoria di cui agli artt. 404 ss. cod. proc. civ.

Luiso esclude nettamente, invece, che possano costituire ipotesi di «cedevolezza» o «relatività» del giudicato altri casi. Fra essi annovera il conflitto fra sentenze, laddove in discussione non è la giustizia (o meno) «della decisione nel momento in cui è stata emessa» bensì il possibile superamento dei suoi effetti, alla luce e in conseguenza di eventi successivi<sup>67</sup> – è la situazione, nella sostanza, in cui già Pugliese stimava «inammissibile» che entrambe le sentenze costituissero un giudicato, essendo da ritenersi ingiusta una delle due: con un'opzione, peraltro, legata a criteri cronologici che non sono rimasti costanti nel corso dei secoli<sup>68</sup>.

Proprio a questo riguardo troviamo un secondo e più significativo 'argomento storico', col richiamo a un particolare meccanismo cui si

---

<sup>65</sup> Si veda F.P. LUISO, *La cedevolezza*, cit., 19 ss.

<sup>66</sup> Basti qui il rinvio a quanto segnalato nella monumentale voce enciclopedica di G. PUGLIESE, *Giudicato civile. a) Storia*, in *Enc. dir.*, 18, Milano, 1968, 747.

<sup>67</sup> Così F.P. LUISO, *La cedevolezza*, cit., 22.

<sup>68</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile*, cit., 824 s.

approdò al tempo della *cognitio* romana (in realtà, per l'epoca da cui provengono le relative fonti, più correttamente dovremmo parlare di una pluralità di strumenti processuali, e quindi ancora di *cognitiones extra ordinem*). Come nel passaggio precedente, sull'ipotetico ordinamento sprovvisto di mezzi d'impugnazione della sentenza, anche qui un simile argomento assolve in primo luogo la funzione di relativizzare il discorso, facendoci comprendere come certi approdi odierni costituiscano sempre il frutto di scelte, non certo soluzioni ovvie o necessarie, rispetto alle quali non sia pensabile alcuna alternativa. La disciplina romana che sto per richiamare, infatti, è evocata al fine di mostrare come i margini per contestare il giudicato in ragione della sua ingiustizia non siano sempre stati ristretti quanto gli attuali, e che, in definitiva, anche «parlare di “cedevolezza” del giudicato come se si trattasse di un fenomeno dei tempi moderni è del tutto ingiustificato»<sup>69</sup>.

Il richiamo a tale «cedevolezza» è quindi connesso alla disamina di una serie di pronunce della Corte di giustizia – e quindi alla questione della «guerra tra le Corti» a cui facevo riferimento. In tali decisioni (si tratta almeno di quelle emanate sino al 2016) Luiso scorge solitamente una pronuncia di inefficacia della sentenza interna non per la sua ingiustizia bensì per la sua invalidità – così in particolare per la sentenza *Köbler*, viziata per «violazione del dovere processuale di non decidere senza aver interpellato la Corte di giustizia»<sup>70</sup>; ma un'analoga «nullità della sentenza per violazione dell'obbligo di rimessione pregiudiziale» è riscontrato anche a proposito delle sentenze *Cartiera dell'Adda* e *Kühne & Heitz*<sup>71</sup>. Pur a fronte di statuizioni più problematiche, come quelle emanate nei casi *Lucchini* o *Klausner*, Luiso continua a ritenere che «finora dalla giurisprudenza della Corte di giustizia non emerge alcun indizio che possa far concludere per una “cedevolezza” del giudicato superiore a quella fin qui conosciuta», poiché «in nessun caso la Corte ha ammesso

---

<sup>69</sup> In questi termini F.P. LUISO, *La cedevolezza*, cit., 22 s.

<sup>70</sup> Così F.P. LUISO, *La cedevolezza*, cit., 24.

<sup>71</sup> In tal senso ancora F.P. LUISO, *La cedevolezza*, cit., 26.

che fosse contestabile il merito della decisione» né «ha imposto un ridimensionamento del giudicato»<sup>72</sup>.

All'esame dell'orientamento effettivamente assunto dalla Corte di giustizia – ripeto, sino al 2016 – si affianca però, nel contributo in esame<sup>73</sup>, la menzione di un'altra possibile linea decisoria, sulla falsariga della *querela nullitatis* già prospettata da Biavati (in ripresa di una terminologia<sup>74</sup> di conio medievale: degli statuti municipali, invero, più che dei giuristi)<sup>75</sup>. Tale linea decisoria, forse da escludere in tempi brevi, potrebbe non esserlo affatto, secondo Luiso, in una prospettiva di più lungo periodo. Si tratterebbe «di rimettere in discussione la decisione, qualora sia allegata la violazione della normativa comunitaria», la cui primazia verrebbe in tal modo manifestamente ribadita, se non imposta. Ma non saremmo affatto di fronte, secondo Luiso, a «una soluzione sconosciuta nella storia del diritto»<sup>76</sup>.

Anche in una simile prospettiva – che è non tanto di ricognizione del già accaduto, e dunque di disvelamento del carattere tutt'altro che scontato dell'esistente o non solo ipotetico di certe situazioni, ma è *de iure condendo* (*de iure iudicantium condendo*, potremmo dire) – assolve una funzione teoricamente pregnante il riferimento al regime delle *cognitiones extra ordinem* cui accennavo e che è giunto il momento di illustrare brevemente. Rileva, in particolare, un'innovazione introdotta con quel tipo di processo civile<sup>77</sup>: un riconoscimento di inefficacia – sancito dalla

---

<sup>72</sup> Così, rispettivamente, F.P. LUISO, *La cedevolezza*, cit., 31 s. e 26.

<sup>73</sup> Si veda F.P. LUISO, *La cedevolezza*, cit., 32.

<sup>74</sup> Che peraltro lo stesso F.P. LUISO, *La cedevolezza*, cit., 32, nt. 43 tende a rettificare.

<sup>75</sup> Si veda, per tutti, G. PUGLIESE, *Giudicato civile*, cit., 767 s. Circa l'inesistenza della *querela nullitatis* nell'esperienza romana – sebbene qualcuno abbia voluto scorgerne un'anticipazione nella costituzione di Gordiano conservata in C. 7.43.3 –, cfr. già L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, Milano, 1961, spec. 40 ss. ove bibl.

<sup>76</sup> Le parole riportate sono sempre di F.P. LUISO, *La cedevolezza*, cit., 32.

<sup>77</sup> E che già aveva attratto, ad esempio, la finissima sensibilità storica di Piero Calamandrei. Se ne veda *La Cassazione civile (Parte prima)*, ora in *Opere giuridiche*, VI, rist. Roma, 2019, 35 ss.



cancelleria imperiale<sup>78</sup> – per la sentenza emanata in dispregio di norme giuridiche. Inefficacia<sup>79</sup> che, indipendentemente dall'appellabilità della sentenza, poteva essere fatta valere da chiunque, in ogni tempo e luogo.

La fonte menzionata da Luiso merita un minimo di approfondimento: non per gusto filologico e antiquario – che ci condurrebbe lontano dal cuore della 'conversazione' in cui sono stato coinvolto e ora dal senso di queste pagine –, ma per far meglio emergere i risvolti di politica del diritto sottesi all'antica soluzione. Diciamo subito, allora, che si tratta di C. 7.64.2<sup>80</sup>: un provvedimento, quindi, conservato in quel titolo del *Codex* giustiniano che concerne i casi in cui *provocare necesse non est* – emblematica, ad esempio, una pronunzia di qualche decennio posteriore alla nostra (C. 7.64.5, di Caro Carino e Numeriano, del 283)<sup>81</sup>, ove si legge che ormai «*dubium non est id, quod contra ius gestum*

---

<sup>78</sup> Ma probabilmente accompagnato, come vedremo fra un attimo, da alcune pronunzie giurisprudenziali (ove 'giurisprudenza', è ora ovviamente da intendere in senso romano e romanistico: quale *iuris prudentia*).

<sup>79</sup> Un *nullas habere vires*, come appunto si legge in C. 7.64.2.pr., che stiamo per esaminare.

<sup>80</sup> *Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, index datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potiorum esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. (1) Quod si, cum de aetate quaereretur, implese defunctum quartum decimum annum ac per hoc iure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti aut post appellationem impletam causa destitisti, rem indicatam retractare non debes.*

<sup>81</sup> Una rassegna delle altre testimonianze in cui siano rinvenibili idee analoghe era già in M. LAURIA, «*Contra constitutiones*» [1927], ora in ID., *Studii e ricordi*, Napoli, 1983, 79 ss. Egli riteneva C. 7.64.2 la prima fonte che esplicitamente sanzionava in quel modo le sentenze rese *contra constitutiones*: la massima avrebbe inizialmente riguardato solo le sentenze rese in contrasto col tenore di costituzioni imperiali, poi anche quelle che violavano altre fonti (in ogni caso tale evoluzione si sarebbe «compiuta in pochi anni; infatti i testi esaminati sono quasi coevi»: p. 82). Cfr., poi, almeno L. RAGGI, *Studi*, cit., spec. 25 ss., 72 ss.; M. LAURIA, «*Ius? Visioni romane e moderne*», Napoli, 1962, 142 ss.; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, spec. 260 ss. ove altra bibl.; F. NASTI, *L'attività normativa di Severo Alessandro*, I. *Politica di governo riforme amministrative e giudiziarie*, Napoli, 2006, 113 ss. (con attenzione anche ad altre decisioni della cancelleria di Alessandro Severo in cui troviamo «un chiaro riferimento ad una pronunzia *contra ius* o *contra constitutiones*»). Una contestualizzazione di C. 7.64.2, ma soprattutto da altri punti di vista, è anche in T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*<sup>2</sup>, Oxford,

*videtur, firmitatem non tenere et sine appellatione posse rescindi*». La costituzione citata da Luiso risale invece ad Alessandro Severo: forse, come espressamente indicato per quella che subito la precede nella silloge giustiniana, al suo primo anno di regno, che è il 222. Anche quest'attenzione a protagonisti e momenti del fissarsi del nuovo regime non risponde, ripeto, solo a uno scrupolo storiografico: ne vedremo presto le ragioni.

L'imperatore – in realtà, ovviamente, la sua cancelleria, che annoverava in quegli anni fior di giuristi – era chiamato a rispondere a un tale Capitone. Il problema appare quindi alquanto specifico, come in gran parte delle testimonianze romane, sul versante sia dell'elaborazione giurisprudenziale che degli interventi imperiali (almeno nei primi secoli del principato). Con tale rescritto veniva però fissato – o confermato, almeno sul piano formale – un principio generale di non poco momento. Questo Capitone, potenziale erede legittimo, era riuscito soccombente in una controversia contro la nonna del *de cuius*, da questi istituita erede in un testamento. Nel rivolgersi all'imperatore, l'interpellante sosteneva che il testatore non avesse, al momento della fissazione delle sue ultime volontà, l'età richiesta (ossia la pubertà, ormai fissata per i maschi a quattordici anni)<sup>82</sup>. Egli però esponeva i fatti, e in particolare la motivazione della sentenza, in modo poco chiaro: «anzi forse volutamente reticente»<sup>83</sup>.

Da qui l'esigenza, da parte della cancelleria imperiale, di una distinzione che riesca decisiva sia ai fini del rescritto sia nella logica che ora più ci riguarda. Se il giudice ha motivato la sentenza contro Capitone

---

1994, 132 e J.P. CORIAT, *Le prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit imperial a la fin du Principat*, Rome, 1997, 292 ss.

<sup>82</sup> Si veda Gai. 2.113: *masculus minor annorum XIII testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit, femina vero potest, <maior enim> XII annorum testamenti faciendi ius nanciscitur*. Alle spalle di questo diverso regime previsto per ragazzi e ragazze vi era chiaramente la *dissensio* fra Cassiani e Proculiani circa l'età a cui, per i primi, poteva dirsi raggiunta la pubertà. Cfr. Gai. 1.196, di cui mi sono occupato in E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, 63, 1997, 52 s. ove bibl.

<sup>83</sup> Come rilevava R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano tenuto nell'Università di Genova*, Torino, 1953, 281.

sostenendo che il testatore aveva l'età richiesta, mentre in realtà era ancora impubere, si tratterà di un mero errore di fatto, per cui la sentenza rimarrà valida quantunque errata<sup>84</sup>. Se invece la decisione è stata assunta sostenendo che sia giuridicamente possibile testare anche prima dei quattordici anni, la sentenza – in quanto resa «*contra tam manifesti iuris formam*» – sarà priva di alcun effetto, benché a suo tempo non impugnata (fatto che unicamente in quest'ipotesi viene considerato irrilevante)<sup>85</sup>. Ecco allora il punto che maggiormente ci preme: l'assoluta improduttività di effetti giuridici di una sentenza (anche se, oggi diremmo, passata in giudicato) qualora emanata in violazione di un principio giuridico consolidato.

Si noti, peraltro, come il sintagma impiegato (*contra iuris formam*) pertenga anche al lessico dei giuristi<sup>86</sup>, e non evochi (anche in questa sede, oltre che nella scrittura giurisprudenziale) direttamente o necessariamente l'inottemperanza a provvedimenti imperiali – in questo senso il passo in questione non è forse l'esempio più felice che Luiso potesse scegliere per esprimere «la inefficacia delle decisioni che violavano le costituzioni imperiali»<sup>87</sup>. In quegli anni, tuttavia, il medesimo principio – e stavolta con espresso (benché non esclusivo) richiamo alle costituzioni imperiali – ricorre più volte anche nelle opere

---

<sup>84</sup> Pertanto *rem indicatam retractare non debes*: C. 7.64.2.1.

<sup>85</sup> *Nec provocationis auxilium necessarium fuit*, leggiamo in C. 7.64.2 pr.

<sup>86</sup> Si veda ad esempio quanto sostenuto da Ulpiano, sulle orme di Pomponio, in 4 *ad ed. D.* 2.14.7.15, che ho esaminato in E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano, 2002, 144 ss. ove bibl. Sul significato che vi assume il sintagma *forma iuris* cfr. soprattutto B. SCHMIDLIN, *Die römische Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien, 1970, 50 ss. e S. TAFARO, 'Regula' e 'ius antiquum' in *D.* 50.17.23. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari, 1984, 61 ss. ove bibl. La medesima espressione ricorre altre sei volte in quanto ci è pervenuto della produzione giurisprudenziale, e sempre di età severiana: si vedano Pap. 7 *resp. D.* 2.14.42, Pap. 12 *quaest. D.* 46.6.12.pr., Pap. 27 *quaest. D.* 46.1.49.2, Marc. 8 *inst. D.* 30.114.7, Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.4.22, Macr. 2 *publ. ind. D.* 47.10.40. Quest'ultimo testo interessa ai nostri fini anche perché integralmente costituito dalla riproposizione di un rescritto del *divus Severus* (Settimio Severo, evidentemente): si tratta dunque della prima attestazione circa l'impiego del sintagma *forma iuris* da parte della cancelleria imperiale.

<sup>87</sup> Così F.P. LUIO, *La cedevolezza*, cit., 24.

dei *prudentes*, impegnati a esaminare il nuovo assetto giurisdizionale che si stava imponendo col diffondersi delle *cognitiones extra ordinem* a scapito del processo formulare.

Così Macro, in 2 *app.* D. 49.8.1.2, escludeva la necessità dell'appello qualora si fosse giudicato «*contra sacras constitutiones*» – pur precisando che tale violazione era integrata qualora ci si fosse discostati dal contenuto del provvedimento imperiale («*de iure constitutionis*») e non se vi era stato un semplice errore circa il 'diritto soggettivo', oggi diremmo, di una delle parti («*de iure litigatoris*»). Soluzione che appare «recepta»<sup>88</sup>, ma anche puntualizzata, nei *libri cognitionum* di Callistrato, laddove era ulteriormente delimitato il novero dei provvedimenti giudiziari da considerare assunti *contra constitutiones* (3 *cogn.* D. 42.1.32). A queste ultime Modestino affiancava più tardi – ma con valenza verosimilmente endiadica – le *leges*, in un passaggio che esprime un orientamento analogo (1 *resp.* D. 42.1.27). Altrove lo stesso giurista tornava a una terminologia più vaga – onnicomprensiva, possiamo dire, e dunque prossima a quella di C. 7.64.2 *pr.* –, allorché sosteneva che «*valere non debet*» la sentenza emanata «*contra iuris rigorem*» (*l. s. de enucleatis casibus* D. 49.1.19).

Al di là delle sfumature esegetiche che possono condurre a differenziare lievemente le specifiche soluzioni adottate dai giuristi e da Alessandro Severo, alcuni dati spiccano in questa catena di testimonianze, così ravvicinate sul piano cronologico (il che è già alquanto significativo). Sul piano prettamente tecnico, il fenomeno posto in luce soprattutto da Orestano<sup>89</sup>, ossia il numero crescente di cause di invalidità della sentenza che si registra col diffondersi delle *cognitiones extra ordinem* – a fronte di una nullità della sentenza medesima che, nel processo formulare, era determinata solo da ragioni processuali<sup>90</sup>. Fra tali cause di invalidità la più rilevante era

---

<sup>88</sup> Come rileva S. PULIATTI, *Commento*, in *Callistratus. Opera*, a cura di S. Puliatti, Roma, 2020, 242 s.

<sup>89</sup> Cfr. R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., 270 ss.

<sup>90</sup> Importante, sul punto, anche L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1965, 317 s. Sul rapporto fra queste (e ulteriori) ricerche di Orestano e Raggi in materia di *cognitiones extra ordinem*, da ultimo, A. CALORE, *Orestano-de Marini-Raggi: influenze e rimandi*, in *Specula iuris*, 3.1, 2023, 155 ss.

probabilmente costituita proprio dal caso dei provvedimenti assunti *contra leges et constitutiones* – che è poi anche l'orizzonte entro cui iniziò a delinarsi un principio destinato a plurisecolare fortuna: quello «della totale subordinazione del giudice alla legge» (principio, peraltro, qui «funzionalmente connesso al nuovo orientamento politico instaurato col principato e man mano sempre più fortemente attuato») <sup>91</sup>.

Proprio lo scenario istituzionale e le implicazioni ideologiche, ben riconoscibili in questi precedenti storici, mi sembrano di qualche interesse ai fini della discussione cui accennavo. Già Luigi Raggi osservava che, come dietro alla *in integrum restitutio* pretoria affiora «tutto il mondo repubblicano», così sullo sfondo della nuova nullità della sentenza propria delle *cognitiones* si staglia nitidamente la progressiva esclusività del potere imperiale, con le sue inedite proiezioni anche sull'amministrazione della giustizia <sup>92</sup>. Il regime delle sentenze emanate in violazione delle *constitutiones* rappresenta, dunque, «una delle più concrete e importanti manifestazioni della progressiva tendenza degli imperatori a porsi come suprema fonte del diritto e della sua applicazione» <sup>93</sup>. Ci troviamo, non a caso, nel cuore del laboratorio severiano, allorché pratiche di governo, con la loro visibile torsione autocratica, e apporti scientifici degli ultimi grandi giuristi (tutti operanti ai vertici della burocrazia imperiale) convergevano nel dar vita a un primo germe di statualità <sup>94</sup>: in un estremo, fragile equilibrio fra assolutismo del potere e giuridificazione della forza, legittimità formale e legittimità sostanziale della disciplina giuridica (il *quod principi placuit legis habet vigorem* e l'*aequitas naturalis* significativamente compresenti nelle pagine di Ulpiano) <sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> Così R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., 284. Che, nel III secolo d.C., «l'estensione del concetto di nullità avviene ... per ragioni politiche» era già segnalato, ad es., da P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile (Parte prima)*, cit., 35.

<sup>92</sup> Si veda L. RAGGI, *La 'restitutio in integrum'*, cit., 315 ss.

<sup>93</sup> Sono parole di R. ORESTANO, *L'appello civile*, cit., 277, nt. 2.

<sup>94</sup> Di «presagi di statualità» ha recentemente parlato A. SCHIAVONE, *'Institutionum libri IP. Introduzione, I. Destino dei giuristi e forma dell'impero, in Cnaeus Domitius Ulpianus. 'Institutiones', 'De censibus'*, a cura di J.-L. Ferrary, V. Marotta, A. Schiavone, Roma, 2021, 61 ss.

<sup>95</sup> Circa il simultaneo attestarsi di queste due visioni in una personalità quale appunto Ulpiano – emblematica per posizioni raggiunte nell'amministrazione imperiale,

Coesistenza di antiche e nuove forme di amministrazione della giustizia, col loro riverberarsi sulla fisionomia del diritto sostanziale; pluriverso giuridico; dialettica fra centro e periferia di una sintesi istituzionale estesa su un vastissimo territorio<sup>96</sup>; tensioni di potere e differenti declinazioni della sovranità; intrecciarsi di soluzioni tecniche e istanze politiche: ancora una volta, più che un repertorio di soluzioni da rivitalizzare, il passato – anche lontano – ci offre un quadro di questioni intrecci dinamiche di cui acquisire consapevolezza critica per rimeditare il nostro tempo e le sfide che ci attendono. Senza farsi abbagliare dalle facili analogie – da cui mai vanno disgiunte cesure ed epocali alterità –, ma senza neppure rinunciare a quella complessità del pensiero che il nostro complicatissimo mondo rende una merce sempre più rara, e dunque preziosa.

Un'attitudine critica destinata a divenire – secondo un paradosso solo apparente (o tale unicamente agli occhi dei più sprovveduti) – il migliore ausilio professionale per chi abbia a che fare col diritto, non solo a livello accademico<sup>97</sup>. E proprio a formare quella sensibilità dovrebbe 'servire' – mi ostino a pensare<sup>98</sup> – l'intera storiografia giuridica, indipendentemente dal suo esercitarsi su periodi a noi più o meno vicini.

---

autorevolezza scientifica e spazio poi ottenuto nella compilazione giustiniana (col peso che, tramite questa, avrebbe avuto sul pensiero moderno) –, A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*<sup>2</sup>, Torino, 2017, spec. 413 ss.

<sup>96</sup> Poneva per esempio alla base di soluzioni come quella, ricordata, di Macro (D. 49.8.1.2) le esigenze dell'ordinamento imperiale «contro il particolarismo e le tradizioni locali» L. RAGGI, *Studi*, cit., 22.

<sup>97</sup> Ho insistito più volte su questo punto (sempre invano, direi). Cfr. in particolare E. STOLFI, *Sabvanguardare la cultura del giurista*, in *La formazione del giurista. Contributi ad una riflessione*, a cura di B. Pasciuta, L. Loschiavo, Roma, 2018, spec. 174 ss.; ID., *Un'esperienza didattica*, cit., spec. 229 s., 238 s.; ID., *Prima lezione*, cit., spec. 133 ss.

<sup>98</sup> Continuando a trovarne la più felice formulazione nelle parole che Betti poneva in apertura di un testo che ben esprime molte delle sue idee in tema di formazione giuridica (ho cercato di illustrarlo in E. STOLFI, *Betti maestro di casistica*, in *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, a cura di A. Banfi, M. Brutti, E. Stolfi, Roma, 2020, 137 ss. ove bibl.). Leggiamo infatti in epigrafe a E. BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, I. *Anormalità del negozio giuridico*, Padova, 1930: «sentire il diritto come problema; convincersi che la soluzione dipende essenzialmente dal modo di proporsi la questione; ricreare il caso e la sua decisione come attualità viva

## ABSTRACT

Quest'articolo riunisce due interventi tenuti in seminari interdisciplinari. Il primo è dedicato all'analisi, in prospettiva storico-giuridica, delle clausole generali, a partire dalla recente traduzione italiana del libro di Hedemann. Il secondo contribuisce all'odierno dibattito sul rapporto fra Corti, esaminando alcune questioni affrontate da imperatori e giuristi romani nel III secolo d.C., in merito all'invalidità del giudizio.

This paper combines two reports given at interdisciplinary seminars. The first focuses on the analysis, from a historical legal perspective, of the general clauses, starting from the recent Italian translation of Hedemann's book. The second contributes to the current debate on relationships between courts of law, examining some issues addressed by Roman emperors and jurists in the Third century AD, regarding the invalidity of the judgment.

## PAROLE CHIAVE

Clausole generali, Hedemann, storia del diritto privato, rapporti fra Corti, invalidità del giudizio nelle *cognitiones extra ordinem*

General clauses, Hedemann, history of private law, relationships between courts of law, invalidity of the judgment in *cognitiones extra ordinem*

Emanuele Stolfi

E-mail: [emanuelstolfi@hotmail.com](mailto:emanuelstolfi@hotmail.com); [stolfi@unisi.it](mailto:stolfi@unisi.it)

---

e nuova; educarsi alla logica perenne dell'argomentazione giuridica. Ecco quel che importa. Il resto è inerte informazione, e non giova. O, se giova, non ha che una funzione strumentale e subordinata».

